

Renzo Saavedra Velazco(*)

Caracteres del negocio de **última voluntad**

Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

«LOS EFECTOS DE LA (PRIMERA) REVOCACIÓN YA SE HAN PRODUCIDO EN EL PLANO DE LA REALIDAD JURÍDICA, CON LO CUAL SE PODRÍA DEDUCIR -CON RELATIVA FACILIDAD- EL CARÁCTER *INTER VIVOS* DE LA REVOCACIÓN»

1. Premisa

En las páginas que conforman la colección de *Diálogos* de Platón, en donde se recogen las célebres enseñanzas del filósofo ateniense Sócrates, los estudiantes de nuestra casa de estudios tomamos contacto, posiblemente por vez primera, con una particular «metodología de aprendizaje»⁽¹⁾, llamémosla así, denominada «mayéutica». Según los postulados de tal metodología, los individuos logramos alcanzar un mayor nivel de comprensión por medio de la conversación, lo cual nos permite «recordar» fragmentos de «la verdad», ni más ni menos, que nuestros espíritus ya habían aprehendido⁽²⁾ antes de descender al mundo físico.

Fuera de la enorme carga filosófica de estas enseñanzas, y de las posibles objeciones que se le pudiese plantear a la misma, creemos que en ella se instala una verdad incontestable, la cual -para nuestros propósitos- puede ser condensada de la siguiente manera: «mediante la conversación y la discusión académica se afianza la comprensión de los conocimientos adquiridos».

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil 5: Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Berninzon, Loret de Mola, Benavides & Fernández Abogados. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP).

(1) En recto sentido, la «mayéutica» no sería una metodología de aprendizaje, ni mucho menos de enseñanza, dado que, siendo del todo fieles a la prédica de Sócrates, todos los seres humanos poseemos una particular visión de la verdad pero solo mediante la conversación encontramos una «visión más armónica y profunda» de los reales alcances de ella.

(2) Sobre el particular, véase el diálogo socrático *Fedro o sobre la belleza*, en: DE AZCÁRTE, Patricio (Traductor). *Obras completas de Platón*. Tomo II. Madrid: Medina y Navarro, 1871. pp. 261-349, obra que puede ser también consultada a través del portal web del Proyecto Filosofía en español, <http://www.filosofia.org/cla/pla/azc02261.htm>, en donde el primero señala «[e]n efecto, el hombre debe comprender lo general; es decir, elevarse de la multiplicidad de las sensaciones a la unidad racional. Esta facultad no es otra cosa que el recuerdo de lo que nuestra alma ha visto cuando seguía al alma divina en sus evoluciones, cuando, echando una mirada desdeñosa sobre lo que nosotros llamamos seres, se elevaba a la contemplación del verdadero Ser».



«NUESTRO SISTEMA SE ADHIERE A UNA DEFINICIÓN RELATIVAMENTE AMPLIA DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO Y, A SU VEZ, NO EXISTIRÍA UNA DIFERENCIA ENTRE UN CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO»

Es aquí donde queremos detenernos, pues la virtud de este sistema radica en la circunstancia de permitirnos juzgar, con nuestros compañeros, profesores y/o amigos, las enseñanzas que hemos recibido. Todo ello sin la continua presión que significa el acopiar la información brindada por el profesor de turno a fin de aprobar su curso, lo cual, muchas veces -tenemos que confesarlo-, hacemos de manera poco crítica.

Ahora bien, gracias a una (interesantísima) conversación que tenía por objeto el cuestionamiento de algunas instituciones jurídicas, se nos propuso la discusión de la naturaleza negocial del testamento.

Como tuvimos oportunidad de exponer en otra ocasión⁽³⁾, resulta claro que tal toma de posición doctrinal no es del todo nueva en el campo del derecho comparado. No obstante ello, el enfoque que se proponía sí lo era, dado que no se cuestionaba meramente la calificación del «testamento» como negocio jurídico, sino la absoluta inaplicabilidad a la institución de la clasificación de los hechos jurídicos.

Resultaría imposible no experimentar una sensación de perplejidad, la cual se entremezclaría con el desánimo, oír que una afirmación de este tipo proviene de algún «especialista» en Sucesiones dado que, como hemos tenido oportunidad de exponer, el estudio del fenómeno testamentario es acaso la «excusa» perfecta para vincular estas dos ramas del «Derecho Civil»⁽⁴⁾. Sin perjuicio de lo anterior, una opinión como la antes descrita no haría más que confirmar el juicio que hemos realizado en el artículo antes citado, acerca del casi nulo contraste entre estas dos ramas de estudio.

El tema, sin embargo, asume connotaciones diversas en tanto que el fin de la propuesta aludida era sencillamente cuestionar las enseñanzas que habíamos recibido por parte de ilustres profesores, las cuales, como no puede ser de otro modo, aceptan la naturaleza negocial del

(3) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *El negocio jurídico testamentario: Algunas reflexiones en torno a su esencia y estructura*. En: *ius et veritas*. Año XVI. Número 33. Lima, 2006. pp. 93 y siguientes.

(4) Aunque queremos manifestar que la utilidad de la clasificación de los hechos jurídicos no se reduce al ámbito del derecho privado sino que se extiende a todos los confines del derecho, por lo que desde nuestra perspectiva, este resulta ser, por sobre todas las cosas, un tema de Teoría General del Derecho.

Al respecto, véase las opiniones de ALLARA, Mario. *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*. Turín: Giappichelli, 1999. p. 86; FALZEA, Angelo. *Fatto giuridico*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XVI. Milán: Giuffrè, 1967. p. 112.

Renzo Saavedra Velazco

testamento. Centrándonos, ahora sí, en la interrogante, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, todos los estudios, y cuando decimos todos no exageramos⁽⁵⁾, tanto los detallados cuanto los que se quedan en aspectos

superficiales, manifiestan una determinada toma de posición sobre este asunto. En tal sentido, los autores normalmente solo tienen que optar entre decantarse a favor

- (5) A continuación, haremos una breve reseña de distintas obras de autores de diversas nacionalidades que no solo demuestran la rectitud de nuestra afirmación sino que son de fácil acceso entre nosotros. Casi todos ellos pueden ser encontrados en la biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y, la mayoría de ellos, también en las bibliotecas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima.
- Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico se han pronunciado sobre este asunto FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil: Derecho de sucesiones*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 387 y siguientes; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de derecho civil peruano*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, 1991. pp. 127 y siguientes; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones: Examen del Libro Tercero del Código Civil Peruano de 1936*. Lima: Lumen, 1946. pp. 76 y siguientes; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II. En: DE TRAZEGNIES, Fernando (Director). *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. pp. 34 y siguientes; FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. 6ta. edición. Lima: Grijley, 2002. pp. 325 y siguientes; LANATTA GUILHEIM, Rómulo. *Derecho de sucesiones*. 2da. edición. Tomo II. Lima: Desarrollo, 1981. pp. 18 y siguientes; y, VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El testamento como acto jurídico*. En: AUTORES VARIOS. *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilheim*. Lima: Cultural Cuzco, 1986. pp. 509 y siguientes.
- En el sistema italiano, véase las obras de RESCIGNO, Pietro. *Manuale di diritto privato italiano*. 11ma. edición. Nápoles: Jovene, 1997. pp. 587 y siguientes; CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de derecho privado*. Traducción de la 2da. edición italiana por Blanca P. L. de Caballero. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961. pp. 429 y siguientes; CRISCUOLI, Giovanni. *Il testamento: norme e casi*. Padua: Cedam, 1991. pp. 129 y siguientes; BONILINI, Giovanni. *Nozioni di diritto ereditario*, 2da. edición. Turín: Utet, 1993. pp. 95 y siguientes; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 7ma. edición. Nápoles: Scientifiche Italiane, 1998. pp. 469 y siguientes; TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Traducción de la 15ta. edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Volumen II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. pp. 393 y siguientes; CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Traducción de Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho privado, 1955. pp. 386 y 387; BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Madrid: Revista de Derecho privado, 1943. pp. 229 y siguientes; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho privado, 1959. pp. 59 y siguientes; etcétera.
- En Francia: JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Traducción de Santiago Churchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1951. pp. 10 y siguientes; y, COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*. Traducción de la última edición francesa por Demófilo de Buen. Tomo VII. Madrid: Reus, 1927. pp. 393 y siguientes.
- En Alemania: LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Traducción y notas de la 3ra. edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picabea. Madrid: Revista de Derecho privado, 1978. pp. 432 y siguientes; VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Traducción directa del alemán por Tito Ravà. Tomo I. Volumen II. Buenos Aires: Depalma, 1947. pp. 228 y siguientes; ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Derecho de sucesiones*. Traducción de la 8va. edición alemana por Ramón Roca Sastre. Volumen I. Barcelona: Bosch, 1951. pp. 72 y siguientes; FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de la 4ta. edición alemana por José María Miquel y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. pp. 174 y siguientes; etcétera.
- En Suiza: STEINAUER, Paul-Henri. *Le droit des successions*. Berna: Stämpfli, 2006. pp. 167 y siguientes; y, GUINAND, Jean y Martin STETTLER. *Droit Civil*. 3era. edición. Volumen II. Friburgo: Editions Universitaires Fribourg, 1995. pp. 37 y siguientes.
- En España: DIEZ-PICAZO, Luis. *Sistema del derecho privado*. 7ma. edición. Volumen IV. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 129 y siguientes; JORDANO BAREA, Juan. *La interpretación del testamento*. Barcelona: Bosch, 1958. pp. 13 y siguientes; LACRUZ BERDEJO, Antonio. *Elementos de derecho civil*. 2da. edición. Madrid: Dykinson, 2004. pp. 167 y siguientes; etcétera.
- En Argentina: BORDA, Guillermo. *Manual de Sucesiones*. 10ma. edición. Buenos Aires: Perrot, 1988. pp. 343 y siguientes;

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

de la calificación del fenómeno como un «negocio jurídico» o bien como un «acto jurídico»⁽⁶⁾, con lo cual la hipotética negación de la utilidad de la clasificación de los hechos jurídicos antes aludida adquiriría matices ciertamente preocupantes ya que incluso nos permitiría dudar sobre el cabal conocimiento de la materia por parte de las personas que se adscriben a la citada corriente.

En efecto, al existir una cantidad considerable de bibliografía sobre la materia, tanto desde la perspectiva de la teoría negocial cuanto del Derecho de Sucesiones, la afirmación criticada evidenciaría que quien la realiza o bien (i) no ha revisado jamás ningún material bibliográfico referente al Derecho de Sucesiones; (ii) luego de haber revisado la citada bibliografía, no ha logrado aprehender nada de lo que ha leído sobre este extremo de la discusión o sencillamente lo ha olvidado; (iii) no solamente ha leído los materiales, sino que los ha interiorizado en virtud a los cuales ha logrado construir una teoría propia que le permite negar la posibilidad de subsumir al «negocio de última voluntad» al interior de la categoría negocial e inclusive del «acto jurídico en sentido estricto» (algo de lo cual dudamos puesto que para ello se debería primero desvirtuar el sentido y la utilidad de la íntegra clasificación de los hechos jurídicos); o, en fin, (iv) la idea propuesta resulta solo una invitación a la reflexión y a la evaluación de lo que se nos enseñado en el curso de Negocio Jurídico o en el de Sucesiones.

Somos de la opinión que las tres primeras opciones resultan, de suyo, de casi imposible verificación en la

realidad (o, por lo menos, así lo queremos creer), dado que nadie propondría un enfoque alternativo de tal magnitud sin tener fundadas bases para ello. Por tal motivo, nos parece que la última de las consideraciones antes sugeridas es la única que podría explicar una afirmación en este sentido (pues es, justamente, la que inspiró la conversación con la que iniciamos esta breve digresión).

Por las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, optamos, y aquí lo hacemos nuevamente, por defender la (para nosotros) incontestable aplicabilidad al testamento de la íntegra clasificación de los hechos jurídicos, puesto que la propuesta de base se centraba, precisamente, en desvirtuar tal categoría.

Nosotros somos de la opinión que el estudio de la «teoría general del negocio jurídico» puede darnos algunas luces para la correcta explicación de determinadas peculiaridades del fenómeno testamentario. Prueba de lo dicho es la gran cantidad de características del testamento que se derivan de la teoría negocial, las cuales serán estudiadas a continuación y esperamos con ello brindar las suficientes

PÉREZ LASSALA, José Luis. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989. pp. 519 y siguientes; ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 3era. edición. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1983. pp. 279 y siguientes; MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. 2da. edición. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1982. pp. 133 y siguientes; etcétera.

En Colombia: VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. 4ta. edición. Tomo VI. Bogotá: Temis, 1977. pp. 93 y siguientes; y, SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de sucesiones*. Bogotá: Temis, 1989, pp. 167 y siguientes.

En Chile: LOEWENWARTER, Víctor. *Derecho Civil Alemán Comparado*. 2da. edición. Santiago: Nascimento, 1943. pp. 663 y siguientes; y, DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ AQUILA. *Derecho Sucesorio*. 2da. edición. Tomo I. Santiago: Jurídica Chile, 1998. pp. 322 y siguientes.

En México: ARCE Y CERVANTES, José. *De las sucesiones*. 4ta. edición. México D.F.: Porrúa, 1996. pp. 35 y siguientes.

(6) Aunque en algunos países de habla castellana se emplea, equívocamente, el término acto jurídico para hacer alusión a algo que, en realidad, debe ser calificado como negocio jurídico, más aun cuando tales nociones no resultan sinónimas (LEÓN, Leysser L. *Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú: El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión*. En: *Proceso & Justicia*. Número 2, 2002. pp. 121 y siguientes). No obstante ello, debemos subrayar el hecho de que algunas autorizadas voces han sostenido que el testamento no se trataría, en realidad, de un negocio jurídico (LIPARI, Nicolò. *Autonomía privada e testamento*. Milán: Giuffrè, 1970).

Renzo Saavedra Velazco

razones como para demostrar la rectitud de nuestra afirmación.

2. El negocio testamentario: a) es un negocio esencialmente revocable

Una de las características reconocidas, sin mayores objeciones, del testamento es su esencial revocabilidad. Al respecto, podemos sostener, en vía de principio, que la revocación resulta ser el mecanismo jurídico mediante el cual se protege la voluntad del testador⁽⁷⁾ (la cual, en su formación, debe ser libre y espontánea; mientras que, en el período que media entre su emisión y el momento en el que habrá de desplegar la integridad de sus efectos jurídicos, la voluntad debe haber persistido o, cuanto menos, no debe haber sufrido alteración alguna o bien haberse visto sustituida) como carácter fundamental del negocio de última voluntad.

Por ello, se sostiene que el «fundamento jurídico» de la revocación de las disposiciones testamentarias puede ser graficada en la máxima latina *ambulatoria est voluntatis hominis usque ad vitae supremum exitum* y tiene como objetivo último el garantizar la absoluta libertad en la disposición de los bienes⁽⁸⁾ (en sentido lato).

El testamento resulta revocable, desde una perspectiva teórica, porque se trata de un «negocio de última voluntad»⁽⁹⁾ y, al ser así, como es del todo claro, se dispone para un momento posterior a la muerte (o, mejor aun, la voluntad del *de cuius* no debe -ni puede- tener efectos antes de dicho instante) por lo que no existe ninguna razón para que la «voluntad expresada» previamente no pueda

verse alterada (o incluso retirada) por su autor⁽¹⁰⁾. En efecto, la razón de la común imposibilidad de provocar la revocación de una voluntad expresada de manera previa se explica en la tutela y/o protección de la confianza que la contraparte hubiere depositado en el cumplimiento de las reglas y/o promesas efectuadas por el declarante. En cambio, en el testamento, al no entablarse relación jurídica alguna entre el testador y sus sucesores, no se requiere la protección de la confianza ajena⁽¹¹⁾. En tal sentido, al no presentarse estas condiciones, la voluntad misma del declarante no resulta razón suficiente como para vincularlo a su declaración previa (lo cual queda graficado con la máxima latina *nemo sibi potest legem dicere ut a priore ei recedere non liceat*, en el *Digesto* 32.1.22).

En cuanto respecta al poder de revocación (o «ius poenitendi»), resulta necesario subrayar el pensamiento de la doctrina sucesoria dominante, según la cual tal poder «nada quita a la vinculatoriedad de la reglamentación»; ello a pesar de que un autorizado autor ha sostenido que dicha carencia (esto es, la inestabilidad de la reglamentación) es una muestra de las peculiaridades de esta específica manifestación de autonomía de los particulares⁽¹²⁾.

(7) Cfr. ROSSI CARLEO, Lilians. *Revoca degli atti II) Revoca del testamento*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991. p. 1 (de la separata).

(8) El fundamento positivo de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias puede ser encontrado en el artículo 798 del Código Civil, el cual señala que «[e]l testador tiene derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que haga en contrario carece de valor».

(9) Cfr. D'AMICO, Giovanni. *Revoca delle disposizioni testamentarie*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XL. Milán: Giuffrè, 1989. p. 237.

(10) En este mismo sentido, se pronuncia el profesor italiano CICU, Antonio. *El testamento*. Traducción del italiano y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez. Madrid: Revista de Derecho privado, 1959. p. 19.

(11) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Op. cit.*; pp. 94-96.

(12) Cfr. En particular, los autores que ven en el testamento un «proyecto de voluntad», tales como CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Traducción de Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho privado, 1955. p. 386.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

La posición asumida por la doctrina jurídica dominante se funda en la particular configuración del testamento, el cual, hasta no producido el fallecimiento del «de cuius», no despliega ningún efecto jurídico frente a los terceros, lo cual remueve, como se ha visto, toda razón idónea que justifique la irrevocabilidad del compromiso. Empero, esta característica particular del negocio jurídico testamentario no perturba, en absoluto, el carácter definitivo del negocio en lo que atañe al vínculo creado sobre su autor, quien justamente por esta razón no puede apartarse del mismo si es que no emplea aquel mecanismo previsto legislativamente, «la revocación».

Llegados a este punto podríamos inclinarnos a desarrollar, como se hace en la mayoría de estudios sobre la materia, las modalidades por las que se «materializa» la revocación del testamento y, a renglón seguido, las específicas formalidades que cada modalidad debe revestir. No obstante la innegable relevancia de estos aspectos de la temática de la revocación (e incluso la discusión específica sobre la naturaleza negocial -o no- de cada una de ellas), creemos conveniente, más útil y, a la vez, más interesante para el ocasional lector, afrontar temas que no han sido abordados -hasta el momento- por la doctrina nacional.

Tal opción ostenta a su vez la siguiente ventaja adicional: permitirá ratificar o desvirtuar algunas de las conclusiones expuestas en nuestro anterior trabajo dedicado al negocio de última voluntad (véase nota 3).

2.1. ¿La revocación opera sobre cualquier negocio jurídico?

Estamos casi plenamente convencidos de que, si interrogáramos a un grupo de personas, con un mínimo conocimiento jurídico, acerca de la «revocación», la primera idea que, con seguridad, se les vendría a la mente sería la hipótesis que opera en el ámbito de la propuesta contractual,

solamente en un segundo instante, al menos en lo que a la estadística se refiere, se les ocurriría a los ocasionales individuos consultados pensar en la revocación del testamento. Ahora bien, la situación sugerida graficaría, en nuestra opinión, con total claridad como un fenómeno tan característico del testamento no tiene un vínculo tan cercano a las mentes de los diversos operadores jurídicos.

En un contexto como el descrito, es comprensible, e incluso previsible, observar que el fenómeno de la revocación del testamento solo ha sido visto desde un punto de vista clásico, llamémosle así, por lo que el interés se centra en su calificación como un mecanismo con el cual se deja sin efectos una declaración previa. Con una definición así de amplia, no se puede aspirar a analizar de manera precisa una serie extensa de fenómenos que solamente se presentan en la sucesión testamentaria (por ejemplo, la reviviscencia del negocio testamentario revocado). Asimismo, se debe apreciar que la revocación posee caracteres, en el plano de la eficacia, que la vinculan con una serie de institutos jurídicos, con la natural posibilidad de confusión, pese a que en el «plano de la estructura» (o fisonómico) la posibilidad de confusión desaparece.

En realidad, el empleo del término «revocación» por parte de nuestros legisladores civiles⁽¹³⁾ y, de algún sector de nuestros académicos⁽¹⁴⁾, resulta, por decirlo

(13) En ese mismo sentido, aunque haciendo referencia a su propio ordenamiento civil, se ha pronunciado el profesor FERRI, Luigi. *Revoca a) Diritto privato*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XL. Milán: Giuffrè, 1989. p. 199, quien sostiene que «el desistimiento es una figura limitada y circunscrita al campo del contrato y que cuando se habla de revocación en tal sector se hace un uso impropio y atécnico del término».

(14) Resulta ilustrativa de la aludida impropiedad terminológica la opinión del profesor ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Op. cit.*; p. 205, quien sostenía que «[e]l reconocimiento de la filiación es un acto mortis causa (...) no puede ser materia de revocación salvo, por supuesto, que se demuestre la existencia de algún vicio de error, dolo o violencia». Dejando a un lado la implícita asunción de la naturaleza negocial del reconocimiento de hijo extra matrimonial, lo cual

Renzo Saavedra Velazco

menos, bastante imprecisa. Tal afirmación no resulta, contrario a lo que se pudiese suponer, aventurada considerando el material bibliográfico que apunta hacia esta conclusión⁽¹⁵⁾ (entre ellos, se puede hacer mención a un comentario jurisprudencial de un autorizado profesor, quien demuestra, con absoluta prolijidad, el empleo impropio del término para hacer referencia a ciertos fenómenos contractuales, y más específicamente la revocación del contrato de mandato)⁽¹⁶⁾.

