

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 62



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# LA PERVIVENCIA DE INSTITUCIONES SUCESORIAS CASTELLANO-INDIANAS EN LAS CODIFICACIONES HISPANOMERICANAS DEL SIGLO XIX\*

Alejandro Guzmán Brito

## 1. OBJETO Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Que el derecho privado castellano-indiano vio prolongada su vigencia después de las sucesivas independencias de las diversas secciones de la América española, a partir de entonces constituidas en otros tantos Estado soberanos, y que, por ende, la independencia política no estuvo inmediatamente acompañada de una independencia

---

\* Abreviaturas: ACEVEDO, E., Proyecto = ACEVEDO, Eduardo, Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay, (1852), edición del Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social, Montevideo, 1963, ÁLVAREZ, J. M., Instituciones = ÁLVAREZ, José María, Instituciones de derecho real de Castilla e Indias (1818–1820), ed. Nueva York, Lanuza, Mendía y Co., 1827, reimp. facsimilar México, UNAM, 1982, 2 Vols.; CC. Arg. (1869) = Código Civil de la República Argentina (1869); CC. Bol. I (1830) = Código Civil Santa Cruz o Boliviano (1830); CCCh. (1855) = Código Civil de la República de Chile (1855); CCFr. (1804) = Code Civil des Français (1804); C. Gral. C. Rica I (1841) = Código General de la República de Costa Rica (1841); CC. Guatem. I = Código Civil de la República de Guatemala (1877); CC. Méx. II (1870) II = Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870); CC. Hond. III (1906) = Código Civil de la República de Honduras (1906); CC. Nicarag. II = Código Civil de la República de Nicaragua (1904); CC. Perú II (1852) = Código Civil del Perú (1852); CC. Urug. (1869) = Código Civil de la República Oriental de Uruguay (1869); COING, H., Der. priv. europeo I = COING, Helmut, Derecho privado europeo, Vol. I: Derecho común más antiguo (1500–1800), traducción castellana de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, s. d. [