Por tal motivo, presentaremos a continuación una breve comparación entre la revocación y otros institutos jurídicos semejantes (en el sentido ya antes aludido) para, de esta manera, poder reducir el campo de nuestra investigación siguiendo, en primera instancia, una metodología negativa: vale decir, señalar lo que la revocación «no-es» para luego pasar a emprender la tarea en un sentido positivo o estricto. Un primer error, el cual se encuentra bastante extendido, es aquel que parte de la siguiente constatación:

- a) el mutuo disenso es un negocio bilateral; y,
- b) el mutuo disenso, como mecanismo jurídico, es empleado para disolver la «relación jurídica» instaurada por un contrato (que también es un negocio bilateral).

Conclusión: todos los contratos, y solo ellos, pueden ser disueltos por medio del mutuo disenso; lo cual resulta correcto, a través del «mutuo disenso», vale decir mediante el acuerdo de las partes (sean estas simples y/o complejas) que dieron nacimiento a una relación contractual se puede decidir poner fin a la misma.

Luego,

- a) la revocación es un negocio unilateral; y,
- b) la revocación, como mecanismo jurídico, se encuentra destinada a operar en el campo de los negocios unilaterales (oferta, testamento, etcétera).

Conclusión: todos los negocios unilaterales, y solamente ellos, pueden decaer por medio de la revocación; lo cual resulta incorrecto (al menos, en lo que a términos legislativos nacionales, se refiere) o bien, si se quiere, parcialmente correcto puesto que existen numerosos casos de «negocios jurídicos unilaterales» que no son revocables (pensemos en el reconocimiento de hijo natural, véase, al respecto, la nota 14) y de contratos que sí son «revocables» por la voluntad de una sola parte (en el Código Civil de 1984, encontramos por lo menos los artículos 1465, 1467 y 1468 en el régimen del contrato a favor de tercero; los artículos 1637, 1638, 1639 y 1647 en la disciplina de la donación; el artículo 1808 en el capítulo dedicado al mandato; y los artículos 1963, 1964 y 1965 en las disposiciones sobre la promesa unilateral).

Ahora bien, para comprender el real sentido de la afirmación precedente se debe

requeriría un estudio específico que incluya el análisis del denominado *negozio d'accertamento* (o negocio de determinación de la realidad jurídica), resulta clara la homologación de la revocación con los efectos propios de la invalidez lo cual es, demás esta decirlo, incorrecto salvo que el citado profesor hubiere considerado la revocación en los términos que se manejaban en el Derecho Romano justinianeo.

En efecto, bajo esta etapa del Derecho Romano, los testamentos se tornaban inválidos ya sea porque se rompían (*ruptum*) o bien se hacían inútiles (*Institutiones* 2.17), nociones que ostentan ciertos aspectos de la nulidad como de revocación.

- (15) La misma opinión es expresada, si bien lo es tomando en consideración el empleo del término por parte de la doctrina y jurisprudencia italiana, por ROMANO, Salvatore. *Revoca degli atti giuridici*. En: *Nuovo Digesto Italiano*. Volumen XI, Turín: Utet, 1939. p. 536.
- (16) Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. *La irrevocabilidad del poder: A propósito de un inútil debate jurídico*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Número 54. Año II. Trujillo: Normas Legales, 2005. pp. 49 y siguientes. Ahora también en el sitio web de la Asociación de Estudios de Derecho privado (AEDP), www.aedp.com.pe/articulos.htm.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

comparar la revocación con uno de los institutos jurídicos con los que guarda mayores semejanzas: el «desistimiento (recesso) unilateral»⁽¹⁷⁾.

El desistimiento resulta una categoría jurídica que pretende dar explicación a un conjunto heterogéneo de fenómenos que se presentan en la realidad. Sin embargo, los mismos tienen de común solamente el hecho de dar por terminada o bien extinguir una relación contractual previamente establecida entre las partes, ya sea por medio de una voluntad unilateral (la cual es de fuente legal o convencional) o bilateral (la cual, como resulta evidente, es siempre de fuente convencional). Para lograr, por medio de la actuación del desistimiento, la extinción de la relación contractual no se requiere la expresión de una «justa causa». La necesidad de expresar una «justa causa» que sirva de fundamento para su ejercicio y, por ende, para alcanzar su efecto jurídico, sí se encuentra presente, en cambio, en el caso de la resolución por incumplimiento de obligaciones, sin que importe para ello el mecanismo específico que se emplea para la obtención del citado resultado (vale decir, la resolución judicial vía el artículo 1428, la resolución por autoridad del acreedor contenida en el artículo 1429 o el ejercicio de una cláusula resolutoria expresa según el artículo 1430 del Código Civil).

Algunas de las más importantes y clásicas manifestaciones del desistimiento, se encuentran recogidas expresamente en una multiplicidad de normas del Código Civil, entre ellas

el artículo 1365⁽¹⁸⁾, donde se otorga a cualquiera de las partes contratantes el poder de «desistirse» de la relación jurídica entablada; el artículo 1480⁽¹⁹⁾, que permite pactar a las partes en contratos preparatorios el otorgamiento del «derecho» a «desistirse» de la suscripción del contrato definitivo; entre otros. Asimismo, existe la posibilidad de que las partes acuerden otorgar a una -o bien a ambas- la posibilidad de desistirse de la relación contractual, incluso aun en este supuesto nos encontraríamos frente a una hipótesis de desistimiento unilateral puesto que solo se requiere la «expresión de voluntad» de una de las partes que conforman la relación contractual para la producción del efecto jurídico, vale decir, no se necesita de la aceptación de la contraparte para obtener tal resultado. Ciertamente, esta última hipótesis resulta diferente al supuesto regulado en el citado artículo 1365, el cual procura evitar que la relación jurídica instaurada entre las partes se perpetúe en el tiempo, afectando con ello de modo perjudicial a alguna de ellas; es precisamente por esta razón por la que el legislador consideró conveniente otorgar dicho poder a las partes involucradas en

(17) Cfr. SANGIORGI, Salvatore. *Recesso*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991. p. 1 (de la separata), de donde se puede aprehender con suma claridad que se trata de una institución propia del campo contractual; y, GABRIELLI, Giovanni y Fabio PADOVINI, *Recesso a) Diritto privato*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè, 1988. p. 36, quienes son de la opinión que «[e]l poder de desistirse puede tener, en contraposición de las funciones ya indicadas, aquella de permitir a una particular contratante disolver la relación, porque no se encuentra más interesado en su instauración o continuación. Se trata, como es fácil entender, una hipótesis que posee naturaleza excepcional respecto del principio general de vinculatoriedad del contrato; hipótesis cuyo reconocimiento por parte de la ley se justifica, caso a caso, por la presencia de una específica razón» y, más adelante, se nos recuerda que se trata de una «declaración de carácter receptivo» (p. 42).

(18) «Artículo 1365 del Código Civil peruano de 1984

En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente, el contrato queda resuelto de pleno derecho».

(19) «Artículo 1480 del Código Civil peruano de 1984

La entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos».

Renzo Saavedra Velazco

cierta relación jurídica (que carezca de plazo convencional o legal y, por supuesto, que se trate de un negocio jurídico de ejecución continuada). Por otro lado, el supuesto de desistimiento (*recesso*) bilateral también se encuentra recogido, expresamente, en nuestra normativa vigente sobre obligaciones bajo la institución del mutuo disenso.

Las diferencias estructurales y funcionales entre las figuras de la «revocación» y el «desistimiento» han sido resaltadas, con total precisión, por un sector de la doctrina italiana. Lamentablemente, dicho esfuerzo no se ha presentado en nuestro país, puesto que solo recientemente ha sido materia de investigación⁽²⁰⁾.

Tal distinción doctrinal que, a primera vista, podría parecer totalmente irrelevante para los propósitos de nuestra investigación nos permitirá dilucidar, como se ha tenido oportunidad de señalar⁽²¹⁾, la naturaleza negocial -o no- del testamento, así como las formalidades que debe revestir la revocación.

Se sostiene que la revocación posee las siguientes características:

- a) Es un negocio unilateral;
- b) es un negocio realizado por el mismo autor del negocio que se desea revocar;
- c) solamente puede realizarse en aquellos negocios jurídicos en los cuales aun no ha existido un inicio de ejecución o cuando los efectos que son inherentes al negocio jurídico en cuestión todavía no se han producido en la realidad;
- d) tiene efectos retroactivos; y,
- e) es un mecanismo jurídico que se ejecuta extrajudicialmente.

De las características aludidas, podemos exponer las diferencias existentes entre este instituto jurídico y la figura del «desistimiento».

En primer lugar, no obstante que el desistimiento y la revocación son «negocios jurídicos unilaterales», la declaración de voluntad que da vida al «desistimiento» ostenta el carácter de la «receptividad», vale decir, dicha declaración para que sea susceptible de producir efectos jurídicos debe encontrarse «dirigida» al «sujeto destinatario de sus efectos» (y, por lo menos, debe ser recibida o haber alcanzado la esfera de influencia del destinatario), lo cual no es connatural (pero si usual) en la «revocación». Piénsese en el caso del negocio jurídico testamentario; en tal hipótesis, la revocación se ejerce a través de una «declaración de voluntad no recepticia» puesto que, como se sabe, no existe una contraparte afectada por la alteración y/o retiro de los efectos jurídicos de la anterior declaración. La situación resulta sustancialmente distinta a lo antes descrito si es que nos encontráramos frente a un supuesto de revocación de la oferta contractual pues, qué duda cabe, dicha declaración debe encontrarse (necesariamente) dirigida al sujeto destinatario de la oferta, ya que, en caso contrario, la misma permanecerá «firme» y podrá, de ser el caso, servir como base para la celebración de un contrato.

De lo evidenciado en el párrafo, precedente podemos obtener la siguiente

(20) En el sistema italiano, puede consultarse el trabajo del profesor FERRI, Luigi. *Op. cit.*; pp. 198 y siguientes; mientras que en el nuestro véase MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*; § 2.

(21) Véase supra nota 3.

(22) Cfr. COSTANZA, Maria. *Revoca*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*. Volumen XVII. Turín: Utet, 1998. p. 445, quien si bien no lo señala expresamente creemos que no debería tener mayores inconvenientes en

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

consecuencia preliminar: «la revocación revestirá el carácter de una declaración 'recepticia' o 'no recepticia' dependiendo de la característica que, en este aspecto, reviste el negocio jurídico que está destinada a revocar»⁽²²⁾.

En tal sentido, si el lector concuerda con nosotros en el hecho que la revocación de la oferta contractual se encuentra conformada por una declaración de voluntad de carácter recepticia debemos precisar, inmediatamente, que no podemos sostener ello con carácter absoluto. Aquí el lector podría considerar que incurrimos en una flagrante contradicción, ello es solamente una apariencia, puesto que, como se recordará, existe la así denominada «oferta al público». Una de las peculiaridades más relevantes de la oferta al público es la circunstancia de que en ella se encuentra ausente el carácter recepticio de la oferta a la cual denominaremos «ordinaria»⁽²³⁾, por lo que resultaría un despropósito -tal es la palabra- sostener que la revocación de este tipo de oferta puede realizarse («rectius»: solamente podrá producir sus efectos) si es recibida por todos y cada uno de los «destinatarios» o, si se quiere, de los individuos que tuvieron acceso a la oferta que se pretende revocar.

Ahora bien, sobre el «autor» o «sujeto legitimado» para realizar el acto de revocación, resulta sencillo comprender las razones de nuestra afirmación: si por medio de la emisión de una declaración dirigida a tal resultado se logra revocar negocios jurídicos unilaterales, es de suyo razonable que el sujeto legitimado a producir el aludido efecto sea aquel que creó el negocio jurídico a revocar, encontrándose, por lo tanto, habilitado para desdecirse de su declaración anterior, siempre y cuando el ejercicio de este poder atribuido expresamente por la ley (en el caso de la oferta) no afecte ni el derecho ni las expectativas que legítimamente pudieron haberse suscitado en terceros.

Precisamente, esta última circunstancia nos remite a la tercera característica que ostenta la revocación, vale decir,

«EL EMPLEO DE LA *RELATIO* NO IMPLICA LA CREACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS, SINO MÁS BIEN EL ESTABLECIMIENTO O DETERMINACIÓN DE ASPECTOS DE LA VOLUNTAD QUE NO RESULTEN DEL TODO CLAROS O QUE INSTEN AL EJERCICIO DE CIERTO PROCEDIMIENTO PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA DISPOSICIÓN»

la exigencia de que el negocio a revocar no hubiere tenido un inicio de ejecución o bien que no se hubiere producido aquel efecto típico o inherente al mismo.

A nivel doctrinal, se considera que no estamos en presencia de una auténtica revocación si es que el negocio jurídico a revocar ya hubiere producido los efectos que le son inherentes, dado que, con ello, se podría frustrar el interés de algún tercero (por ejemplo, piénsese en el «interés» del destinatario de la oferta contractual que puede verse lesionado si es que aquel hubiere sido comunicado con la oferta e, incluso, si ya hubiere emitido una respuesta positiva al respecto, antes de que se le notifique con la revocación) y por el hecho que ello implicaría brindar un carácter de

afirmarlo, dado que sostiene que del análisis «de la casuística legal en tema de revocación muestra, ante todo, que esta se configura como una declaración de voluntad unilateral, no siempre recepticia y encaminada al retiro total o parcial de una declaración precedente».

(23) En nuestro país es menester resaltar el trabajo del profesor FORNO FLÓREZ, Hugo. *La oferta al público: Razones para una discrepancia*. En: *Derecho PUC*. Número 45, 1991. pp. 215 y siguientes.

Renzo Saavedra Velazco

inestabilidad a las relaciones jurídicas lo cual resulta ajeno a ellas. Por el contrario, el «desistimiento» se produce cuando ha existido ya un inicio de «ejecución» o bien la «verificación» de una parte de los efectos propios del negocio, pensemos en el caso del desistimiento del contrato de mandato, del contrato de suministro, etcétera.

Una característica que ha soportado muchas críticas es la atinente a los «efectos retroactivos» de la revocación, dado que ello significaría reconocer (de manera un tanto implícita) que, por medio de este mecanismo jurídico, se afecta al negocio mismo como *fattispecie* y no solamente, como a primera vista se podría pensar, a los efectos del negocio jurídico. El sentido de esta característica se deposita, en nuestra opinión, en el hecho de que el negocio todavía no ha adquirido relevancia jurídica frente a terceros, ya sea porque aun no ha sido comunicada al «destinatario de los efectos» o porque tal notificación no es exigida para que el negocio jurídico despliegue los efectos⁽²⁴⁾ que le son propios. En cambio, en el desistimiento se afecta a la relación jurídica instaurada privándola de efectos; vale decir, impide que se sigan produciendo los efectos propios de la relación jurídica, pero solamente desde el instante en que se realiza el acto o la comunicación del desistimiento.

En este orden de ideas, el «negocio jurídico» a revocar, si bien -desde un punto de vista estructural- resulta perfecto, carece de un requisito necesario para que surta efectos: la comunicación a los terceros interesados o la verificación de un determinado evento; por ello, la declaración de la revocación evita que el negocio revocado adquiera tal

relevancia jurídica, impidiendo que aquel pueda ser calificado como la «expresión de voluntad del sujeto» que previamente la había emitido y con ello no se hace más que negarle el «carácter» de negocio jurídico⁽²⁵⁾. Finalmente, un carácter fundamental de la revocación recae en la circunstancia de que dicho mecanismo jurídico solo opera de manera «extrajudicial»⁽²⁶⁾, pues este poder (en tanto ejercicio de un *ius poenitendi*) no solamente es un acto de autonomía de los particulares (*rectius*: un negocio jurídico)⁽²⁷⁾, sino que puede ser subsumido en una categoría semejante a la que ha sido sugerida por el profesor Rosario Nicolò respecto de los derechos potestativos en los que no es menester solicitar al juez una providencia jurisdiccional que ratifique su ejercicio, pese a que consideramos que se trata en sentido estricto de un poder jurídico. Vale decir, la conducta del titular de tal situación jurídica resulta *per se* suficiente para producir la «alteración» de la realidad jurídica⁽²⁸⁾ (por ejemplo, siguiendo la propuesta de Nicolò, cuando se ejercita el derecho otorgado por un contrato de opción; o bien, en el caso de un poder, cuando se decide transmitir la titularidad sobre una particular situación jurídica).

(24) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros., BRECCIA, Umberto, Francesco D. BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Diritto civile*, Volumen I-2, *Fatti e atti giuridici*, reimpresión. Turín: Utet, 1990. pp. 804 y ss.; ahora en Id., *Derecho civil*, Tomo I - Volumen II, *Hechos y actos jurídicos*, reimpresión, traducción del italiano de Fernando Hinestrosa, Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 79 y ss.

En nuestro sistema, las primeras líneas que pueden consultarse sobre esta posición doctrinal son atribuibles al profesor FORNO FLÓREZ, Hugo. *Los efectos de la oferta contractual*. En: *ius et veritas*. Año VIII. Número 15. Lima, 1998. p. 191.

(25) En tal sentido, véase el trabajo del profesor GIAMPICCOLO, Giorgio. *Il contenuto atipico del testamento: Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*. Milán: Giuffrè, 1954. p. 77, quien sostiene que el testamento que resulta revocado «se reduce a la simple expresión del hecho histórico de una declaración no más jurídicamente imputable al sujeto».

(26) FERRI, Luigi. *Op. cit.*; p. 198.

(27) Para las objeciones a la definición del negocio jurídico como acto de autonomía de los particulares, véase SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Op. cit.*; pp. 113 y siguientes.

(28) NICOLÒ, Rosario. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. En: *Advocatus*. Número 13. Lima, 2005. p. 19. Traducción de Carlos Zamudio, revisada por Rómulo Morales.

**Caracteres del negocio de última voluntad
Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas**

Creemos que, con la exposición de las características antes mencionadas, queda claro que el desistimiento es algo diverso a la revocación. A pesar de que creemos que esta resulta ser la lectura correcta y armónica de ambas instituciones jurídicas, existiría un inconveniente esencial en el criterio propuesto: la contradicción con la interpretación que en su oportunidad propusimos del artículo 1622 del Código Civil⁽²⁹⁾. En efecto, en el caso de la *donatio mortis causa* hemos planteado (sobre la base de explicaciones de naturaleza histórica, comparativa, teórica y sistemática) que se trataría de un contrato que resulta revocable por la sola voluntad del donante, lo cual parecería una grave y flagrante contradicción sobre uno de los criterios discriminantes entre la revocación y el desistimiento.

Nuevamente, la contradicción resulta, a nuestro parecer, solamente aparente o por lo menos es fácilmente superable gracias a algo que hemos tenido la oportunidad (o, mejor aun, el cuidado) de resaltar: el criterio poco técnico en el empleo del término «revocación» por parte del legislador. Como prueba de ello, se encuentra la referencia a la revocación en el artículo 153 del Código Civil de 1984, ya que la propia referencia al «interés común» del representante y del representado presupondría la existencia de un contrato (por ejemplo, un mandato -con obligaciones a cargo de ambas partes- o, según otros autores, un contrato con obligaciones a cargo del solo proponente -con la obligación de no retirar aquellos poderes atribuidos al representante durante el período de vigencia de la irrevocabilidad: esto es, una obligación de no hacer), en tal sentido lo que se estaría regulando sería el desistimiento de tal contrato y, por lo tanto, no la revocabilidad del poder⁽³⁰⁾.

2.2. ¿La revocación es un negocio *inter vivos* o es un negocio *mortis causa*?

Una de las principales interrogantes que debemos afrontar sobre el tema de la revocación es la que concierne a si la revocación de las disposiciones testamentarias resulta un negocio «inter vivos» o si, por el contrario, se trata en realidad de un negocio jurídico «mortis causa».

La dilucidación de la interrogante antes planteada no ha sido enfrentada, hasta el momento, por la doctrina nacional, salvo la que se desprende de una lectura «entre líneas» de la obra de un autorizado autor⁽³¹⁾, puesto que se le ha considerado un asunto que transita en aquella zona tan propia de los debates jurídicos caracterizados por el excesivo énfasis dogmático en el estudio de las instituciones jurídicas y, por un desconocimiento de sus reales alcances, una discusión carente de toda consecuencia práctica.

Por tal motivo haremos, en vista de las razones anotadas y de la circunstancia de que tal sistema jurídico fue la inspiración de nuestra normativa sobre el testamento, una breve descripción de las posiciones doctrinales que se han expuesto en el sistema jurídico italiano para explicar tal fenómeno.

(29) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Op. cit.*; pp. 97-100.

(30) Conclusión a la que arriba el profesor MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*; p. 38 (de la versión mecanografiada) luego de un desarrollo exhaustivo, pese a que él lo considera solo un resumen apretado, de las fuentes normativas y doctrinales que inspiraron la creación de la norma.

(31) Nos referimos a la (aparente) opinión del profesor LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II. Segunda parte. En: DE TRAZEGNIES, Fernando (director). *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998. p. 418, la cual se podría extraer de la siguiente afirmación: «la revocación no hace desaparecer el testamento antiguo, sino que revoca sus efectos, de modo que tanto el cese de la antigua voluntad como la eficacia de la nueva tienen vigor desde la muerte», de donde se podría concluir que el citado autor considera que la revocación es un negocio *mortis causa*.

Renzo Saavedra Velazco

Entre aquellos que sostienen que la revocación del «negocio de última voluntad» resulta un negocio jurídico *inter vivos* se pueden mencionar a los profesores Mario Allara⁽³²⁾, Salvatore Romano⁽³³⁾, Giorgio Giampiccolo⁽³⁴⁾, Vincenzo Scalisì⁽³⁵⁾ y Giuseppe Azzariti⁽³⁶⁾. En esta corriente de opinión, la revocación desplegaría efectos directos e inmediatos, retirando de este modo la anterior declaración testamentaria. En este sentido, la revocación impediría que la voluntad dispositiva del testador llegue al momento de la apertura de la sucesión. De esta argumentación, se concluiría algo de suma importancia: «el ente sobre el que recae la revocación sería la voluntad misma en cuanto esencia del negocio jurídico».

En cambio, entre los seguidores de la tesis que afirma el carácter *mortis causa* de la revocación del negocio testamentario se cuenta a los profesores Antonio Cicu⁽³⁷⁾ y C. Massimo Bianca⁽³⁸⁾. Por ello, la revocación tendría «efectos diferidos», con lo cual estos solamente se habrían de producir al verificarse la apertura de la sucesión. En tal sentido, la revocación, al ser jurídicamente eficaz solo al momento de la muerte del autor, y por ser este el momento en el cual se determina y recompone la así llamada «unidad orgánica del programa testamentario», con el rechazo que representa, impide toda cualificación en sentido negocial de la voluntad testamentaria originaria, o, dicho en otros

términos, impide aquella evaluación por la cual la declaración «jurídico-negocial» (que permanece incluso hasta la apertura de la sucesión pero que solo opera *post mortem*) se torne un negocio inmodificable y, por tanto, un reglamento de acción que tenga incidencia jurídica sobre la regulación de la sucesión hereditaria. Entonces, y a semejanza de la posición antes mencionada, no se revoca un negocio, puesto que aquí se afecta nuevamente al «acto volitivo» entendido en su esencia. La rectitud de tal aseveración se evidencia en la circunstancia de que si surgiesen problemas entre las disposiciones testamentarias no solamente se debe atender al elemento temporal de las mismas (lo cual implicaría tan solo el análisis del contenido de la declaración inicial y el contenido de la declaración de voluntad que la revoca, observando, de este modo, si es que lo exteriorizado en esta resulta contradictorio, explícita o implícitamente, con lo que se señaló en aquella) sino, y en especial, a lo que fue deseado (al analizar este elemento, se

- (32) ALLARA, Mario. *Il testamento*. Padua: Cedam, 1936. pp. 178 y 179, quien sostenía que «[l]a revocación es un negocio jurídico que posee estructura propia, diversa de la del negocio testamentario. Al respecto nosotros sostenemos que la revocación, a diferencia del testamento, es: a) es un negocio *inter vivos*. Nos parece que tal afirmación (...) no necesita de una particular demostración. Desde que de la afirmación desciende el hecho que la revocación tiene una eficacia inmediata».
- (33) ROMANO, Salvatore. *Revoca degli atti giuridici*. En: *Nuovo Digesto Italiano*. Volumen XI. Turín: Utet, 1939. p. 540, quien nos brinda dos conclusiones por demás interesantes: en primer lugar, nos dice que la revocación «[e]s un acto *inter vivos* aun cuando el acto revocado sea un acto *mortis causa*»; y, en segundo lugar, que «cuando se revoca un testamento, se puede decir, en un cierto sentido que el acto desaparece del mundo jurídico sin dejar ningún rastro».
- (34) GIAMPICCOLO, Giorgio. *Il contenuto atipico del testamento: Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*. Milán: Giuffrè, 1954. p. 76, idea que también es recogida por CRISCUOLI, Giovanni. *Testamento*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXXI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. p. 22 (de la separata).
- (35) SCALISI, Vincenzo. *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concluyente*. Milán: Giuffrè, 1974. p. 451.
- (36) AZZARITI, Giuseppe. *La revocazione delle disposizioni testamentarie*. En: *Trattato di diritto privato*. Volumen VI. Tomo II. Turín: Utet, 1989. pp. 268 y 269, quien expresa claramente que «[l]a revocación es un negocio jurídico *inter vivos*, con eficacia actual, a pesar que sea relativo a un acto -como el testamento- cuyos efectos están diferidos a la muerte del testador».
- (37) CICU, Antonio. *Op. cit.*; pp. 202 y 203.
- (38) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. 2da. Edición. Volumen II. *La famiglia - Le successioni*. Milán: Giuffrè, 1985. p. 632.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

puede mantener con vida una declaración que formalmente sea de mayor antigüedad y, exteriormente, asume como contradictoria frente a una nueva declaración testamentaria; ello solo se puede comprender si es que no nos centramos únicamente en la exteriorización de la voluntad sino en el contenido de la voluntad testamentaria; es precisamente de circunstancias como esta por la que se considera que esta figura particular de la categoría negocial es la que concuerda en términos más precisos con la inicial definición «savnigiana» sobre lo que es un negocio jurídico y, sobre todo, el énfasis en el elemento voluntad).

Por lo tanto, y como se puede concluir con facilidad, ambas posiciones arriban a un mismo fin: no existe revocación de negocio jurídico alguno sino solo de la voluntad exteriorizada a través de la declaración. A esta conclusión se adhiere el profesor Francesco Messineo⁽³⁹⁾, quien sostenía que la revocación es un negocio jurídico *mortis causa* que impide la calificación de la *fattispecie* testamentaria como negocio jurídico.

Ahora bien, creemos que, para poder dilucidar el real carácter del negocio jurídico revocatorio, se debe atender a la normativa sobre la «reviviscencia» del testamento⁽⁴⁰⁾. Tal aseveración puede llamar poderosamente la atención, en especial a quien no haya profundizado en el estudio de la materia, pues este es el único aspecto de la íntegra problemática en el cual ambas posiciones arriban a un acuerdo. No obstante ello, llegados a este punto el lector podría preguntarse, y creemos que ello sería del todo válido, ¿en qué se funda tal aseveración? La respuesta es muy sencilla: si la revocación es un negocio *inter vivos*, la reviviscencia del testamento (también llamada «revocación de la revocación») se produciría *ipso iure*, esto es, en el mismo instante en el que se revoca la anterior declaración de revocación. Por el contrario, si la revocación es un negocio *mortis causa* la reviviscencia solo operaría en el momento

de la apertura de la sucesión.

La relevancia de la distinción resulta, de suyo, relevante no tanto por ella en sí misma, sino por su gran vinculación a otros dos asuntos:

a) la naturaleza negocial del testamento (lo cual trae aparejado el momento en el cual se le considerará verdaderamente como tal y ello delimitará el material probatorio con el que se contará para interpretar la voluntad del *de cuius*); y,

b) la morigeración de los criterios de evaluación de los vicios de la voluntad, tanto en la formación cuanto en la transmisión de la voluntad jurídico-negocial, así como en la interpretación de la voluntad exteriorizada.

Para estar en condiciones de responder a esta interrogante, debemos de resaltar ciertas características de la revocación. Una de tales características atiene al hecho de si la revocación elimina al negocio mismo y, por lo tanto, de manera indirecta a sus efectos o si, por el contrario, la revocación elimina la posibilidad de que el testamento produzca efectos jurídicos obstaculizando en adelante la calificación de la declaración como un negocio jurídico.

Resulta natural de que aquellos autores que proclaman el carácter *inter vivos* de la revocación se sientan inclinados a afirmar que el efecto que tal negocio produce es la

(39) MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de la 8va. edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Tomo VII. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1979. p. 146, quien sostenía que «también (conjuntamente a la revocación por sustitución de testamento) el acto notarial es acto *mortis causa*»; y, luego, que el «[e]fecto de la revocación del testamento es, no la nulidad, sino el agotamiento de eficacia de su contenido, esto es, la falta de institución de heredero, o la falta de atribución del legado y la consiguiente devolución del patrimonio hereditario, por ley». p. 150.

(40) Al respecto, es pertinente remitir a la lectura de las obras de los profesores AZZARITI, Giuseppe. *Op. cit.*; p. 268 y 269; y, GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*. 7ma. edición. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. p. 489.

Renzo Saavedra Velazco

eliminación del negocio ya realizado (lo cual presupone que la declaración puede ser calificada de negocio desde el momento mismo de su emisión). En cambio, los autores que sostienen el carácter *mortis causa* de la revocación están inclinados a señalar que la declaración testamentaria solo adquiere contornos negociales desde el momento de la apertura de la sucesión y no desde su emisión (en tal sentido, según este orden de ideas, se sostiene que la declaración testamentaria solo reviste un mero carácter de proyecto o bien resulta ser un negocio sometido a una *conditio iuris* de validez⁽⁴¹⁾ o un negocio que forma parte de una *fattispecie* compleja).

Ahora bien, los que sostienen que la revocación actúa sobre los efectos de la declaración y no sobre el negocio mismo se fundan en dos argumentos:

a) El primero de ellos resulta graficado con el brocardo latino *factum infectum fieri nequit*, lo cual significa que resulta un imposible jurídico la eliminación de una declaración anterior, puesto que ella reviste la calidad de un hecho histórico ineludible, por lo que, en realidad, se estaría actuando sobre la relación jurídica que es el efecto de la declaración.

b) El segundo de ellos atiene a la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio revocatorio, el cual, como resulta obvio, es eliminar la operatividad del negocio precedente. Siendo ello así, la revocación se insertaría en la clase de negocios jurídicos que hacen decaer los efectos jurídicos que ya han sido producidos por otro negocio o bien impide que se verifique alguno de los presupuestos necesarios para que se logren los efectos inherentes al negocio precedente.

Las críticas inmediatas que se pueden plantear a esta posición son, en nuestra opinión, de casi imposible respuesta por parte de quienes comparten esta forma de ver el fenómeno. Si ya se produjeron los efectos del negocio, lo cual se haya en la base del primer argumento (pues existe ya una relación jurídica), no se puede hablar -en el

sentido técnico del término- de una real y auténtica revocación, pues ella no reviste el carácter de un «hecho extintivo» ni mucho menos de un «hecho impeditivo».

A nivel doctrinal se entiende que estamos frente a un «hecho impeditivo» cuando no se ha presentado o no se ha realizado un presupuesto de eficacia del negocio (como en el caso de un negocio sometido a una condición suspensiva). En tal sentido, nos parece hartamente complicado afirmar (y, todavía más, aceptar) que la ausencia de una sucesiva voluntad contraria (vale decir, la voluntad de mantener los efectos jurídicos de la declaración previa o, dicho de otra manera, la decisión de «no revocar»), la cual es una circunstancia ajena al negocio jurídico revocado, configura un presupuesto de eficacia (ya que, como se podrá recordar, los presupuestos de eficacia se encuentran al interior -esto es, como contenido- de la declaración negocial o, sin más, del negocio jurídico).

En cambio, si la revocación actúa sobre el negocio jurídico revocado, se debería configurar como un fenómeno que afecta al proceso de calificación jurídica del mismo. Con ello la revocación produciría la «imposibilidad jurídica» de imputar el reglamento negocial contenido en el negocio revocado, privándolo de esta manera de su «modo de ser frente al derecho» y, por lo tanto, reduciéndolo a un simple hecho histórico. Por tanto, la revocación, al operar sobre el propio negocio jurídico, produciría sus efectos de manera inmediata, y, por ello, se la calificaría como un negocio *inter vivos*.

(41) Debemos recordar que existen algunos autores que señalan que la *conditio iuris* es una parte integrante de la *fattispecie* por lo que el negocio es inválido o bien nunca llegará a formarse si es que no se cumple con la *conditio*. Asimismo, existe otra corriente de opinión que sostiene que la *conditio iuris* resulta un elemento exterior de la *fattispecie* por lo que solo determina el momento en el cual se despliegan los efectos del negocio jurídico.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

Habiendo esclarecido las razones por las cuales consideramos relevante la correcta calificación de la revocación como un negocio jurídico *inter vivos* o como un negocio *mortis causa*, pasaremos a estudiar las razones por las cuales consideramos que, en nuestro Código Civil se puede (o, mejor dicho, se debe), sostener la naturaleza *inter vivos* del negocio revocatorio.

Para ello, debemos tomar en consideración el texto del artículo 800 del Código Civil, el cual expresa: «[s]i el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria».

De la lectura de este artículo, podemos extraer algunos elementos que nos resultan útiles para aclarar el panorama sobre la naturaleza del negocio revocatorio. Lo primero que se puede percibir -y de una lectura superficial de la norma citada- es la referencia expresa acerca de que las disposiciones revocadas del primer testamento vuelven a cobrar vigor o vuelven a la vida (o, si se desea emplear el término legislativo, «reviven»); lo cual significa que con el primer negocio revocatorio dichas disposiciones habían perdido ya todo valor jurídico.

Con ello, podemos concluir que los efectos de la (primera) revocación ya se han producido en el plano de la realidad jurídica, con lo cual se podría deducir -con relativa facilidad- el carácter *inter vivos* de la revocación. A ello no se le podría oponer, como ha sucedido en el sistema italiano⁽⁴²⁾, la idea de que «[e]sto sería igual que considerar como negocio *inter vivos* también al testamento, por lo menos si se considera que ya es perfecto en el momento en que es redactado», por lo menos por dos (2) motivos:

a) Se presenta a la calificación de la revocación como negocio *inter vivos* fuera de su real contexto procurándosele imputar al mismo un alcance del todo desmesurado.

A esta pretensión se le puede responder que, con una posición de este tipo, no se reconoce la naturaleza *inter vivos* del testamento, pues resulta evidente que cuando se afirma que las disposiciones del negocio jurídico revocado

reviven se quiere dar a entender que las mismas vinculan al testador, al ser expresión de su voluntad y, con ello, se logra demostrar que resultan jurídicamente relevantes frente a él.

Ahora bien, cuando decimos que las disposiciones testamentarias reviven y que resultan jurídicamente relevantes frente al testador se quiere dar a entender que las mismas ostentan vigor frente al *de cuius* como un acto que, llegado el momento, reglamentará su sucesión hereditaria y, por ello, se requiere que aquel ejercite la revocación, si es que pretende apartarse o desvincularse de ellas. Con ello, se podría concluir con facilidad que las disposiciones testamentarias solo resultan vinculantes a la persona del *de cuius*, pues la eficacia externa del testamento todavía se encuentra sujeta al acaecimiento del hecho de la muerte de su autor.

b) Si consideramos que el negocio jurídico testamentario es perfecto desde el mismo momento en que es redactado, prueba de ello es el hecho de que él surte efecto frente a su autor desde el mismo instante en el que se emite la declaración de última voluntad. Con ello, no se quiere dar a entender que el testamento resulta un negocio *inter vivos*, puesto que la totalidad de los efectos que el «negocio de última voluntad» está llamado a cumplir solo se habrán de producir -en el plano de la realidad jurídica- luego de la muerte de su autor. A pesar de ello, en lo que concierne a la «exigencia legal» de revocar tal declaración, sí se manifestaría un efecto *inter vivos* o inmediato, lo cual resulta ciertamente una cuestión muy diversa.

Finalmente, fuera de otras muchas razones que nos llevan a discrepar con la posición

(42) CICU, Antonio. *Op. cit.*; p. 202.

Renzo Saavedra Velazco

antes criticada, no debemos olvidar uno de los efectos jurídicos propios de la revocación (el cual, se expresa en dos ámbitos distintos): el carácter retroactivo (o que ella actúa en la *fattispecie* del negocio). En efecto, al comprender la «revocación del negocio de última voluntad» como un negocio *mortis causa*, se crearía una serie de problemas de coherencia del sistema en su conjunto (por ejemplo, existiría una clara discordancia con el artículo 800); y lo que resulta, desde nuestro punto de vista, más relevante es la circunstancia de que, si se le considerase como tal, a la revocación le resultarían aplicables aquellas reglas inspiradas en el *favor testamenti* (por ejemplo, en lo que se refiere a la interpretación, evaluación de los vicios de la voluntad, etcétera), con lo cual se debería propender a una interpretación que tenga como guía lograr alcanzar que el negocio jurídico revocatorio despliegue, con la mayor amplitud posible, sus efectos (logrando con ello un fin contrario al deseado, mantener con vida al testamento siempre que sea posible, y que sustenta la creación del citado principio).

3. (Sigue) b) Es un negocio unilateral

Un sector de la doctrina jurídica nacional y extranjera ve en esta característica el fundamento de la revocación. No obstante ello, como hemos tenido la oportunidad de demostrar, ello no resulta correcto dado que el negocio testamentario no es revocable *sic et simpliciter* porque sea un negocio jurídico unilateral sino que, en realidad, el testamento resulta revocable en tanto que se trata de un negocio unilateral.

Como se ve, el énfasis debe ser colocado en el hecho de que no todos los negocios jurídicos unilaterales son revocables por la sola constatación de tal circunstancia, sino solo aquellos que cumplen con los requisitos antes expuestos. Para que un negocio pueda ser revocado, debe primero verificarse el hecho de que se trata de un negocio

unilateral. Sin embargo, tal condición no resulta ser, por sí misma, suficiente para justificar tal característica.

Nos explicamos. En realidad, el verdadero fundamento de la revocabilidad del testamento, por lo menos así lo creemos, reside en dos (2) de sus características:

a) El hecho de que el negocio jurídico testamentario es un negocio de última voluntad; y,

b) porque para dar vida a un testamento, por lo menos en nuestro sistema, se debe emitir una «declaración de voluntad no recepticia».

Ahora bien, y a pesar de lo que a primera impresión podría pensarse, también en los negocios unilaterales se producen efectos jurídicos, sea en vía directa o bien indirecta, sobre las esferas jurídicas de terceros⁽⁴³⁾, los cuales, no obstante tal circunstancia, aun permanecen extraños al perfeccionamiento del negocio. En efecto, como se sabe, este tipo de negocios jurídicos no resulta producto de un acuerdo de voluntades⁽⁴⁴⁾.

Evidentemente, los efectos del negocio jurídico unilateral recaen en el propio autor de la declaración (salvo, los casos de actuación a través de un representante) y, en cierta medida, tal vinculación es la única particularidad constante de esta clase de negocios jurídicos⁽⁴⁵⁾.

(43) GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*; p. 90.

(44) SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. 4ta. reimpression. Roma: Foro Italiano, 1938. p. 77; BONILINI, Giovanni. *Nozioni di diritto hereditario*. 2da. edición. Turin: Utet, 1993. p. 112; y, CICU, Antonio. *Op. cit.*; p. 28.

(45) DE GIORGI, Maria Vita, *Patto successorio*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXII. Milán: Giuffrè. p. 533; y, LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Traducción y notas de la 3era. edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picabea. Madrid: Revista de Derecho privado, 1978. p. 429.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

Por tal motivo, surge el problema de la protección de la esfera jurídica ajena, ello en la medida en que se manifiesta una necesidad de mantener libre de injerencias externas la esfera de un sujeto que no ha decidido someterse a determinadas reglas, efectuar ciertas conductas o bien soportar la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja⁽⁴⁶⁾. En el ámbito de nuestras normas positivas, el asunto no resulta tan claro⁽⁴⁷⁾. Por ello, se ha planteado la limitación de los posibles efectos que se pueden generar en una esfera jurídica ajena negándose con ello la posibilidad de crear situaciones de desventaja o bien la modificación de las situaciones de ventaja ya existentes, siempre que ello se produzca sin el conocimiento del tercero que resulta ser el destinatario de los efectos del negocio.

Como se puede percibir sin dificultad, el argumento aludido devino en la creación de las categorías de los negocios jurídicos conformados por medio de una «declaración de voluntad recepticia» o por una «declaración de voluntad no recepticia».

Asimismo, esta característica del «negocio de última voluntad» nos reconduce de modo inmediato a la prohibición de pactos sucesorios; ello en la medida de que, si lo único requerido para la producción de los efectos jurídicos inherentes al testamento es la declaración de voluntad del *de cuius*, no se llegaría a comprender, por lo menos así lo concibe el legislador, por qué aquel desearía

someter los efectos del negocio a la anuencia de un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario recordar que tal posición doctrinal si bien es la «mayoritaria» a nivel del derecho comparado no resulta ser la única⁽⁴⁸⁾. Para probar la rectitud de nuestra aseveración, bastaría con mencionar al modelo jurídico germano, en donde no solo se admite la figura del testamento sino que también, y a un mismo nivel, se encuentran reconocidos los denominados contratos sucesorios. Tal referencia ya es conocida, por lo que en realidad no estaríamos brindando ninguna información novedosa al lector. Sin embargo, algo que no ha sido resaltado entre nosotros es que en el sistema jurídico alemán los contratos sucesorios admitidos son solamente los abdicativos y los institutivos, mas no los dispositivos⁽⁴⁹⁾.

La particularidad de la experiencia germana resulta relevante puesto que, en el *Erbvertrag* (o «contrato sucesorio»), no se estaría tutelando ni el requerimiento de que las disposiciones sucesorias se encuentren contenidas en un «negocio

(46) MORALES HERVIAS, Rómulo. *La constitución de hipoteca mediante negocio jurídico*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Año VII. Número 47. Trujillo: Normas Legales, 2005. pp. 84 y siguientes.

(47) Es menester recordar la necesidad de la declaración de aceptación de la herencia (o legado) y de la donación para la adquisición de la propiedad. Más aun, en el primer caso, el asunto se complica dado que la transferencia de la propiedad se produce *ipso iure* a la muerte del *de cuius* pero se dilata (aunque con efectos retroactivos a la fecha de apertura de la sucesión) la adquisición al instante de la aceptación.

Sobre la posibilidad de generar situaciones jurídicas subjetivas de ventaja en cabeza de un tercero, véase MEJORADA CHAUCA, Martín. *¿Se puede constituir una hipoteca unilateralmente? Comentarios a la Resolución No. P003-ORLC/TR del Tribunal Registral de la ORLC*. En: *ius et veritas*. Número 24. Año XII. Lima, 2002. pp. 297 y siguientes; y, FORNO FLÓREZ, Hugo. *El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena*. En: *ius et veritas*. Número 10. Año V. Lima, 1995, pp. 179 y siguientes.

(48) Aunque tal prohibición, a lo largo de los últimos años, ha sufrido una constante erosión, tanto producto de las exigencias del tráfico jurídico económico moderno cuanto por la precisión en el análisis de las figuras que se subsumen en ella.

En la actualidad, nos encontramos desarrollando algunas reflexiones sobre la materia para poder exponer el estado de la discusión a nivel europeo. Pese a ello, hemos adelantado en algo nuestra opinión en SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Los negocios jurídicos mortis causa en el sistema jurídico peruano: Los contratos mortis causa y los pactos sucesorios*. En: *Actualidad jurídica*. Tomo CLXV, agosto de 2007. pp. 54 y siguientes.

(49) DE GIORGI, Maria Vita. *Patto successorio*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXII, Milán: Giuffrè. p. 533.

Renzo Saavedra Velazco

jurídico» de carácter «unilateral» ni tampoco el «poder de revocar» (en los pactos admitidos). En lugar de ello, se prioriza el eventual interés de terceros a formar en la sucesión no solo de manera directa sino, y esto es la más importante, a presentarse con un título sucesorio⁽⁵⁰⁾. En efecto, ello puede ser confirmado en el caso de la institución (pacto sucesorio institutivo) de un determinado sujeto como sucesor por parte del *de cuius*. Es evidente que, en este caso, no existe ningún inconveniente en la participación en la sucesión del instituido dado que es el propio *de cuius* quien lo instituye. Por otro lado, en una hipótesis de renuncia (pacto sucesorio abdicativo), se acrecen las cuotas de los demás coherederos (segundo párrafo del § 2350 del *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB]), por lo que el pacto los colocaría en una posición incluso más beneficiosa que la actual. En cambio, en el supuesto de los pactos dispositivos se estaría nombrando a un individuo que, de por sí, resulta extraño a la sucesión hereditaria (en el caso previsto por el primer párrafo del § 2350 del BGB, se estaría «beneficiando» a un heredero en específico, por lo que, en realidad, no se le estaría instituyendo como tal, puesto que ya ostentaba dicho título, mientras que en el caso de la compraventa de herencia, §§ 2371 y siguientes del BGB, solamente se transmite el derecho a adquirir la herencia y no se transmite el título sucesorio) y, dado que en él no participa el *de cuius*, se estaría eliminando su voluntad en la determinación de aquellas personas que lo sucederán.

Como quiera que sea, en nuestro país solo se admite un «negocio de última voluntad» (*rectius*: el testamento), por lo

que la característica de la unilateralidad aun permanece incólume en nuestro sistema. No obstante ello, no se nos podría oponer válidamente la idea de que la «aceptación de la herencia» constituye un requisito para la producción del efecto sucesorio, tal y como sí se ha hecho en otras latitudes. Según tal corriente de opinión, el testamento se trataría en realidad, por un lado, de un negocio jurídico de carácter bilateral o bien, por otro lado, y en términos más sencillos, de una «oferta» para la adquisición de la calidad de sucesor y, por lo tanto, de (la integridad o de una cuota de) los bienes que conforman la sucesión.

Podemos dar cuenta de esta posición doctrinal recordando la diferencia entre lo que es la institución de la calidad de sucesor (lo cual, como resulta obvio, ya representa un efecto jurídico, además del expresamente reconocido en el artículo 660 del Código Civil, el cual declara -para evitar el fenómeno de la llamada «herencia vacante»- que la transmisión de la herencia ocurre *ipso iure*⁽⁵¹⁾ a la muerte del causante) y la adquisición de la herencia. El «negocio jurídico testamentario» no resulta, por sí propio, idóneo para que los bienes ingresen al patrimonio jurídico del

(50) DE GIORGI, Maria Vita. *I patti sulle successioni future*. Nápoles: Jovene, 1976. pp. 201-212.

(51) Todos los sistemas jurídicos deben optar por cómo, y en qué momento, se adquiere la herencia. El problema radica en la materialización de la opción legislativa. En el caso peruano, como en otros innumerables casos, se observa tal dificultad operativa puesto que, en un primer momento, en el artículo 660 del Código Civil, se señala que con la muerte del *de cuius* la herencia se transmite inmediatamente a los sucesores; y, solo unos pocos artículos después, en el artículo 677 del Código Civil, se nos informa que los efectos tanto de la aceptación cuanto de la renuncia se retrotraen al instante de la apertura de la sucesión, suscitándose la duda de si, en realidad, lo que transmite la herencia es la aceptación o si lo es la muerte del causante.

Sobre el particular, nos parece oportuno repasar los modelos seguidos por algunas de las legislaciones extranjeras, puesto que, como hemos tenido la ocasión de señalar en otro lugar, una de las virtudes de la comparación jurídica es la de brindarnos modelos de solución para mejorar y entender el derecho nacional.

Bajo esa tónica podemos recordar cuando menos tres (3) modelos:

a) el de la adquisición *ipso iure*, el cual solamente se encuentra determinado por la verificación de la apertura de la sucesión, sin que aquí se requiera de una declaración por parte del sucesor;

b) el de la adquisición mediante aceptación, el cual, como es obvio, requiere no solo que se haya dado la apertura de la sucesión, sino que luego de ello el sucesor realice una declaración de voluntad por la que acepta; y

**Caracteres del negocio de última voluntad
Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas**

«sucesor» (sea heredero o legatario) pues, ciertamente, se requiere de su aceptación⁽⁵²⁾.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el testamento tiene como función otorgar a los sucesores la posibilidad de recibir los bienes (en el sentido más amplio del término) que conforman la sucesión. Mientras tanto, la «aceptación» se erige como el mecanismo jurídico predeterminado por la ley a través del cual el sucesor se convierte o se torna en el titular (pese a que sus efectos se «retrotraen» al instante de la apertura de la sucesión) de los bienes que conforman la masa hereditaria; por lo que ambas declaraciones, en realidad, se presentan como dos negocios autónomos (si bien de carácter sucesivo) que generan efectos diversos (pero de carácter complementario). E incluso decimos más, de compartir la posición según la cual el testamento sería una «oferta», se pasaría sorprendentemente por alto el hecho, no exento de importancia, de que las mismas caducan en el instante en el que el oferente fallece, momento en el que precisamente, en el caso de marras, la oferta se tornaría por fin ejercitable por su destinatario (fuera de la cuestión de que no podemos considerar al sucesor como el destinatario del negocio, al respecto véase § 5). Paradójicamente, el deceso del «oferente» se convertiría al

propio tiempo, por un lado, en el evento que materializa el ofrecimiento de la herencia y, por otro lado, en el evento que provoca que la oferta desaparezca como tal.

Dada esta innegable situación no podemos adscribirnos a la corriente de opinión antes mencionada o, por lo menos, no puede sustentarse su pertinencia en el sistema jurídico peruano en función a las peculiaridades que rigen a la oferta.

4. (Sigue) c) Es un negocio conformado por la declaración personal del de cuius

Como hemos subrayado al inicio del presente estudio, deseamos plantear ciertos asuntos que no han sido considerados por la doctrina nacional sobre los caracteres del testamento. En el caso de la declaración personal del causante, se sostiene que el *de cuius* debe

c) el de la adquisición mediante pronunciamiento judicial, según el cual se requiere de una actuación jurisdiccional por medio de la cual se otorga la posesión de la herencia.

Empero, todavía podemos señalar una posibilidad más, la cual se observa en el *Code Napoleon*, en la que se combinan las opciones a y b. Tal situación se produjo debido a la superposición de dos (2) principios de «derecho consuetudinario»: el primero de origen germánico y puede ser sintetizado en la idea de que el heredero ingresaba, de manera inmediata, en la posesión de los bienes del *de cuius* con el deber de satisfacer todas las deudas hereditarias (parafraseando el contenido del artículo 724 del *Code*); y el segundo se refiere al hecho de que nadie es heredero si no lo desea (artículo 775 del *Code*).

¿Cuál es entonces el hecho que determina la adquisición de la herencia? ¿la muerte o la aceptación? Para la doctrina y jurisprudencia francesa, resulta claro que el evento de la muerte es el que determina la adquisición. Sin embargo, tal transmisión todavía no resulta irrevocable, pues la aceptación se exige solamente como la confirmación de la adquisición ya acaecida, por lo que el heredero puede siempre renunciar y tal acto se comporta como una condición resolutoria de una adquisición que se había realizado *ope legis*.

Al respecto véase AZZARITI, Francesco Saverio y otros. *Successioni per causa di morte e donazioni*. 2da. edición. Padua: Cedam, 1948. pp. 21 y siguientes.

(52) Es menester recordar, en especial dado que en nuestro país esta circunstancia no ha sido lo suficientemente subrayada, que, en ciertos sistemas jurídicos, existe una diversidad de tratamiento en lo que respecta a la situación del heredero y la del legatario.

Basta con recordar el sistema italiano en el que la aceptación del heredero, siguiendo la tradición romana, resulta indispensable para la transmisión efectiva de la herencia (artículos 470 y siguientes del *Codice Civile*). En cambio, en el caso del legatario el efecto jurídico resulta inmediato, dejando a salvo el derecho de renunciar (artículos 649 y siguientes del *Codice Civile*) a tal atribución patrimonial.

Renzo Saavedra Velazco

ser quien («de puño y letra», «personalmente», etcétera) exteriorice su «última voluntad».

De más esta decir, dado el enorme número de veces que con seguridad hemos tenido la oportunidad de oír, que el testamento no puede ser efectuado por medio de un representante (ya sea este un representante legal -por ejemplo, los padres- o bien un representante voluntario -por ejemplo, un mandatario con poder), precisamente porque se estaría vulnerando el carácter personal de la declaración de última voluntad.

Sin perjuicio de ello, plantearemos una pregunta que presenta un cariz un tanto diverso: ¿el negocio jurídico testamentario puede ser efectuado a través de un «nuncio» o portavoz?⁽⁵³⁾.

Como se sabe, un «nuncio»⁽⁵⁴⁾ es una persona designada por un particular para que sea la encargada de transmitir su voluntad. Por tal razón, también es conocido con el nombre de «emisario» o «portavoz». A diferencia de lo que acontece con el representado, al «nuncio» no se le otorga margen alguno de discrecionalidad para realizar su encargo; es decir, solo puede trasladar la voluntad de su mandante. Por ello, se llega admitir incluso que no tendría sentido exigir del emisario la «capacidad jurídico-negocial».

En este sentido, y como no puede ser de otro modo, en el apoderamiento, el representado debe brindar un conjunto o una serie de recomendaciones u órdenes al representante para la ejecución de su encargo. A ello no se le puede oponer que existen supuestos de representación en los cuales el

representado actúa de manera absolutamente conforme a la voluntad del representado, en la medida que este circunscribe totalmente la función de aquel provocando que, en cuanto al aspecto práctico u objetivo⁽⁵⁵⁾, no exista posibilidad de diferenciar, en su materialidad, tal hipótesis de un caso en el que se emplea un nuncio.

La respuesta que debemos brindar es relativamente sencilla, e incluso peca de evidente. Los efectos jurídicos son diversos, pues los alcances y ciertas consecuencias propias de la representación se encuentran sometidos a la ley; mientras que el «nuncio», por el contrario, solo se rige por el encargo del mandante.

La diferencia más saltante reside en la circunstancia de que, para actuar como un representante, se debe poseer «capacidad negocial» (aunque ella se encuentre limitada o, según nuestro Código Civil, sea relativa), lo cual no es requerido para el caso del «emisario»⁽⁵⁶⁾, en la medida que la voluntad exteriorizada no resulta la suya.

El representante será incluso quien celebre el negocio jurídico materia del encargo aunque lo haga en nombre del

(53) La pregunta no resulta tan descabellada como podría parecer, en primer lugar porque las características del *representante* y del *nuncio* resultan diversas; y, en segundo lugar, porque en la colonia se reconocía de manera explícita la posibilidad de realizar un testamento por medio de un tercero, específicamente por «comisario». Este importante dato nos fue brindado por el profesor Carlos Ramos Nuñez, a quien agradecemos la atención dispensada a nuestras preguntas, fruto de sus observaciones encontramos una referencia en el trabajo del profesor ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Op. cit.*; p. 74.

(54) Para la descripción de las peculiaridades del nuncio, véase LARENZ, Karl. *Op. cit.*; pp. 767 y siguientes; y, FLUME, Werner. *Op. cit.*; pp. 881 y siguientes.

(55) Aunque aun permanecen las diferencias de carácter «formal» -llamémoslo así- puesto que el emisario, cuando transmita la voluntad de su mandante, no hará nada más que repetir su encargo (si se tratase de la realización de un contrato de compraventa diría algo como «mi mandante, X, me encarga comunicarle que acepta la oferta que usted le hizo para la compra de su caballo Saturnus»). Por el contrario, en la representación, se observaría una conducta algo diversa puesto que el representado podría establecer las condiciones de la operación para beneficio de su representado, sin olvidar que tendría que identificarse como tal (aquí el representante diría «le vendo el caballo Saturnus en nombre de X»).

(56) FLUME, Werner. *Op. cit.*; p. 885; y, LARENZ, Karl. *Op. cit.*; p. 768.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

representado, pues la declaración de voluntad es imputable al primero y nunca al segundo⁽⁵⁷⁾. Por el contrario, en el caso del nuncio este actúa meramente, como hemos señalado, como el soporte físico o material por el que se conoce la voluntad de otro sujeto.

Ahora bien, se podría decir que el nuncio, al ser meramente el soporte o medio físico por el cual se conoce la voluntad del sujeto que lo hubiere designado (vale decir, el mandante), no se estaría infringiendo o violando el carácter de la personalidad de la declaración de última voluntad, pues este no afecta en ningún sentido ni la voluntad ni el contenido de la declaración aunque, por cierto, no es el causante quien emite la declaración, la cual, sin embargo, es absolutamente conforme a su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe recordar que, cuando un emisario actúa en un «negocio formal», aunque todo negocio reviste por fuerza una formalidad, deberá haber recibido su encargo con las formalidades que resultan exigibles para el negocio que se desea realizar.

Esto es, en nuestra opinión, lo que nos brinda la solución a la pregunta con la que iniciamos este acápite (una respuesta que no resulta meramente teórica o de carácter positivo, sino una razón de fondo que torna innecesario detenernos en tales argumentaciones) dado que si la declaración del sujeto (el causante será el mandante) que encarga al emisario la transmisión de su voluntad deberá revestir las formalidades exigidas al negocio que se desea realizar (en el caso de marras, sería el testamento), ya se tendría un negocio jurídico testamentario.

Veamos. Si es que se le va a encargar transmitir una declaración para que se celebre un «negocio de última voluntad», cualquiera que sea su forma, las recomendaciones y/o las órdenes ya deben encontrarse contenidas en un documento que cumpla con las mismas formalidades que tal negocio jurídico y se debe establecer de manera precisa el contenido que el nuncio deberá transmitir.

Con ello, se cumpliría con los requisitos exigidos por la ley para que ya exista un negocio testamentario, pues, en el documento en el que se exponen las órdenes, el *de cuius*

ya habría expresado todos los alcances de su última voluntad, además de revestirla de alguna de las formalidades exigidas para que exista un testamento. Por lo tanto, al haber actuado de esa manera, el *de cuius* no requeriría emplear a un nuncio pues resultaría inútil utilizarlo, dado que, al cumplir con todas las formalidades que se debería realizar, ciertamente ignorando las limitaciones de orden positivo, harían que, ya en el plano material y jurídico, se alcance el fin buscado (esto es, el testamento ya habría surgido como tal, por lo que la conducta del emisario resultaría irrelevante).

Sin perjuicio de lo antes aludido, y para no ir en este punto demasiado contra la corriente, señalaremos aquí cuales serían los motivos de índole técnico que respaldan nuestra solución final (de carácter claramente negativo), aunque no coincidan -salvo en el resultado- con la respuesta que hemos expresado. Son básicamente los siguientes:

- a) La exigencia del carácter personal de la declaración no tiene solamente un contenido «formal» sino también uno «sustancial», con lo cual se incluiría las conductas de individuos como el nuncio que actúan como meros portadores de una declaración de voluntad.
- b) Aceptar la posibilidad de realizar testamentos a través de «nuncios» incrementaría el riesgo de que se falsifiquen los mismos o bien se falsee la voluntad del testador al facilitarse el empleo de terceros.
- c) Se incrementaría el riesgo de que el negocio jurídico testamentario no sea la exacta exteriorización de la voluntad del *de cuius*.

(57) FLUME, Werner. *Ibid.*; p. 883.

Renzo Saavedra Velazco

d) Al momento de interpretar la voluntad contenida en el «negocio de última voluntad», no solo deberíamos detenernos en el modo en el que el mandatario (el causante) empleaba las palabras sino también el emisario.

e) Resulta un corolario lógico del carácter unilateral de la declaración testamentaria; etcétera.

5. (Sigue) d) Es un negocio en donde la declaración de voluntad es de carácter no recepticio

La diferencia entre declaraciones de voluntad «recepticias» y «no recepticias», la cual es -presumiblemente- una distinción imputable al profesor alemán Ernst Zitelmann⁽⁵⁸⁾, fue efectuada tomando en consideración el perfil de la eficacia jurídica entre ambos tipos de declaraciones.

Tal vez la primera idea que nos debería venir a la mente al referirnos a esta categoría es que el término declaración de voluntad recepticia tiene una íntima vinculación con la necesidad de su recepción por parte de un sujeto o sujetos particulares⁽⁵⁹⁾. Como es fácil concluir, cierta declaración de voluntad será de carácter recepticio si es que para la consecución de sus efectos jurídicos se exige la recepción de un sujeto «contra interesado», siendo para ello necesario que dicha declaración sea encaminada hacia él. Vale decir, serían «no recepticias» las declaraciones que no requieren, para ser eficaces, del conocimiento, o por lo menos la posibilidad efectiva de conocimiento, por parte de la persona a quien esta dirigida.

En ese orden de ideas, las declaraciones de voluntad «no recepticias» producirían sus efectos jurídicos de manera inmediata al momento de su formación, por lo que los instantes de perfeccionamiento y eficacia coincidirán temporalmente. En cambio, en las declaraciones recepticias, el contenido de la declaración debe llegar a ser conocido por el destinatario (o, por lo menos, debe ser susceptible de conocer) y solo cuando ello suceda el negocio jurídico, pese a ser perfecto desde el punto de vista de su estructura, producirá los efectos que le son propios en la esfera jurídica del tercero⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo, existen autorizadas voces que denuncian lo incoherente que resulta hablar de declaraciones cuya comunicación hacia un tercero no resulta de por sí necesaria para la producción de cierto efecto jurídico⁽⁶¹⁾. Por ello, echan mano a la difundida distinción entre manifestación y declaración de voluntad, siendo la primera de ellas una exteriorización de la voluntad a través de comportamientos aunque en ellos no exista una real intención de transmitir a otros su voluntad⁽⁶²⁾, mientras que la declaración sí lleva ínsita la idea de transmisión de cierto contenido volitivo hacia un tercero, siendo

(58) Pueden confrontarse las opiniones de MANIGK, Alfred. *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati*. En: *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Volumen XVI. Fascículo 2, 1943. p. 148; y, en nuestro medio, FORNO FLÓREZ, Hugo. *La oferta al público: Razones para una discrepancia*. En: *Derecho PUC*. Número 45, 1991. p. 228, texto y nota 24.

(59) Cfr. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán por W. Roces. Tomo I. Madrid: Reus, 1934. p. 122; y, GIAMPICCOLO, Giorgio. *Dichiarazioni recettizia*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XII. Milán: Giuffrè, 1964. pp. 386 y siguientes, donde a su vez el profesor italiano también expone los sistemas que rigen a este tipo de declaraciones, los que van desde la exigencia de conocimiento del tercero para el perfeccionamiento de la *fattispecie* o bien los sistemas jurídicos que equiparan la posibilidad de conocimiento, empleando el tercero una diligencia ordinaria, con el conocimiento.

(60) GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*; p. 90.

(61) MANIGK, Alfred. *Das rechtswirksame Verhalten*. Berlín: 1939. pp. 295 y siguientes. Citado por: CASTIGLIA, Giuseppe. *Dichiarazione*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen X. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. p. 2 (de la separata); y, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1954. p. 121.

(62) Cfr. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho privado, 1959. p. 6.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

por tanto una tautología la calificación específica de una declaración como recepticia.

A pesar de ello, somos de la opinión de que la distinción resulta de interés, dado que, con ella, se puede especificar en qué tipo de declaraciones, debido a la presencia de uno o más «contra interesados», existe la necesidad de procurar la tutela del destinatario de la declaración; o bien, debido a la ausencia de dicho individuo (o porque el mismo resulta indeterminado⁽⁶³⁾), no existe tal exigencia o la misma desaparece.

En tal sentido, serían recepticias⁽⁶⁴⁾:

a) las declaraciones de voluntad en las cuales el conocimiento del tercero es condición necesaria para que el acto o negocio pueda expresar su función; y, por otro lado,

b) las declaraciones de voluntad que afectan de algún modo la esfera jurídica del destinatario.

Como resulta evidente, sí estamos en presencia de un «negocio unilateral» cuyos efectos se establecen, directamente, en la esfera jurídica del agente que emite la declaración no existe por definición problema alguno que requiera de la protección de los terceros. Por ello, tal discurso debería desarrollarse solo en aquellas hipótesis en las que el negocio despliega, en la esfera jurídica ajena,

efectos reflejos o -inclusive- efectos dirigidos a alterar, sea de manera favorable o perjudicial, el patrimonio jurídico de un tercero.

Entonces, ¿a cuál de estas dos categorías pertenece el «negocio testamentario»? La respuesta para la casi unanimidad de la doctrina, tanto a nivel nacional cuanto a nivel comparado, es que el testamento se trata de una declaración de voluntad de carácter «no recepticio»⁽⁶⁵⁾, aunque existen algunos profesores extranjeros⁽⁶⁶⁾ que se han opuesto a tal calificación.

En nuestro medio, la única voz contraria a la corriente mayoritaria es la del profesor Fernando Vidal Ramírez⁽⁶⁷⁾, quien, de manera un tanto confusa, señala que el testamento «[e]s además, un acto unilateral simple en cuanto se forma con una declaración singular, que es la del testador, y es, por lo general, de carácter recepticio pues a la declaración va dirigida a personas determinadas, a las que el testador dirige el llamamiento, y solo por excepción podría no ser recepticio, como sería si en el testamento se hace promesa pública de recompensa» (!!)⁽⁶⁸⁾.

(63) Al respecto, remitimos a la lectura de las ideas de los profesores CASTIGLIA, Giuseppe. *Op. cit.*; p. 3 (de la separata); y, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Op. cit.*; p. 121.

(64) Cfr. GIAMPICCOLO, Giorgio. *Op. cit.*; p. 385; y, CASTIGLIA, Giuseppe. *Op. cit.*; p. 3 (de la separata).

(65) BIGLIAZZI GERI, Lina. *Il testamento*. En: *Trattato di diritto privato*. Tomo II. Volumen VI. Turín: Utet, 1989. pp. 35 y siguientes; CICU, Antonio. *Op. cit.*; pp. 29 y siguientes; BONILINI, Giovanni. *Op. cit.*; p. 112; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*; p. 65; entre otros muchos autores.

(66) MANIGK, Alfred. Citado por: ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Derecho de sucesiones*. Traducción de la 8va. revisión alemana por Ramón Roca Sastre. Volumen I. Barcelona: Bosch, 1951. p. 76, nota 2, quien entiende que el testamento es una declaración de voluntad recepticia, puesto que es de la opinión que el notario, los testigos, etcétera, actúan como representantes de los contra interesados (en realidad, los destinatarios de la declaración serían los sucesores) en los testamentos cerrado y por escritura pública; y, en el caso del testamento ológrafo, tal carácter se derivaría de la posibilidad de acceder al documento, lo cual es exigida por las normas del BGB.

(67) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El testamento como acto jurídico*. En: AUTORES VARIOS. *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilheim*. Lima: Cultural Cuzco, 1986. pp. 72 y siguientes; y, adhiriéndose a esta posición, aunque en ocasiones también se aparta de ella, véase FERNÁNDEZ ARCE, César. *Op. cit.*; p. 394.

(68) Este no es el momento ni el lugar para abundar en las críticas a la posición del citado autor. Aquí bastará con mencionar la flagrante confusión entre lo que es el «negocio de última voluntad» como negocio jurídico y como documento. En este orden de ideas, el hecho de que un testamento contenga una disposición que se oponga a la naturaleza «recepticia» o «no

Renzo Saavedra Velazco

La afirmación aludida no puede ser compartida pues una cosa es que el efecto jurídico del testamento (la «delación sucesoria o hereditaria») tenga en consideración a una o varias personas determinadas y otra cosa muy distinta es que la recepción por parte de dichos sujetos sea necesaria para que el efecto jurídico se genere en el plano de la realidad jurídica. Solo luego de constatar una situación de este tipo se podría concluir que el testamento se trata de un negocio recepticio (o, siendo más precisos, considerar que el testamento es generado por una declaración de carácter recepticia). Pensemos en los casos en los cuales el llamado a suceder no se da por enterado, cualquiera fuese la razón, de su institución como «heredero» o «legatario», por lo que podría presentarse una hipótesis de «aceptación presunta» (artículo 673 del Código Civil). Si el «llamado a suceder» fallece antes de que pueda aceptar el efecto sucesorio, el mismo se transmite en favor de sus propios «causa habientes» (el así llamado *ius delatione*, regulado en el artículo 679 del Código Civil), quienes, a su vez, pueden no conocer la existencia del citado derecho. Lo mismo sucederá si el «llamado a suceder» por cualquier motivo no toma conocimiento de su institución (sea por encontrarse, por ejemplo, en una zona apartada del país o del extranjero), en tales hipótesis el «llamado» no toma conocimiento de la declaración del testador pero, a pesar de ello, el «efecto sucesorio» (en función a lo dispuesto en el artículo 660 del Código Civil) se produce de manera automática.

De considerarse al negocio jurídico testamentario como una declaración de voluntad de carácter recepticia, se requeriría del conocimiento del sucesor (herederos e incluso los legatarios) con lo cual no se podría producir el efecto que resulta inherente a tales declaraciones de voluntad si es que no se cuenta con tal (posibilidad de) conocimiento y,

por ende, tales reglas resultarían jurídicamente irrelevantes frente a los sucesores. De ser correcto lo antes expresado, no se podría comprender las razones que llevan al legislador a establecer que, en casos como los descritos en el párrafo precedente, sí se generan efectos jurídicos de naturaleza sucesoria.

Los que sostienen, por su parte, que el testamento se encuentra conformado por una declaración de voluntad recepticia deben, en nuestra opinión, responder cuanto menos a las siguientes interrogantes: ¿Qué sucede si el sucesor no toma conocimiento de la declaración por la que se le instituye, la cual es la única disposición del testamento? ¿Se debería -o no- dar paso a la sucesión intestada? Creemos que la respuesta no puede ser sino negativa, ya que repugnaría a toda lógica abrir una sucesión intestada. A ello, no resulta válido oponer, como algunos podrían pensar, que la existencia del artículo 673 de nuestro Código Civil (hipótesis de «aceptación presunta»)⁽⁶⁹⁾ implicaría, a su vez, el conocimiento por parte del sucesor; lo cual no resulta admisible -desde ningún punto de vista- puesto que lo uno (la presunción de aceptación) no conlleva necesariamente a lo otro (el conocimiento de la declaración), lo único que significa es que si el sucesor «hubiera» tomado conocimiento de su llamado «era» razonable prever que aceptaría; o bien que,

recepticia» del negocio no puede, en absoluto, alterar la naturaleza jurídica del negocio testamentario. A lo sumo, se podría afirmar que la disposición testamentaria aludida, por llamarla de alguna manera, resulta de carácter «recepticia» o «no recepticia», aunque ello por el momento no será analizado.

Dicho punto de vista es, de suyo, evidente puesto que no se puede pretender fundar con éxito la característica de un fenómeno «sobre la base» de elementos accidentales que sin inconveniente alguno pueden estar -o no- presentes en el mismo.

(69) Artículo 673 del Código Civil peruano de 1984

La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.

**Caracteres del negocio de última voluntad
Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas**

si no se ha repudiado la herencia en un tiempo determinado, es válido presuponer que se ha aceptado (o es razonable creer que si se hubiera conocido ya se habría repudiado), pero de aquí extraer como conclusión que se presume el conocimiento del sucesor es una cuestión extremadamente discutible.

De entenderse que sí se puede presumir el conocimiento del sucesor en función al artículo comentado, aun en contra de lo antes señalado, no traería abajo nuestro razonamiento pues significaría plantear vía una «ficción legal» el conocimiento de una declaración, más aun al no admitir una prueba en contrario⁽⁷⁰⁾ se estaría reconociendo a nivel de los hechos que se trata de una declaración de voluntad de carácter «no recepticio», pues el conocimiento real nunca sería exigido para que el negocio surta sus efectos. Aunque ciertamente se realizaría de una manera un tanto alambicada.

6. Algunas precisiones sobre el contenido del testamento, en particular sobre la institución de herederos y la desheredación: ¿Es un negocio jurídico de contenido patrimonial?

Uno de los temas que más llamaron nuestra atención cuando fuimos alumnos del curso de Sucesiones, y posteriormente asistentes de docencia del curso, fue la insistencia con la cual el insigne catedrático del curso sostenía la auténtica naturaleza testamentaria de la declaración de voluntad que, no obstante reviste todas las formalidades del negocio de última voluntad, no tuviese una institución de herederos o que su texto solamente se limitara a desheredar a un heredero forzoso.

El asunto siempre nos pareció totalmente evidente, razón por la cual nunca le brindamos la importancia necesaria

como para procurar realizar una investigación seria sobre el tema. Sin embargo, el tiempo no ha hecho más que demostrar la «insolencia» de nuestra apreciación inicial, a tal punto que nos hemos visto «forzados» a incluir un acápite dedicado a la materia en el presente estudio.

Podría pensarse, luego de lo antes relatado, que, en las líneas que siguen, desarrollaremos una defensa de la imperiosa necesidad de aclarar que una declaración como la descrita posee un indudable carácter testamentario. En realidad, ello no será así ni tampoco se intentará demostrar lo contrario. En verdad, lo que demostraremos, o al menos es lo que deseamos demostrar, es la copia

«COMO EN CUALQUIER OTRO ACTO DE NATURALEZA NEGOCIAL, LA VOLUNTAD QUE SE ENCUENTRA CONTENIDA EN UN TESTAMENTO DEBE SER INTERPRETADA. EMPERO, YA DIFERENCIA DE LO QUE SUCEDE EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS *INTER VIVOS*, LA VOLUNTAD ASUME UNA PARTICULAR RELEVANCIA»

(70) Prueba que sí existe por ejemplo en el caso del artículo 1374 del Código Civil, cuando la declaración hubiere llegado a su destino, pero, por razones ajenas a la voluntad del receptor, no se hubiese tomado un efectivo conocimiento sobre su contenido. En todo lo que no se vincule a este punto (esto es, la prueba en contrario), el caso planteado es sustancialmente diverso a la delación puesto que, por ejemplo, en el trámite de la declaratoria de herederos y, a pesar de las publicaciones en diarios, a la sentencia del juez e incluso de la inscripción en registros públicos, el sucesor que vea «conculcado» sus derechos «siempre» puede plantear la petitoria de herencia ya que la misma resulta imprescriptible.

Renzo Saavedra Velazco

«acrítica e inútil» de un discurso italiano sobre la posibilidad de establecer disposiciones testamentarias negativas al interior de un negocio jurídico de última voluntad o, mejor dicho, en «un documento que tiene la forma de una declaración de última voluntad».

Antes de iniciar el análisis de los fundamentos de nuestra afirmación, queremos agradecer y de manera inmediata ensayar una disculpa con el profesor al que líneas arriba nos hemos referido. El agradecimiento se debe a los conocimientos que compartió con nosotros sobre la técnica materia del Derecho sucesorio y, lo que resulta aun más importante, acerca de las experiencias que vivió en el ejercicio de su exitosa profesión y su todavía más exitosa vida. Las disculpas se refieren, en un primer lugar, a su mención anónima lo cual será inmediatamente subsanado: nos referimos al profesor César Fernández Arce. En un segundo lugar, por poner un halo de duda sobre la pertinencia de la enseñanza de uno de los asuntos de su curso. A tal cuestionamiento, solo podemos oponer dos explicaciones, esperando con ello la comprensión del maestro, citando una famosa frase de Aristóteles: *sed amicus plato sed magis amica veritas*; mientras que la segunda explicación se conjuga con el agradecimiento: la labor del maestro⁽⁷¹⁾ radica en brindar al discípulo la posibilidad y la libertad de juzgar las enseñanzas que se le han otorgado. Es precisamente gracias a esa libertad por la que nos hemos atrevido a escribir estas líneas, aunque debemos sostener que todavía, y en no escasa medida, debemos permanecer en la posición de discípulos.

Pasemos a estudiar la materia en específico. A lo largo de la historia del Derecho Romano, la disposición hereditaria que permitía establecer que nos encontrábamos frente a un testamento era la institución de herederos. En efecto, la relevancia de tal disposición era de tal entidad⁽⁷²⁾ que se estableció que aquel documento cuya primera cláusula no fuese ella produciría, de modo inmediato, la nulidad de todas las disposiciones testamentarias que precedieran a la institución de heredero.

Ahora bien, la idea aquí formulada se observa en una de las sentencias de Gayo quien sostenía que *ante heredis institutionem inutilitier*. A ello se le añadió una serie de requerimientos formales entres los que destacaban el empleo estricto del latín, el empleo de determinadas fórmulas sacramentales para la designación de la persona del sucesor, etcétera.

La relevancia de la institución de heredero se podía percibir no solo del uso de las formalidades antes aludidas, sino de las severísimas sanciones que se imponían cuando las mismas no eran acatadas, lo

(71) Vienen a mi mente las palabras usadas por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri para señalar que el término denota a «un experimentado, poderoso y brillante académico que cuenta con varios discípulos - tres cualidades no igualmente fáciles de hallar» (MATTEI, Ugo y Pier Giuseppe MONATERI. *Faculty Recruitment in Italy*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XLI. 1993. p. 427), cualidades por demás ajenas a aquellos profesores de los que ya hemos dado cuenta en otro lugar (al respecto véase SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *La responsabilidad precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional*. En: *ius et veritas*. Año XV. Número 31. Lima, 2005. p. 166).

Sobre la descripción de las clases de maestros resultan ilustrativas las palabras del profesor Gastón Fernández Cruz, en las páginas que sirven de prólogo (aunque, en ocasiones, a nuestro parecer, resulta más semejante a un estudio preliminar) al libro de PALACIOS MARTÍNEZ, Eric e Ismael NUÑEZ SÁENZ. *Teoría general de las obligaciones: Concepto, estructura e incumplimiento*. Lima: Jurista, 2004. p. 7; y, en cuanto a la discrepancia como forma de homenaje no podemos dejar de mencionar las emotivas palabras del profesor Fernando De Trazegnies Granda hacia el profesor José León Barandiarán, ello en el conocido prefacio del libro DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*; p. 21.

(72) Al respecto, véase SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano: Historia y sistema*. Traducción de la 16ta. edición alemana por W. Rocés. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1928. p. 552; BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la 8va. edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus,

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

cual se aprecia solamente si el estudioso cae en la cuenta de dos (2) aspectos de enorme relevancia⁽⁷³⁾:

a) La eficacia o relevancia jurídica de las demás disposiciones testamentarias se encontraba supeditada no solo a la existencia de una institución de heredero, sino a la circunstancia de que el instituido adquiriera la herencia, esto es que la acepte.

b) Como corolario de lo anterior, el empleo de la nulidad parcial para declarar la invalidez de aquellas disposiciones que antecedían a la institución de heredero, puesto que ellas no respetaban a aquella disposición que les servía como presupuesto lógico.

Los argumentos que se han esgrimido para explicar esta posición son de muy diversa naturaleza, una de ellas, y la que contaba con mayor acogida en el derecho italiano hasta no hace mucho (pero al menos aparentemente se mantendría vigente entre nosotros)⁽⁷⁴⁾, es la del profesor italiano Pietro Bonfante quien consideraba que en el testamento se disponía sobre la totalidad de la posición que ostentaba el *de cuius*, incluyéndose aun la calidad de *pater familias*⁽⁷⁵⁾, es decir, el que fuere instituido como heredero en el testamento debía ser considerado, a todos los efectos, como el nuevo *pater familias* del grupo familiar y, con ello, en el encargado del culto familiar, titular del patrimonio familiar, *pater* de los hijos que aun son *alieni iuris*, etcétera⁽⁷⁶⁾.

Ello, sin embargo, ha sido desmentido por una amplia serie de investigaciones posteriores⁽⁷⁷⁾, las cuales demuestran, en función a las modalidades de negocios de última voluntad existentes, que la citada afirmación resulta imprecisa y/o incorrecta. En efecto, basta con recordar a dos testamentos particulares: el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum per aes et libram*. Según el primero, se podía nombrar como sucesor a un sujeto *sui iuris* que no fuere hijo del *de cuius*, produciéndose una hipótesis de «adrogación», una de cuyas peculiaridades radicaba en que desplegaba sus efectos solo luego de la muerte del testador⁽⁷⁸⁾. Sin embargo, la otra modalidad no resulta tan sencilla como la anterior pues, en ella, además de la intervención de un *sui iuris* que no resulta hijo del *pater familias*, el cual era denominado como *familiae emptor*, la operación simulaba una *venta* de los *bienes* que conformaban el patrimonio familiar, los cuales, por medio del empleo de la *mancipatio*, eran adquiridos por el *familiae emptor* (aunque, en un período posterior de la evolución del instituto, tal transmisión no se efectuaba), quien, en realidad, era el encargado de hacer cumplir

1965. pp. 609 y siguientes; SERAFINI, Felipe. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la 9na. edición italiana por Juan de Dios Trías. Madrid - Barcelona: Espasa Calpe, 1927. pp. 400 y siguientes; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ma. edición italiana por José M. Carames Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952. p. 590; TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè, 1990. pp. 726 y siguientes; y, en especial el acucioso estudio de PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3era. edición. Turín: Giappichelli, 1991. pp. 160 y 168 (período romano antiguo), p. 675 (período preclásico y clásico), y p. 945 (período posclásico y justinianeo).

(73) TALAMANCA, Mario. *Op. cit.*; p. 726.

(74) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Op. cit.*; p. 77, quien se adhiere a una afirmación que resulta atribuible a Julio López de Carril pero que, sin embargo, es por demás semejante a la teoría del ilustre romanista que estamos desarrollando.

(75) BONFANTE, Pietro. *Op. cit.*; pp. 596 y 609.

(76) PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*; p. 160 (período romano antiguo), quien nos recuerda los alcances de la particular visión del profesor Bonfante sobre la familia romana como unidad política.

(77) PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*; p. 160 (período romano antiguo), al exponer como luego del deceso del *pater familias* el grupo familiar no permanecía unido bajo la potestad del nuevo cabeza de familia, en verdad la familia romana se escindía en tantos grupos familiares como *filii familias* existiesen; y, TALAMANCA, Mario. *Op. cit.*; p. 728, al señalar que la institución de heredero solo alcanzaba al patrimonio del *de cuius*.

(78) TALAMANCA, Mario. *Op. cit.*; p. 169.

Renzo Saavedra Velazco

los deseos del testador cuyas ordenes o deseos ya había recibido (*nuncupatio*)⁽⁷⁹⁾.

Como se puede observar de los testamentos propuestos, la institución de un «sucesor» (heredero), se centraba en el aspecto patrimonial y nunca en la compleja posición de *pater familias*. Pese a ello, la institución de heredero se erigió como la esencia del testamento⁽⁸⁰⁾ o, para decirlo en palabras de Gayo, *caput et fundamentum totius testamenti* (inicio y fundamento del íntegro testamento)⁽⁸¹⁾.

Ahora bien, en la legislación italiana, existe un eco de este desarrollo⁽⁸²⁾ razón por la cual muchos autores se plantearon precisamente la posibilidad de que un negocio testamentario no posea una institución de herederos, sino solamente la disposición de legados o, en otros casos, que solo contenga una declaración de desheredación (lo cual resulta, en realidad, ya una disposición de bienes, nada más que en sentido negativo).

La solución al problema fue brindada teniendo en consideración que en las normas referentes a la sucesión testamentaria se establece que pueden presentarse hipótesis de coexistencia de dos fuentes de vocación (lo cual no se admitía en el derecho romano como lo gráfica el brocardo latino *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest*), a su vez, la existencia del segundo párrafo del artículo 587 del *Codice Civile* de 1942, el cual dispone que «[l]as disposiciones de carácter no patrimonial, que la Ley permite que estén contenidas en un testamento, tienen eficacia, si se encuentran contenidas en un acto que tiene la forma de un testamento, aunque falten las disposiciones de carácter patrimonial».

La historia de esta norma nos es recordada por Cicu⁽⁸³⁾, quien señala que, con ella, se mantiene la definición

tradicional del negocio jurídico testamentario como acto de disposición de bienes, pese a que en el proyecto de *Libro de Sucesiones* se planteaba una norma (se trataba del artículo 133 del citado proyecto) que recogía una definición más amplia de testamento, en donde se admitía que las disposiciones de carácter «no patrimonial» conformen el único contenido del testamento⁽⁸⁴⁾. Empero, la comisión parlamentaria encargada de la revisión del texto decidió eliminarla, pues consideró que contradecía lo dispuesto en la primera parte de la norma, ya que en ella se sostenía que el negocio de última voluntad era un acto de disposición de bienes.

Del texto del artículo vigente del *Codice* la doctrina italiana extrae dos consecuencias:

a) Las «disposiciones de carácter no patrimonial» que se encuentren presentes en un documento que cumpla las formalidades de un testamento son eficaces. Empero, no se podrá calificar al mismo como un auténtico negocio testamentario, dado la expresa alusión a «un acto que tiene la forma de un testamento» pero que, en esencia, no lo es, pues carece, precisamente, de una disposición de carácter patrimonial (siendo la más importante, como se ha visto, la institución de heredero).

b) Se concluye que una «disposición de carácter no patrimonial» no es parte del

(79) Cfr. SERAFINI, Felipe. *Op. cit.*; pp. 405 y 406; SOHM, Rodolfo. *Op. cit.*; pp. 542 y 543; y, PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*; p. 171.

(80) Aunque Justiniano derogó varias de las formalidades, como el riguroso uso del latín, de la designación imperativa y con determinadas fórmulas de la persona del sucesor, etcétera.

(81) TALAMANCA, Mario. *Op. cit.*; p. 726.

(82) Al respecto, véase NARDI, Enzo. *Codice Civile e diritto romano: Gli articoli vigente del Codice Civile nei loro precedente romanistici*. Milán: Giuffrè, 1997. p. 26.

(83) CICU, Antonio. *Op. cit.*; pp. 13 y 14.

(84) Norma cuyo contenido proyectado se asemejaba, en gran medida, al texto de nuestro actual artículo 686.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

contenido regular -o típico⁽⁸⁵⁾, para emplear el término con mayor acogida en el ordenamiento jurídico italiano- de un testamento, puesto que solo se ha admitido su ingreso en un «negocio de última voluntad» por manifestación expresa del legislador. Por tal razón, el contenido típico sigue siendo en tal país, como lo era en la época romana, la institución de heredero.

¿Cómo llegó la discusión del asunto a nuestro país? Como se recordará, se ha dicho que la legislación italiana ha sido fuente inspiradora de muchas de las actuales normas del Derecho Sucesorio peruano, prueba de ello es que el autor del Libro de Sucesiones de nuestro Código Civil reconoce que la inclusión del segundo párrafo encuentra su fuente⁽⁸⁶⁾ en el texto del artículo 587 del *Codice Civile*. Sin embargo, se ha suprimido en buena parte el sentido de este párrafo al establecerse que «[s]on válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limita a ellas».

Como se puede observar en el artículo 686 del Código Civil peruano, no existe la complicación que creó el legislador italiano al provocar en su sistema la «división» entre las disposiciones testamentarias típicas y atípicas, así como

en el hecho de crear dudas sobre si un documento que solo contenga la voluntad de desheredar⁽⁸⁷⁾ a un heredero forzoso pueda ser calificado de testamento⁽⁸⁸⁾; vale decir, cuando se alteró ese segundo párrafo, el legislador peruano, consciente o inconscientemente⁽⁸⁹⁾, nos ha hecho un gran favor, puesto que no se puede poner en duda la auténtica naturaleza testamentaria de los negocios a los que hemos hecho alusión.

A pesar de lo mencionado, este punto se plantea, constantemente, a lo largo del curso de Sucesiones, en los materiales bibliográficos existentes y en los discursos de algunos profesores.

Entonces, ¿cómo llegó el problema, llamémoslo así, al Perú? Dado que nuestro articulado no genera ninguna duda al respecto, la respuesta resulta evidente: llegó por vía de la doctrina. El trasplante de este problema no tiene razón de ser en nuestro país, puesto que no somos un

(85) Al respecto, véase IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI. *Linguaggio e regole del diritto privato: Nuovo manuale per i corsi universitari*. Padua: Cedam, 2000. p. 622.

Existen otros autores que consideran que el *negocio de última voluntad* de carácter *no patrimonial* no resulta un testamento pese a que aquel cumpla con los requisitos formales exigidos para tal negocio. Sobre el particular, véase LIPARI, Nicolò. *Op. cit.*; p. 39.

(86) LANATTA GUILHEIM, Rómulo. *Exposición de motivos y comentarios*. Volumen V. En: REVOREDO, Delia (compiladora). Lima: Studium, 1985. p. 33.

(87) La posición mayoritaria resulta aquella que sostiene que un documento que tenga las formalidades de un negocio testamentario, pero que solo contiene una disposición de desheredación no puede ser considerada como testamento. Al respecto, véase BIANCA, C. Massimo. *Op. cit.*; p. 564.

(88) Como prueba de la existencia de una discusión de índole doctrinal y jurisprudencial en el sistema italiano sobre la pertinencia de catalogar como un *negocio de última voluntad* a un documento que solo contenga una disposición negativa (*rectius*: desheredación) se remite a la lectura del interesante artículo del profesor GABRIELLI, Giovanni. *Rapporti familiari e libertà di testare*. En: *Famiglia: Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Número 1. 2001. p. 14, donde se comentan decisiones que resultan cuestionables aun tomando en consideración la redacción del *Codice Civile*.

(89) Llama la atención cómo la norma a pesar de las revisiones constantes de las que fue objeto no sufrió mayores alteraciones en la descripción y consecuencias del fenómeno. Para efectuar tal confrontación, véase LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *Derecho de Sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II. En: DE TRAZEGNIES, Fernando (director). *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. pp. 33 y 34.

Renzo Saavedra Velazco

sistema excesivamente⁽⁹⁰⁾ tributario a la historia del Derecho Romano (aunque, ciertamente, la mayoría de las instituciones que se han recogido encuentran allí su fuente más remota), ni tampoco se requiere la interpretación de un artículo como el 587 del *Codice Civile*⁽⁹¹⁾. Basta con una lectura literal de nuestras normas para tener claro que tanto resulta un testamento en el Perú aquel en el que se instituye herederos como aquel por el cual solo se los deshereda.

Por los motivos antes expuestos, podemos concluir que nuestro sistema se adhiere a una definición relativamente amplia del negocio testamentario y, a su vez, no existiría una diferencia entre un contenido típico y atípico del testamento; al menos no en el sentido propuesto en el sistema italiano. Ello nos impediría concluir que las disposiciones testamentarias de carácter no patrimonial (o atípica) son irrevocables en contraposición a aquellas de carácter patrimonial, tal y como sí lo hace un sector de la doctrina en Italia.

Sobre este tema, nos debemos centrar en la naturaleza de la declaración (si es negocial, de conocimiento, etcétera) y el momento en que estas surten los efectos que le son propios (pues si ya surtió efectos no resulta susceptible de revocación)⁽⁹²⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, la calificación de este tipo de negocios jurídicos o de declaraciones de voluntad como testamentos no implica, de modo inmediato, que las normas aplicables a estos casos son las de la sucesión

testamentaria. En efecto, al no existir una disposición efectiva de los bienes hereditarios, se producirá un supuesto de sucesión mixta pues el texto del segundo inciso del artículo 815 del Código Civil nos señala que, en estos casos, la sucesión será de tal carácter, dado que, en determinados extremos, existen disposiciones de última voluntad (por ejemplo, la desheredación, lo cual implica que la cuota de otros herederos, si los hubiere, acrecerían) y, en otras, encontrarán aplicación las normas de la sucesión intestada.

7. Argumentos en favor de la admisibilidad del testamento *per relationem*

Antes que nada, es menester definir qué es lo que entendemos bajo la noción de *relatio* para luego pasar a explicar la posibilidad de su aplicación al negocio jurídico testamentario; todo ello, como no puede ser de otro modo, según nuestra actual regulación.

El sentido etimológico viene a significar «una referencia conceptual a algún

(90) Lo cual no quiere decir que no tengamos una fuerte influencia de tal derecho. Nuestra afirmación quiere dar a entender que, al ser un sistema que importa normas, es esa la manera en la que las tradiciones romanas perviven en nuestra legislación, al menos ello es así en la gran mayoría de casos. En cambio, en otros sistemas, como el italiano y el alemán, se razona en base a las enseñanzas romanas y de allí se genera tal o cual regulación, como sucede en Italia con la definición del testamento y, en Alemania, con la regulación (para muchos autores imperfecta) sobre la responsabilidad civil extracontractual.

(91) Recientemente, el profesor ZOPPINI, Andrea. *Le «nuove» proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza: Note a margine della teoria dei beni*. En: *Rivista di diritto civile*. Número 2. Año XLVI, 2000. pp. 185 y siguientes, ha publicado un estudio, que combina la aproximación económica, en el cual se amplían los bienes que podrían ser susceptibles de «transmisión hereditaria» con lo cual también se ampliarían los límites del artículo 587 del *Codice Civile*.

(92) Por ejemplo, en el caso de «reconocimiento de hijo extramatrimonial» existen autores que la consideran una declaración de voluntad irrevocable en tanto es la declaración de un conocimiento, mientras que otros sostienen que la misma es una declaración de voluntad que produce efectos inmediatos y no *post mortem*. De aquí se podría concluir que la razón por la cual resulta revocable es porque ya surtió los efectos jurídicos que le son propios. Como se recordará, uno de los requisitos exigidos para que un negocio sea revocable es que no hayan producido los efectos jurídicos del mismo (véase BARBERO, Doménico. *Op. cit.*; p. 256).

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

elemento extrínseco»⁽⁹³⁾. Precisamente, teniendo en consideración esta primera definición surgen las primeras objeciones a la admisibilidad de este mecanismo, puesto que algunos autores han denunciado que, por esta vía, se permitiría afectar el requisito de la formalidad -tan relevante en el ámbito testamentario-⁽⁹⁴⁾ o, en todo caso, se estaría afectando el carácter personal de la declaración testamentaria⁽⁹⁵⁾.

Al respecto, podemos decir que ambas objeciones tienen como sustento una serie de temores que resultan, a nuestro parecer, infundados. En efecto, si bien desde cierto punto de vista el acogimiento de la *relatio* implica un proceso que tiene por objeto dar vida (no en el sentido de crear) o integrar la declaración de voluntad del testador reenviando a una fuente externa del documento en el que se materializó el testamento⁽⁹⁶⁾. Desde otro punto de vista, que resulta ser más fiel a la realidad, tal referencia atiene a un *quid* (*rectius*: a una voluntad) ya fijado y precisado de antemano o bien que, en otras hipótesis, será determinable en un aspecto de carácter accesorio o que resulte del todo objetivo mediante el empleo de este mecanismo.

De lo dicho, se puede apreciar que el empleo de la *relatio* no afecta, en absoluto, el carácter de la «personalidad» o «unipersonalidad» de la declaración de última voluntad, puesto que es precisamente el testador quien dispone que

su propia voluntad se vea especificada⁽⁹⁷⁾, por llamarla de alguna manera, en un aspecto «no esencial», ya que la misma en el momento de su facción ha sido dirigida y encaminada en un determinado sentido.

Por eso, cabría extraer una conclusión de lo dicho hasta este punto: el empleo de la *relatio* no implica la creación de disposiciones testamentarias, sino más bien el establecimiento o determinación de aspectos de la voluntad que no resulten del todo claros o que insten al ejercicio de cierto procedimiento para el esclarecimiento de la disposición (por ejemplo, se declara que se entregará un legado de un auto a aquel individuo con el que se celebró un contrato de mutuo de cierta fecha).

Sobre el temor de afectar el (cuasi) sagrado carácter formal de la declaración testamentaria, el asunto es aun más sencillo, pues es el mismo documento el que nos remite a otro para el establecimiento de cierto elemento pero ya

(93) Para una definición más técnica de la institución, véase GIORDANO-MONDELLO, Alfonso. *Il testamento per relazione: Contributo alla teoria del negozio per relationem*. Milán: Giuffrè, 1966. p. 4; y, BARBERO, Doménico. *Op. cit.*; p. 271, quien considera que es un modo de manifestación de la voluntad testamentaria en virtud de la cual esta no resulta directamente del documento, sino indirectamente de la referencia (relación o *relatio*) del documento a datos externos.

(94) Cfr. BIANCA, C. Massimo. *Op. cit.*; p. 562, quien sostiene que el fundamento que explica la nulidad de la disposiciones *per relationem* es la ausencia del requisitos de la forma. No obstante ello, luego, llega a admitir que el testador se remita a elementos que sean absolutamente objetivos. En contra de dicha posición, véase TRABUCCHI, Alberto. *Op. cit.*; p. 394, quien nos recuerda que el carácter formal del testamento no excluye que el *de cuius* pueda remitirse para la determinación de cualquier elemento, si es que así lo desea, a situaciones no precisadas en el documento que sirve de soporte a su voluntad.

(95) Cfr. BONILINI, Giovanni. *Op. cit.*; p. 112.

(96) Al respecto, véase ALLARA, Mario. *Op. cit.*; p. 252, quien resume con asombrosa precisión las características de estas disposiciones, «[d]el punto de vista sustancial disposición testamentaria *per relationem* significa determinación no autónoma, (mediata, indirecta, para elementos accidentales) de la voluntad testamentaria, en el sentido que el testador se remite, reenvía, en orden a esta determinación, a una situación extraña a su voluntad. Desde el punto de vista formal disposición testamentaria *per relationem* significa manifestación de una determinación no autónoma (mediata, indirecta, para elementos accidentales) de la voluntad testamentaria».

(97) CRISCUOLI, Giovanni. *Il testamento: Norme e casi*. Padua: Cedam, 1991. pp. 151 y 152, quien teme que el tercero se constituya en un sujeto que crea nuevas disposiciones de última voluntad.

Renzo Saavedra Velazco

la voluntad de instituir, reconocer, etcétera, se encuentra en el propio testamento.

En particular, llama la atención la posición de determinados autores que, si bien aceptan la utilización de este mecanismo jurídico, le imponen una (única) condición: «que el documento al cual se hace referencia en el negocio jurídico testamentario debe cumplir con las mismas formalidades exigidas para un negocio de última voluntad».

Esta posición, en nuestra opinión, no puede ser compartida básicamente porque incurre en dos errores de base, a saber los siguientes:

a) Considera que el texto o documento testamentario solo es aquel en el cual se reúne la totalidad de disposiciones, olvidándose que, bajo el «principio de la unidad conceptual del testamento»⁽⁹⁸⁾, todos los documentos en los cuales el testador haya expresado su voluntad conforman un «todo indivisible», si es que todos ellos cumplen con las exigencias formales impuestas por ley. Así, por ejemplo, si varios negocios testamentarios no se contradicen entre sí, pese a que han sido elaborados en fechas diversas deberán, puesto que lo son en realidad, ser entendidos como una sola y única declaración y no como si estuviéramos en presencia de varios textos, lo cual no se verá afectado a pesar de que cada uno de los testamentos hubiere sido realizado bajo modalidades diversas.

b) Si se exigiese al testador que cumpla con todos los requerimientos exigidos para un testamento no habría razón para que el testador se remita a un documento «externo», pues, en tal caso, resultaría mejor para el *de cuius* integrar tal declaración de voluntad al propio texto del testamento para, con ello, asegurar y facilitar la interpretación de su voluntad (aunque ello no sería necesario tal y como se ha demostrado al explicar el primer error de esta posición doctrinal). Una lectura en este sentido carece, desde nuestro punto de vista, de cualquier razonabilidad pues, por un lado,

olvida que al solicitar formalidades de este tipo haría que el documento forme parte del negocio testamentario y, por lo tanto, no existiría *relatio* alguna. En segundo lugar, somos de la opinión de que este mecanismo solo muestra su utilidad si es que se permite una mayor flexibilidad al testador frente al documento testamentario y, con ello, un mayor respeto por su voluntad.

Imaginemos que un sujeto dispone, como en el ejemplo propuesto líneas arriba, en su testamento un legado en favor del individuo que resultó ser su contraparte en un contrato de mutuo. Sin embargo, como se sabe, este tipo de negocios jurídicos no necesitan constar en escritura pública, pero sí consta en el texto de una junta de accionistas que todavía no ha sido legalizada o, para colocarnos en una posición extrema, ha sido declarada a la SUNAT, o bien, en otra hipótesis, se quiere nombrar al último empleado de la lista de nuevos ingresos cuya inscripción en el Ministerio de Trabajo acabo de solicitar, etcétera. ¿Se podría decir que tal disposición testamentaria no puede ser cumplida, habida cuenta de que ellas no satisfacen los requerimientos exigidos por ley en materia sucesoria? En todos los casos, los documentos carecen de alguno de los requisitos exigidos tales como su facción «por puño y letra» del causante o bien pese a tener fecha cierta no cumple con el requisito de los testigos, con la firma en cada una de las páginas del documento, etcétera.

De lo dicho, queda claro que esta posición resulta ilógica pues ni respeta la voluntad

(98) PALAZZO, Antonio. *Le successioni*. 2da. edición. Volumen II. En: *Trattato di diritto privato*. Milán: Giuffrè, 2000. p. 645, quien nos recuerda que «la unidad sustancial del testamento no significa unidad formal y como la jurisprudencia ha comprendido que varios documentos testamentarios no contradictorios entre sí sirven para la reconstrucción del concepto de aquel testamento objeto de interpretación».

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

del testador ni aplica en sus justos y reales alcances la normativa sobre los testamentos⁽⁹⁹⁾.

Evidentemente, no queremos dar a entender que la posibilidad de hacer referencias a datos extrínsecos pueda ser hecha de la manera más libre sino que debería bastar, desde nuestra perspectiva, con que el documento brinde las certezas suficientes sobre su autenticidad y una «relativa seguridad»⁽¹⁰⁰⁾ sobre la imposibilidad de su adulteración por una voluntad externa a la del *de cuius*, pero, para ello, bastaría con que el documento posea fecha cierta, o bien que el contenido del dato al cual se remite sea de conocimiento de algún organismo estatal o funcionario público, etcétera.

Esperamos haber demostrado las razones que sustentarían la admisibilidad de estas disposiciones testamentarias o, cuanto menos, haber brindado las razones para emprender la evaluación sobre su conveniencia en nuestro sistema. Sin embargo, aun permanece la incógnita acerca de los alcances y/o límites en el empleo de las mismas. Para ello, creemos necesario exponer aquellas modalidades de *relatio* que se han reconocido a nivel doctrinal.

Como hemos tenido oportunidad de señalar, nos encontramos frente a una disposición o negocio *per relationem*, cuando el contenido de la voluntad no se encuentra completamente individualizada, requiriéndose para su total determinación el reenvío a una fuente externa o bien a elementos extraños o extrínsecos⁽¹⁰¹⁾. En otras ocasiones, la *relatio* no actúa como un mecanismo de individualización de la voluntad expresada sino como un instrumento por el que se indica una declaración de voluntad ya perfectamente determinada.

Existen dos tipos de *relatio*:

a) la llamada *relatio* «sustancial», se presenta cuando la determinación se encuentra supeditada a un fenómeno externo; y,

b) la denominada *relatio* «puramente formal», se presenta cuando la voluntad ya se encuentra determinada y resulta cognoscible desde el momento de su emisión.

A fin de despejar cualquier duda sobre la materia, creemos conveniente brindar un ejemplo de cada una de las modalidades de *relatio* a las que se ha hecho alusión.

Entonces:

a) se tendrá una *relatio* «sustancial» cuando el testador declara que instituirá como heredero a aquel de sus parientes que se presente en primer lugar a sus funerales; y,

b) se tendrá, en cambio, una *relatio* «formal» cuando el testador dispone en su testamento que dejará el cuadro que se encuentra en su despacho a su único sobrino.

En tal sentido, en la *relatio* «puramente formal» se encuentra enunciado un mecanismo mediante el cual la voluntad del testador se perfeccionará en base a elementos extraños a ella (en el caso concreto el establecimiento de la identidad del «único sobrino» y la determinación del

(99) Una opinión semejante, al menos aparentemente, es expresada por FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil: Derecho de sucesiones*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 617. En cambio, una posición a la cual nos adherimos es la defendida por el profesor LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*; pp. 203 y 204.

(100) Decimos relativa porque no creemos que ninguno de los mecanismos existentes nos asegura una total imposibilidad de adulteración de la declaración testamentaria -por lo menos, en lo que a términos físicos se refiere-, por lo que no resulta razonable exigir ello a nuestra propuesta.

(101) Lo cual también guarda una estrecha relación con la posibilidad de emplear pruebas ajenas al documento testamentario para la dilucidación de la voluntad testamentaria.

Renzo Saavedra Velazco

«cuadro»). En cambio, en la *relatio* sustancial lo que se habrá de determinar no resulta un aspecto del contenido de la declaración, sino la dirección que la misma habrá de tomar (en el caso concreto, será la identidad del sujeto que se verá instituido en la calidad de heredero).

Con ello, no queremos dar a entender que la *relatio* sustancial atiende solo al sujeto de la relación mientras que, en el supuesto de la *relatio* puramente formal, lo haría sobre el objeto; sino que, en la *relatio* sustancial, si bien existe una voluntad exteriorizada y se ha esclarecido la finalidad que ella debe cumplir, no sucede lo mismo con el «impulso» que se requiere para encaminarla a producir el citado efecto sucesorio. Por ejemplo, una persona desea dejar a su único familiar un determinado bien valioso; empero, ella no sabe con exactitud cual bien debería de otorgarle; en vista de tal situación, el testador puede decidir que se le entregue: (i) su pertenencia de mayor valor monetario; o, (ii) aquel objeto que el sucesor elija. En ambas hipótesis, el contenido se encuentra establecido (la entrega de un bien a título de legado). Lo único que falta es que esa voluntad pueda dirigirse en determinado sentido, lo cual se podrá realizar mediante el mecanismo indicado en (i) a través de una valuación de los bienes para conocer cual de ellos resulta el más valioso en términos monetarios; o (ii) cuando el sucesor elija entre los bienes que pertenecían al *de cuius*. Otro ejemplo: una persona quiere beneficiar a cierto amigo suyo; el problema recae en otro hecho: si lo hace mediante un legado o instituyéndolo como heredero; en vista de ello, dispone que, si aquel obtiene determinado reconocimiento en el ejercicio de su labor profesional, será instituido como su heredero; de no hacerlo, será solo un legatario. Aquí lo que todavía no se ha establecido es el contenido de la disposición testamentaria, por ello a través de una referencia extrínseca a la voluntad del testador se perfeccionará la declaración, constituyéndose en una *relatio* puramente formal.

Ahora bien, en materia testamentaria, solo puede operar la denominada *relatio* perfecta, la cual acaece cuando la «totalidad» de los individuos que dieron vida al negocio jurídico se ponen de acuerdo en el «reenvío», como es fácil de concluir la *relatio* «imperfecta» se da cuando solo una de las partes que celebraron el negocio decide emplear el «reenvío» para el esclarecimiento de determinado extremo de su declaración.

Algunos consideran que, en los casos de *relatio* perfecta, se puede excluir la necesidad de cumplir las formalidades impuestas (tanto por acuerdo como por la ley) dado que, al existir una cooperación (y acuerdo) entre los sujetos que forman parte del negocio para elegir tal mecanismo, por lo que no habría razón alguna que nos lleve a limitar su autonomía.

El único límite que se debe reconocer a este mecanismo particular es el de mantener aquellas exigencias estructurales que conciernen a la presencia del elemento volitivo al momento en el cual se conforma el negocio, pues de, no ser así, se permitiría que un determinado negocio carezca de cualquier voluntad, dado que ella podría ser determinada, de manera íntegra, por otro mecanismo.

Ahora bien, ¿cuál sería la razón de imponer dicho límite? Muy sencillo, se permitiría crear un mecanismo jurídico, por el cual se allanaría la creación de supuestos de fraude, ya que, por medio de una *relatio* de este tipo, se argüiría que determinado negocio se ha realizado en cierta fecha, pese a que su contenido se determinó mucho tiempo después. A ello se le podría oponer que la fecha a tomar en cuenta debiera ser la del negocio jurídico que da contenido a la primera declaración. Ello, si bien corregiría el efecto nocivo antes mencionado, nos permite concluir que el negocio inicial tendría que ser considerado como nulo (o, cuanto menos, que el mismo resulta jurídicamente irrelevante hasta que no se compruebe la celebración del segundo negocio), puesto que se evidencia que el mismo carece de cualquier elemento volitivo (aunque aun se debería hacer frente a algunas de las más que probables contingencias de índole tributaria).

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

Otra duda que podría suscitar el tema es si, en nuestro Código Civil, fuera de las razones de orden lógico jurídico que nos permiten proponer la admisibilidad del fenómeno, se recoge algunos supuestos de *relatio*; y, si dichas hipótesis no solo atañen al objeto de la disposición sino también a los sujetos. Las respuestas a ambas interrogantes no pueden ser sino positivas. A lo largo del articulado de nuestro Código, se reconoce diversos supuestos de disposiciones *per relationem* y las mismas también conciernen a los sujetos que conforman una determinada relación jurídica.

Típicos ejemplos de disposiciones *per relationem* referidas al objeto de la disposición (o, mejor aun, de la relación que se constituye por ella) son los recogidos en los artículos 1143⁽¹⁰²⁾, 1144⁽¹⁰³⁾ y 1162⁽¹⁰⁴⁾ (en el libro VI sobre Las obligaciones); 1407⁽¹⁰⁵⁾ (en el libro VI sobre las Fuentes de

las obligaciones: Contratos en general); y, en fin, los artículos 758⁽¹⁰⁶⁾ y 766⁽¹⁰⁷⁾ (en el libro IV sobre Derecho de sucesiones). En todos estos casos, se remite al arbitrio de un tercero la determinación de la calidad del bien.

Los casos de disposiciones *per relationem* que se refieren al sujeto de la relación resultan ciertamente menores, pero el ejemplo prototípico es aquel que se encuentra recogido en la normativa sobre el contrato en general. Nos referimos al «contrato por persona a nombrar» (artículo 1473)⁽¹⁰⁸⁾, donde el sujeto de la relación jurídica se determinará solamente en un

(102) Artículo 1143 del Código Civil peruano de 1984

En las obligaciones de dar bienes determinados solo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

(103) Artículo 1144 del Código Civil peruano de 1984

A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.

Si la elección se confía a un tercero y este no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

(104) Artículo 1162 del Código Civil peruano de 1984

La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

(105) Artículo 1407 del Código Civil peruano de 1984

Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.

(106) Artículo 758 del Código Civil peruano de 1984

Es válido el legado de un bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. La elección, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien cumplirá con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquel, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario.

(107) Artículo 766 del Código Civil peruano de 1984

El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472 a 487.

(108) Artículo 1473 del Código Civil peruano de 1984

Al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserve la facultad de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto.

La reserva de nombramiento no procede en los casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes.

Renzo Saavedra Velazco

momento posterior y mediante elementos ajenos a los ya contenidos en la declaración contractual que da nacimiento al contrato.

En materia sucesoria, parecería que tal posibilidad se encontraría expresamente prohibida (artículo 734 del Código Civil de 1984))⁽¹⁰⁹⁾, puesto que aquí se señala que la institución de los sucesores debe estar contenida en el testamento. Creemos que ello no debe ser comprendido de modo excesivamente literal por los perjuicios que podría acarrear, pues, como hemos recalcado, la voluntad en los supuestos de disposiciones *per relationem* ya se encuentra contenida en el testamento (y solo su determinación en algún aspecto se encuentra remitida a un elemento extrínseco), por lo que se cumpliría, en nuestra opinión, con tal exigencia.

8. Interpretación personal o subjetiva del testamento⁽¹¹⁰⁾

Como en cualquier otro acto de naturaleza negocial, la voluntad que se encuentra contenida en un testamento debe ser interpretada. Empero, y a diferencia de lo que sucede en los negocios jurídicos *inter vivos*, la voluntad asume una particular relevancia⁽¹¹¹⁾.

En efecto, los principios que dan solución a los eventuales conflictos entre voluntad y declaración o viceversa en la mayoría de negocios jurídicos que realizamos en la vida de

relación son tanto el principio de la «autorresponsabilidad» como el principio de la «confianza». La así llamada teoría de la confianza procura aprehender el sentido que el destinatario de cierta declaración negocial podría, de manera razonable, haberle otorgado.

Por este motivo, se han elevado autorizadas voces que señalan que, en el ámbito propio del «negocio testamentario», el principio que debe regir es el primero (la teoría de la «autorresponsabilidad»), dado que, en él, la voluntad del agente emisor se reconstruye en base a una interpretación individual de la declaración (en desmedro de la interpretación típica de la misma) y sería, a su vez, subjetiva en la medida que se procuraría establecer el real deseo del testador pero teniendo como límite a la «compatibilidad» de la interpretación con la declaración empleada para exteriorizar la voluntad⁽¹¹²⁾. A pesar de ello, se considera que sí existe un defecto en la exteriorización de la voluntad, lo cual pudo y debió ser evitado por el autor de la declaración de voluntad con el empleo de la diligencia ordinaria requerida entonces debe soportar las consecuencias de la declaración defectuosa.

(109) Artículo 734 del Código Civil peruano de 1984

La institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763, y ser hecha solo en testamento.

(110) GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. pp. 562 y 563, quien cita una serie de decisiones jurisprudenciales y doctrinales que sostienen que la labor del operador jurídico frente a la interpretación de un testamento resulta la búsqueda de la real voluntad del *de cuius* por lo que la declaración es solamente un punto de partida y no el límite sobre el cual se debe de realizar tal labor.

(111) BIGLIAZZI GERI, Lina. *Op. cit.*; p. 67; y, GENTILI, Aurelio y Maurizia VECCHI. *Il testamento a mano guidata: Un contributo interdisciplinare*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Número 3. Año LIII, 1999. p. 1061. Lo cual se ve potenciado aun más por el hecho de que se trata de un negocio jurídico eminentemente de formación unilateral, por lo que existe la carga de procurar encontrar la intención del declarante. Al respecto, se remite a la lectura del trabajo de DONISI, Carmine, *Atti unilaterali I) Diritto Civile*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen III. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. p. 7 (de la separata).

(112) CICU, Antonio. *Op. cit.*; pp. 167 y siguientes; y, BIGLIAZZI GERI, Lina. *Op. cit.*; pp. 67 y 68.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

Ahora bien, el testamento no es susceptible de generar ninguna confianza⁽¹¹³⁾ o expectativa (en sentido técnico) sobre terceros, en la medida de que se trata de una declaración de voluntad que no se encuentra dirigida a ninguna persona y que además es susceptible de modificación o de revocación en el momento en que el emisor lo considere conveniente. Tal circunstancia haría, en opinión de un sector de la doctrina, evidente la inadmisibilidad del principio de la confianza en el ámbito del negocio testamentario⁽¹¹⁴⁾.

La razón de la imposibilidad de aplicación de la citada teoría se grafica en una característica estructural que es propia de los negocios *inter vivos* y que resulta ajena a los negocios de última voluntad. Nos referimos al hecho de que, en los primeros, al encontrarse destinados a regular un conflicto de intereses entre sujetos (los que declaran su voluntad y aquellos que la reciben) toman en cuenta la «protección del tráfico jurídico económico» por medio de la tutela de la confianza que se hubiere podido generar en el destinatario de la declaración; mientras que, en los segundos, tal conflicto no existe⁽¹¹⁵⁾, por lo que tampoco se presentarían

las razones para proteger al «destinatario» -llamémoslo así (recuérdese que en el testamento no hay destinatarios en tanto que la declaración que lo conforma es de carácter «no recepticia»)- de la declaración.

En un contexto como el descrito, la tarea que está llamado a cumplir el intérprete de la declaración de última voluntad es la de determinar el contenido volitivo que ha sido exteriorizado en el negocio testamentario⁽¹¹⁶⁾. Mediante el procedimiento interpretativo, no le es dado al intérprete la posibilidad de crear una voluntad testamentaria, pese a que existan elementos de juicio que lo lleven a considerar, en vía presuntiva, que la voluntad del testador se habría decantado de tal o cual manera⁽¹¹⁷⁾.

Tal forma de valorar el fenómeno jurídico (que se sustenta en el temor de vulnerar el

(113) BIANCA, C. Massimo. *Op. cit.*; p. 567; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1954. p. 211; FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara, 2002. p. 392.

(114) OPPO, Giorgio. *Profili nell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*. Bologna: Zanichelli, 1943. p. 115, quien afirma que «[c]omo en la interpretación subjetiva del negocio unilateral no puede tenerse en cuenta la intención y por tanto la voluntad del (eventual) destinatario de la declaración, así en su interpretación objetiva no puede tenerse en cuenta el interés de aquel: y ello por idéntica razón que aquella voluntad y aquel interés permanecen extraños al nacimiento del negocio, y no pueden por tanto ser considerados ni ser utilizados en su evaluación».

(115) Posición que es defendida por uno de los más ilustres y conspicuos seguidores de la teoría declaracionista, como lo es el profesor BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmatica*. 2da. edición. Milán: Giuffrè, 1971. p. 424, quien sostiene que «la interpretación se encuentra frente a dos partes en conflicto de intereses entre sí y en general, en los negocios *inter vivos*, debe resolver según la justicia el conflicto de intereses entre declarante y destinatario, en los testamentos en cambio la interpretación aun teniendo como punto de partida la declaración del disponente, puede bien proponerse la labor de indagar el real o probable entendimiento de aquel, sin encontrar en la impropiedad de las expresiones usadas más obstáculo que el derivado de una verdadera repugnancia lógica, dado que -como se ha resaltado- ningún conflicto es imaginable entre los sujetos de la relación sucesoria, que son, de un lado, el difunto, del otro el heredero instituido o, respectivamente, el legatario», lo cual es nuevamente resaltado páginas más adelante, en donde el autor expresa que tal tratamiento no se deriva del carácter unilateral del negocio jurídico ni de su carácter gratuito, sino de la imposibilidad de una divergencia de intereses entre el causante y los causahabientes (p. 427).

(116) TATARANO, Maria Chiara. *Il testamento*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 78, en donde se establece que «en materia testamentaria, en cambio, debiéndose brindar una preferencia a la posición del disponente y no subsistiendo la exigencia de orden público, que legitima el sacrificio de la voluntad efectiva, el principio de la confianza viene sustituido por el principio de la voluntad».

(117) RESCIGNO, Pietro. *Interpretazione del testamento*. Nápoles: Jovene, 1952. p. 412.

Renzo Saavedra Velazco

carácter de la formalidad)⁽¹¹⁸⁾ ha llevado a que un importante sector de la doctrina niegue la posibilidad de integrar y/o interpretar la declaración de última voluntad por medio de elementos ajenos o extrínsecos al documento testamentario. En efecto, tal posición también es alegada por algunos de nuestros ilustres especialistas nacionales de la materia. No obstante ello, no podemos compartir tal opción doctrinal (y, *a fortiori*, las afirmaciones de que en nuestra legislación ella es la opción acogida).

Las razones que nos mueven a acoger tal posición son básicamente las siguientes:

a) La inexistencia de alguna razón de fondo que implique que, en los negocios bilaterales, como el contrato, el operador jurídico cuenta con mayores elementos probatorios para evaluar la voluntad de los autores del mismo.

b) La reconocida presencia -en el ámbito sucesorio- del así denominado «favor testamenti»⁽¹¹⁹⁾, el cual precisamente nos debería llevar a admitir una mayor amplitud de criterios para la evaluación de la voluntad testamentaria⁽¹²⁰⁾.

c) El unánime reconocimiento doctrinal acerca de que la *teoría de la declaración* no puede ser aplicada de manera absoluta en ninguna clase de negocio, dado que ello significaría la imposibilidad de plantear vicios en la formación y/o declaración de la voluntad.

d) El carácter *mortis causa*, o más precisamente de última voluntad, del negocio testamentario, que impide que el autor del negocio pueda aclarar su voluntad mediante un negocio posterior; etcétera.

Según algunos autores⁽¹²¹⁾, el empleo de tales elementos o herramientas debería encontrarse circunscrito a supuestos

en los que la propia voluntad del testador hace un expreso «reenvío» a datos externos (aunque añaden que no se debe afectar el carácter de la personalidad de la disposición, lo cual, como se ha visto, no puede ser compartido, al menos desde la perspectiva que se propone de manera tradicional); y, cuando sea la propia ley la que prevea tal reenvío (lo cual es, en realidad, un contrasentido pues legislativamente no se puede aprehender *ex ante* qué elementos serán necesarios para esclarecer tal o cual disposición de última voluntad, por lo que se requeriría el empleo de un *standard*, lo cual sería lo mismo que darle la libertad al juez o bien al árbitro de valorar, de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de emplear cierto documento o dato externo).

Un dato que aquí merece ser resaltado, y sobre el cual se volverá en otra oportunidad, es que la interpretación se encuentra íntimamente vinculada con la impugnación de los negocios jurídicos. Dado que ambos juicios tienden a analizar el mismo material, tienen un mismo objetivo y son analizados por los mismos individuos; por lo que ambos juicios podrían subsumirse en la idea de identificar la voluntad del autor o autores de un negocio para intentar, en la medida de lo posible, realizarla⁽¹²²⁾. Para ello, y en nuestro caso particular, el operador jurídico debe lograr identificar el deseo del testador guiándose por los propios rasgos que identifican la

(118) ZICCARDI, Fabio. *Interpretazione del negozio giuridico*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989. p. 8 (de la separata); BIGLIAZZI GERI, Lina. *Op. cit.*; pp. 73 y 74; GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*; p. 479; FERRI, Giovanni Battista. *Op. cit.*; p. 417; BONILINI, Giovanni. *Op. cit.*; p. 8 (de la separata); y, CICU, Antonio. *Op. cit.*; p. 169.

(119) Aunque existen autores que proponen que el mencionado principio resulta propio de la época romana, dada la absoluta prevalencia del testamento sobre la sucesión *ab intestato* y del deseo de que un hombre no muera intestado (RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.*; pp. 147 y siguientes).

(120) CRISCUOLI, Giovanni. *Op. cit.*; p. 30 (de la separata).

(121) *Ibid.*

(122) RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.*; p. 2.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

personalidad del *de cuius*, los cuales, evidentemente, resultan elementos externos a la declaración de voluntad y al documento que le sirve de soporte⁽¹²³⁾.

Como ha quedado demostrado, para lograr una correcta interpretación del texto del testamento, se requiere tomar en consideración múltiples aspectos externos a la mera declaración de voluntad contenida en el «documento testamentario». Asimismo, las razones que se han esgrimido para negar tal posibilidad se muestran, cuando menos, poco consistentes tanto con la teoría general del negocio jurídico como con las características del testamento y, por sobre todo, con el sentido común.

Un tema que queremos tocar antes de analizar las normas «dedicadas» a la interpretación del testamento atiene a la aplicabilidad de la «buena fe». Si bien esta es una discusión que no ha tenido mayor eco en nuestro país, consideramos que resulta un tema que ofrece las suficientes repercusiones y/o consecuencias prácticas, así como un nivel de riqueza conceptual que no debe ser pasado por alto.

En efecto, a nivel doctrinal, existen posiciones encontradas⁽¹²⁴⁾ acerca de la posibilidad de aplicación de la «buena fe» en casos propios del derecho sucesorio, básicamente por la enorme vinculación de tal criterio o canon interpretativo con la «protección de la confianza» y, en general, con la «tutela del tráfico comercial». La posición que llamaremos negativa (esto es, la que ha de rechazar la posibilidad de aplicación) sostiene que la buena fe (y, más en específico, la «buena fe objetiva» o «buena fe lealtad») se enlaza directamente con la idea de proteger la confianza del destinatario de los efectos (ya sea en las declaraciones unilaterales recepticias) o de la contraparte (en el caso de los negocios jurídicos bilaterales), lo cual no se presenta en el caso del testamento. Tal afirmación se vería confirmada

por la circunstancia de que la noción de buena fe que se manejaría en este ámbito sería la «buena fe objetiva», la cual tiene, como base, la idea de una relación jurídica entre «contra interesados». En cambio, la noción de «buena fe subjetiva» (o también llamada «buena fe creencia») no se erige como un criterio interpretativo de ningún negocio jurídico, sino como un criterio de evaluación de las conductas, como en el caso del poseedor de un determinado bien.

La posición contraria (esto es, la positiva) sostiene que la buena fe, en el ámbito de los «negocios jurídicos de última voluntad», debe ser entendida en un sentido un tanto diverso⁽¹²⁵⁾, puesto que permite reconducir el análisis de la voluntad del *de cuius* en lugar de mantenernos con el mero valor literal de la declaración. Con una concepción de la «buena fe» de este tipo, se abriría la puerta a la admisibilidad de evaluación de circunstancias extrínsecas al negocio testamentario, las cuales nos darían luces acerca del sentido de tal o cual disposición.

En este orden de ideas, hay quienes sostienen que, si bien la teoría o principio de la confianza, aparentemente nos remite a la evaluación del negocio jurídico en función al comportamiento desplegado por el «receptor» de la declaración de voluntad, tal forma de encarar el fenómeno no resulta del todo preciso debido a que el término subjetivo que se evalúa en la relación jurídica no es el destinatario aludido sino,

(123) FERRI, Giovanni Battista. *Op. cit.*; p. 407; y, RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.*; pp. 44-47.

(124) A favor: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Diritto civile*. Volumen IV. Turín: Utet, 1997. pp. 137 y siguientes. En contra: CICU, Antonio. *Op. cit.*; pp. 169 y siguientes.

(125) FERRI, Giovanni Battista. *Op. cit.*; pp. 407 y 408, quien sugiere que la buena fe debería ser vista en el ámbito de los negocios de última voluntad como aquella «lealtad, en atención a todas las particulares circunstancias del caso, y asimismo, a los principios de equidad, de modo tal que se evite dar a las disposiciones testamentarias un significado contrastante con unas y otras».

Renzo Saavedra Velazco

en realidad, el destinatario de los efectos o también denominado «contra interesado». Empero, como en el contrato (y también en el negocio jurídico unilateral recepticio) el destinatario de la declaración y el destinatario de los efectos, por lo general, se confunden en un mismo individuo se ha generado un convencimiento casi unánime de que cuando se habla de «buena fe» siempre se debe atender a la percepción de la contraparte y nunca a la percepción del agente emisor sobre su propia declaración de voluntad, lo cual presenta contornos peculiarmente relevantes en el caso del negocio testamentario y de los otros negocios formados por declaraciones de voluntad «no recepticias»⁽¹²⁶⁾. De entender de esta manera la buena fe, sí se podría admitir su empleo en sede testamentaria y, lo que es más importante, significaría la posibilidad de indagar más profundamente en las apreciaciones del testador y no tanto en los confines de la declaración de voluntad contenida en el documento testamentario. Otros, por otro lado, sostienen que la buena fe se aplicaría en el ámbito testamentario como juicio de relevancia del interés que sirve de fundamento al acto de autonomía de los particulares⁽¹²⁷⁾.

En nuestro Código Civil vigente, y a semejanza del *Codice Civile*, no existe ninguna disposición legal que establezca algunos criterios claros para la interpretación de las «declaraciones de última voluntad». Tal manera de proceder ha sido una constante en nuestra legislación civil; basta recordar la ausencia de reglas semejantes en el Código Civil peruano de 1936.

Las razones que inspiraron tal forma de afrontar la materia resultan, cuando menos, de escasa consistencia (tanto a nivel teórico cuanto a nivel de la práctica), dadas las enormes dificultades que tal carencia trae aparejada. A renglón seguido, también debemos reconocer que nuestro legislador civil no ha brindado mayores explicaciones para la ausencia de tales normas, lo cual es, en nuestra opinión, lo que resulta el aspecto más preocupante. En ese sentido, resulta gráfica la supresión del artículo propuesto por el

profesor Rómulo Lanatta Guilheim⁽¹²⁸⁾, en donde se señalaba que «[l]as disposiciones testamentarias deberán ser entendidas en el sentido corriente de las palabras. En caso de duda, se estará a lo que permita cumplir mejor la voluntad del testador». Empero, esta criticable manera de proceder no queda allí, puesto que a ello podríamos sumarle la eliminación de cinco artículos proyectados en el libro de Acto Jurídico y de otros cuatro en la parte general de contratos⁽¹²⁹⁾.

En lo que nos atañe, la explicación de esta defectuosa regulación puede ser encontrada en lo siguiente:

- a) La creencia de que la mera remisión, la cual tampoco existe a nivel de nuestras normas jurídicas pero sí en las mentes de los académicos, a los criterios detallados en el libro dedicado al Acto Jurídico resultan de por sí suficientes para la correcta interpretación de la voluntad exteriorizada por el *de cuius*;
- b) La opinión, por demás errada, de que en el negocio testamentario no existe ninguna necesidad de interpretación;
- c) El *convencimiento* de que tales esfuerzos deben ser dejados a la doctrina y a la jurisprudencia por lo que no es una labor propia de la legislación;
- d) La copia acrítica, y esta vez sí totalmente fiel, lamentablemente en un aspecto que resulta cuestionable, de la regulación dedicada a los testamentos en el *Codice Civile*.

(126) Cfr. GIAMPICCOLO, Giorgio. *La dichiarazione recettizia*. Milán: Giuffrè, 1959. p. 241.

(127) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Op. cit.*; p. 138.

(128) Inicialmente, fue el artículo 31 del Anteproyecto del Libro de sucesiones y el artículo 736 del Proyecto de Código.

(129) Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *La interpretación de testamentos*. En: AUTORES VARIOS. *La familia en el Derecho peruano: homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 553.

**Caracteres del negocio de última voluntad
Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas**

e) El *simple y menor* descuido del legislador, quien sencillamente olvidó disciplinar el asunto o no ponderó, en sus justos y reales alcances, las consecuencias de dicha omisión.

Cualquiera que hubiere sido la razón que explica la actual situación de la materia, nos encontramos ante la imperiosa necesidad de solucionar tales vacíos de nuestra legislación. Para ello, debemos establecer que el legislador le ha corrido traslado al juez y al jurista, ya sea consciente o inconscientemente, de la labor de suplir los vacíos, defectos u omisiones en esta materia.

Teniendo en claro esta situación, podremos iniciar nuestro trabajo. En nuestro país, existe una fuerte influencia de doctrinas foráneas -básicamente son la española, francesa e italiana (el orden alfabético como es obvio no demuestra ni la calidad ni la influencia de tales doctrinas)- por lo que, en los discursos de la mayoría de nuestros «especialistas», se echa de ver, de cuando en cuando, la mecánica y acrílica repetición de afirmaciones realizadas por académicos de otras latitudes.

Ello se ve especialmente en el campo de la interpretación.

En efecto, y como es conocido por los especialistas de negocio jurídico, solo en Alemania (así como en los países cuyos códigos tienen como fuente de inspiración al *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB o, simplemente, el Código Civil alemán) existe una regulación específica sobre el tema del negocio jurídico. Por esta razón, los juristas de España,

Francia e Italia tienen que plantearse la aplicación analógica de las normas sobre contratos para suplir cualquier vacío que su regulación pudiera tener.

Ahora bien, ¿en nuestro país resulta válida la misma pregunta?; esto es, ¿el jurista se debe preguntar si resulta aplicable las normas de interpretación sobre contratos? La respuesta no puede ser sino negativa. En nuestro país, a diferencia de los países antes aludidos, sí tenemos una regulación sobre el negocio jurídico aunque lo sea bajo un *nomen* equivocado⁽¹³⁰⁾, por lo que la aplicación de las normas que se encuentran contenidas en dicho libro son las pertinentes y no las del contrato en general. Ello básicamente por dos razones: (i) el contrato presupone el conflicto de intereses entre los sujetos que intervienen en su formación, lo cual no se presenta en el caso del testamento; y, (ii) en la negada hipótesis que lo dicho fuese equivocado, en la normativa dedicada al contrato en general no existe ninguna norma que disponga un criterio interpretativo, salvo en cierto modo los artículos 1361 y 1362⁽¹³¹⁾.

En el artículo 1361⁽¹³²⁾, se dispone que lo que se hubiere estipulado en el texto de un contrato resultará vinculante para ambas

(130) Cabe mencionar que, en algunas leyes especiales, sí se emplea la terminología correcta como, por ejemplo, en la Ley de Títulos Valores (artículo 112), en la Ley General del Sistema Concursal (primer párrafo del artículo 66) y en el Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta (artículo 84-A). Deseamos subrayar este punto, pues existen quienes plantean que el empleo correcto no tiene sentido en tanto que en nuestro sistema ya se acogió una denominación y, ya que «nunca» se emplea la palabra «negocio jurídico», la discusión debe darse por cerrada. En vista de ello, decimos a quienes piensen de esa manera que la discusión debería entonces «abrirse nuevamente», si es que alguien la hubiera considerada cerrada en algún momento, dado el empleo de la categoría en otros ámbitos.

(131) Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

(132) Artículo 1361 del Código Civil peruano de 1984

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Renzo Saavedra Velazco

partes y, a renglón seguido, se señala que se presume que el contenido de la declaración resulta ser la fiel expresión de la voluntad de los sujetos que celebran el contrato. Como es fácil de verificar, ello es una copia de lo señalado en el artículo 168, respecto a la presunción de conformidad entre la voluntad y la declaración, y es una consecuencia del hecho de que, para la celebración de un contrato, se requiere del acuerdo entre las declaraciones de las partes, siendo totalmente lógico que la declaración contractual resulte la expresión de sus voluntades pues caso contrario estaríamos frente a un supuesto de «disenso», de fraude y/ o simulación, o bien, en un caso de vicio en la formación o declaración de la voluntad. Acerca de la explicación de la buena fe como criterio interpretativo, tiene una serie de objeciones que serán estudiadas más adelante.

Habiendo establecido que las normas sobre interpretación del contrato no resultan aplicables al testamento y teniendo en consideración lo que ha sido nuestra propia argumentación, se podría pensar que las normas contenidas en el libro II del Código Civil de 1984 son, de suyo, aplicables al testamento al tratarse del negocio jurídico unilateral por excelencia. Sin embargo, para nuestro pesar, ello no es así, por lo menos no sin algunos ajustes necesarios.

Veamos. En el artículo 168 se enuncia, con claridad, que «[e]l acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe». Resulta, por demás evidente, que la interpretación del negocio jurídico -en nuestro caso, las disposiciones testamentarias- debe hacerse de acuerdo con lo que se hubiere expresado en él; puesto que, de no respetarse dicho límite, el operador jurídico de turno estaría creando nuevas disposiciones, lo cual, tal y como se ha tenido oportunidad de desarrollar, se encuentra prohibido. En efecto, se estaría brindando relevancia jurídica a un elemento que no se desprende del negocio jurídico o, en ciertos casos, incluso a una situación de «reserva mental».

Sobre la base de este artículo, hay quienes han sostenido⁽¹³³⁾ que es la prueba de que en nuestro Código Civil se habría optado por la teoría objetiva del negocio, puesto que se estaría privilegiando a la declaración en desmedro de la voluntad, por lo que ello aun sería aplicable al marco de las declaraciones de última voluntad. La discusión podría generarse en la medida de que tales aseveraciones «parecen» -resaltamos la palabra- no estar del todo conscientes de las diferencias en los criterios aplicables a cada «tipo» de negocio. Desde la perspectiva que nosotros acogemos, dicha opinión no puede ser compartida, en la medida que no toma en consideración una serie de características propias del negocio testamentario como:

a) que las «declaraciones de última voluntad» no procuran generar un vínculo jurídico con otros individuos; y,

b) la imposibilidad de que la declaración del *de cuius* sirva para crear una confianza o una expectativa, en sentido técnico.

En el artículo 1361, al enfrentarnos a un negocio jurídico bilateral, se opta por una interpretación que tutele las expectativas de los sujetos que hubieren formado parte de la celebración del negocio -ello sobre la base de criterios objetivos (*Vertrauen*, *affidamento*, confianza). Empero, en el caso del artículo 168, por lo menos en lo que al testamento se refiere, el agente que da vida al negocio de última voluntad (*rectius*: el *de cuius*) es una sola persona y no existen

(133) Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *¿Ha optado el Código Civil peruano por el voluntarismo en materia contractual?* En: *Themis*. Número 17. Lima, 1990. p. 84; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*; p. 522; y, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico*. En: AUTORES VARIOS. *Negocio jurídico y responsabilidad civil: estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004. p. 237.

**Caracteres del negocio de última voluntad
Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas**

sujetos o partes «contra interesadas», por lo que no existe necesidad de la interpretación objetiva. Por si fuese poco, si caemos en la cuenta de que la declaración testamentaria resulta una de carácter «no recepticio» y -además de ello-revocable, es claro que no existe ninguna exigencia que nos deba llevar a considerar la protección del tráfico comercial ni mucho menos la protección de la confianza por sobre la intención del agente emisor de voluntad.

Debido a las carencias anotadas, resulta casi imposible argumentar que, en los negocios de última voluntad, se debe de preferir una interpretación objetiva. Por el contrario, lo que nos parece lógico es el empleo de cánones subjetivos. Ello, sin embargo, no significa que el artículo bajo examen deba ser considerado como uno de carácter subjetivo. En realidad, somos de la opinión de que el mismo sí consagra una interpretación esencialmente objetiva por lo que no es aplicable en tales términos al testamento.

Por sí sola, esta conclusión ha llevado a algunos autores ha eximirse del análisis de la referencia a la «buena fe». Sin embargo, creemos que ello no es lo aconsejable. En efecto, la dilucidación de los alcances de la buena fe es algo que ha atormentado a la doctrina por muchos años, lo cual llevó, por un lado, a la clasificación de dos diversas modalidades de ella: la llamada buena fe creencia (o subjetiva, «guter Glauben») y la denominada buena fe lealtad (u objetiva, «Treu und Glauben»)⁽¹³⁴⁾. La primera es entendida como el estado psíquico según el cual se cree que la conducta desplegada por uno resulta conforme a lo jurídico; en cambio, en la buena fe objetiva se considera que resulta un *standard* de conducta según el cual los individuos deben comportarse de manera tal que eviten la generación de daños a terceros o bien actúen de manera desleal.

Como se puede fácilmente observar en el ámbito que nos compete, que es el testamentario, ninguna de las dos interpretaciones puede ser acogida, puesto que la primera no nos brinda ningún elemento interpretativo que nos ayude a aclarar el contenido y/o alcances de cierta disposición testamentaria, dado que se trata de un «elemento de hecho» que, como tal, también debe ser interpretado.

En el caso de la «buena fe objetiva», el asunto nos lleva nuevamente a lo ya señalado líneas arriba, puesto que ella resulta un límite a las conductas que pueden ser desplegadas por un determinado sujeto en relación con otro (por ejemplo, en las conversaciones previas a la celebración de un contrato) o para la interpretación de cierta manifestación de voluntad (por ejemplo, los alcances de cierta declaración negocial que provocó una legítima expectativa en el destinatario de la misma).

Como quiera que sea, esta «manifestación» de la buena fe se encuentra en estrecha vinculación con conceptos como la «tutela de la confianza ajena»⁽¹³⁵⁾ y con la «seguridad del tráfico comercial»⁽¹³⁶⁾, por lo que mal podría encontrar aplicación en un ámbito como el testamentario en donde tales exigencias son del todo extrañas.

(134) Sobre las diferencias conceptuales entre ambos tipos de «buena fe», nos permitimos remitir a la lectura del trabajo de León, Leysser L. *La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*. En: *Themis*. Número. 49. Lima, 2005. pp. 127 y siguientes, *ivi*. pp. 144-149.

(135) Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Interpretación causalista*. En: *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Lima: Ara, 2002. p. 283.

(136) Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción al estudio de la interpretación en el Código civil peruano*. En: AUTORES VARIOS. *Estudios sobre el contrato en general*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. 2da. Edición. Lima: Ara, 2004. p. 824, quien, tomando en consideración la opinión de Bianca, señala que la buena fe que rige en este ámbito guarda relación con los usos sociales.

Renzo Saavedra Velazco

Con ello, se evidenciaría no solo el carácter «polivalente» de la buena fe, si es que acaso no la imposibilidad de brindar una visión unívoca de la misma, esto es ya como criterio interpretativo, canon de conducta e, incluso, para un sector nada desdeñable de la doctrina comparada, como fuente de relaciones obligatorias⁽¹³⁷⁾. Todo lo dicho nos debería hacer concluir que el artículo de marras no es aplicable a nuestra materia. Empero, creemos que sí se subraya el hecho de que el artículo 168 del Código Civil señala que la interpretación se hace «de acuerdo a lo expresado» en el negocio, por lo que es claro, al menos para nosotros, que la regla en cuestión va dirigida al intérprete u operador jurídico. Entonces, sí podría ser aplicado en la medida que «lo expresado en él» no necesariamente habrá de coincidir con la declaración de voluntad; ello, básicamente, porque la dilucidación de la voluntad del *de cuius* no se puede detener en lo expresado en el documento testamentario pues, como se ha visto, ciertos elementos extratextuales nos sirven para la aclaración de los alcances de la voluntad exteriorizada del causante, tal y como sucede en las disposiciones *per relationem*.

Por si fuese poco, una interpretación distinta del artículo analizado nos haría retornar a criterios ya abandonados, como el graficado con el aforismo latino *in claris non fit interpretatio*⁽¹³⁸⁾, el cual nos dice que, en los casos en los que la declaración de voluntad sea clara, no se debe interpretar más que con la literalidad de las palabras; vale decir, el procedimiento interpretativo debería ser excepcional⁽¹³⁹⁾. Siguiendo este orden de ideas, deberíamos aceptar como totalmente válida la «teoría declaracionista del negocio jurídico» (*Erklärungstheorie*), sin siquiera las correctas morigeraciones del principio de la confianza, haciéndonos tomar como cierto la sola declaración⁽¹⁴⁰⁾ y no procurar investigar los alcances de la voluntad que le sirve de presupuesto⁽¹⁴¹⁾.

En cuanto al artículo 169, el cual dispone que «[l]as cláusulas de los actos jurídicos

- (137) De lo cual ya rendimos cuenta, si bien de manera fundamentalmente introductiva, en otra sede. Al respecto véase SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Op. cit.*
- (138) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*; p. 824; y, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal*. En: *Themis*. Número 51. Lima, 2005. p. 33.
- (139) Cfr. FULLER, Lon. *Positivism and fidelity to law: A reply to professor Hart*. En: *Harvard Law Review*. Número 71, 1958. pp. 661 y siguientes.
- (140) Al respecto, para una breve pero en extremo informada exposición de las distintas teorías germanas del negocio jurídico, véase FERRARA Sr., Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Madrid: Revista de Derecho privado, 1960. pp. 1 y siguientes, donde se nos expone la opinión del profesor alemán Kohler quien, como propulsor de la teoría de la declaración, sostiene que la intención interna de las partes se queda solo en el estadio preparatorio, y sin relevancia jurídica, de la formación del acto volitivo. Producto de opiniones como las descritas aparecen las teorías intermedias, entre ellas la teoría de la responsabilidad (*Verschuldungstheorie*) cuyo propulsor sería, nada más y nada menos, que el propio discípulo de Friedrich Karl von Savigny: Bernard Windscheid. La exposición de tales teorías no ha quedado desapercibida para un sector de nuestra doctrina, al respecto pueden consultarse los trabajos de LEÓN HILARIO, Leysser. *Actualidad de Jhering: El daño por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68, 2006, pp. 183 y siguientes, ahora también disponible a través del sitio web *The Cardozo Electronic Law Bulletin* editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Leon.pdf>; y de MORALES HERVIAS, Rómulo. *Nuevas perspectivas del negocio jurídico*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XVIII. Número 28, 2007, pp. 283 y siguientes. Sobre la particular relevancia de las *formas* en los negocios jurídicos, véase la obra de LISERRE, Antonio. *Formalismo negoziale e testamento*. En: DALMARTELLO, Arturo y Luigi MENGONI (directores). *Studi di diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1966. pp. 45 y siguientes.
- (141) Cfr. CICU, Antonio. *Op. cit.*; p. 168.

Caracteres del negocio de última voluntad Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas

se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndoles a las dudosas el sentido que resulte de las otras». Nos parece innegable su aplicación a las declaraciones de última voluntad⁽¹⁴²⁾. Solamente nos merece una pequeñísima aclaración de índole técnico: en materia testamentaria, no se interpretan cláusulas, como sí estuviésemos en el campo contractual, sino que se interpretan «disposiciones» en las que se expresa la voluntad del autor de negocio.

Otra aclaración necesaria, aunque de la cual ya hemos rendido cuenta, es que la unidad del «negocio jurídico testamentario» puede incluir un conjunto de declaraciones (de naturaleza negocial o no) que se encuentren escindidas tanto temporal como materialmente. Sin perjuicio de lo antes mencionado, si dichas declaraciones cumplen con los requerimientos exigidos por ley, se han de considerar como partes integrantes de la voluntad testamentaria sobre la base del «principio de la unidad conceptual del testamento», el cual ya sido analizado en su oportunidad.

Finalmente, el artículo 170, el cual dispone que «[l]as expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto», tampoco resultaría aplicable al testamento, al menos no sin realizar algunas objeciones⁽¹⁴³⁾. La primera de ellas atiene al hecho de que este criterio interpretativo, que es propio del régimen de los contratos, procura que el sujeto que recibe una determinada «declaración de voluntad» debe ser protegido, si el sentido que aquel le brinda resulta, de acuerdo a la naturaleza y al objeto del negocio, razonable. Vale decir, el declarante deberá encontrarse vinculado al sentido que, en términos regulares, pueda extraerse de su

declaración, la cual podrá ser establecida de acuerdo al tipo del negocio que se pretende celebrar. Todo ello resulta, como es fácil percibir a estas alturas del trabajo, una expresión de la protección de la confianza ajena para brindar, en lo posible, una mayor seguridad al tráfico económico.

Ello, como se ha repetido constantemente, no se produce en el campo del derecho testamentario, puesto que, en testamento, la voluntad exteriorizada del *de cuius* no se ha de interpretar en función a este carácter propio (u «objetivo») del negocio. De no ampararse la aseveración realizada, deberíamos aceptar inmediatamente, como lo hace un sector de la doctrina (que no necesariamente compartimos), que la voluntad exteriorizada por el *de cuius* es una que da vida a un negocio jurídico que transfiere bienes a «título de liberalidad», por lo que debería de interpretarse en el sentido que beneficie en mayor medida a los intereses de los sujetos que hubieren sido instituidos incluso sacrificando en ciertos aspectos la voluntad del causante, interpretación que podría -o no- encontrar algún soporte o asidero en la efectiva voluntad del testador.

Por lo tanto, en el campo del derecho sucesorio, específicamente en el testamentario, esta regla podría resultar

(142) A favor: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*; pp. 571 y siguientes. Asimismo, véase LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II - Primera Parte. En: DE TRAZEGNIES, Fernando (director). *Biblioteca para leer el Código civil*. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 230. En contra, CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho de las sucesiones*. Tomo II. Lima: Villanueva, 1975. p. 43.

(143) MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*; pp. 284 y siguientes. De la explicación realizada por el autor, se puede concluir el carácter esencialmente contractual de esta regla o, por lo menos, su fuerte carácter objetivante, pese a que el fin de tal operación es procurar la determinación del carácter volitivo de las partes que han de concurrir para dar vida al negocio jurídico.

Sin embargo, ello se produce a través de la abstracción de aquellas circunstancias de hecho que se presenten en el negocio, a semejanza de lo que sucede cuando se procura dilucidar la «común intención de las partes», lo cual resulta ajeno al objetivo que se busca alcanzar en el testamento, ya que no se debe abstraer de las particularidades del sujeto que emitió la declaración de voluntad sino, por el contrario, se debe prestar especial atención a las mismas.

Renzo Saavedra Velazco

aplicable si es que se considera que la alusión a la «naturaleza» del negocio jurídico se refiere al hecho de que por él se procura el respeto más amplio de la voluntad del *de cuius*. Tal exigencia de respeto a la voluntad del *de cuius*, se funda en el hecho de que se trata de un negocio de última voluntad, con todas las características que ello significa y que hemos desarrollado previamente, y cuya posibilidad de ser realizado nuevamente por su autor -o, si se quiere, aclarado- se encuentra, por definición, negada.

9. Conclusiones

a) El «negocio jurídico testamentario» es un negocio esencialmente revocable en función a que resulta un negocio de última voluntad, por lo que el conjunto de las disposiciones en él contenidas solo adquieren relevancia jurídica luego de la muerte de su autor.

Al no generarse ninguna relación jurídica, así como por el hecho de que no existen razones que justifiquen la creación de una expectativa -ello, en el sentido técnico del término- en los sucesores la voluntad exteriorizada no es suficiente para vincular al testador.

b) La revocación del testamento resulta un negocio *inter vivos*, dado que sus efectos jurídicos se producen de manera inmediata, atacando a un negocio preexistente al provocar que el reglamento jurídico negocial en él contenido ya no le sea imputable a su autor.

c) Podemos definir al «negocio de última voluntad» como aquel negocio jurídico

unilateral conformado por una declaración de voluntad de carácter «no recepticio», que debe contener una declaración personal de su autor (bajo pena de nulidad), mediante el cual se dispone de la íntegra posición jurídica (no solo del patrimonio, sino también de algunos intereses jurídicos de naturaleza «no patrimonial») y por el cual -de modo eventual- se podrían crear nuevas relaciones. Un negocio jurídico tan particular que adquiere su plena relevancia jurídica al momento de la muerte de su autor.

d) En el Perú se acoge una definición amplia sobre el testamento por lo que la discusión acerca de si un documento que revista las formalidades a él exigidas pero que carezca de una institución de herederos debería ser -o no- considerado como tal resulta del todo inútil, puesto que el legislador ya zanjó la discusión.

Si bien el testamento aun permanece, esencialmente, como un negocio de disposición de bienes no se puede sostener que ello resulta, por sí mismo, la característica que lo cualifica.

e) En las disposiciones testamentarias, se permite el reenvío a ciertos elementos externos a la voluntad testamentaria, ya que con tal mecanismo se permitiría respetar, en mayor medida, los deseos del causante y brindaría mayor flexibilidad a la facción de la última voluntad del causante sin afectar las exigencias legales.

f) En la interpretación del negocio testamentario, al no presentarse las exigencias de protección del tráfico jurídico económico, se debe tender al empleo de criterios subjetivos para la dilucidación de la real *mens testantis*. Aunque ello no significa en ningún caso la absoluta negación de los demás criterios interpretativos, empero, su uso debe ser cuidadoso en la medida que los mismos parten de la idea del conflicto de intereses y de la protección de la confianza.

Asimismo, al admitirse el empleo de elementos extratextuales para efectuar la dilucidación de la real voluntad testamentaria, en el caso de las disposiciones *per relationem* se debe hacer lo propio para su interpretación, dado que son dos caras de la misma moneda.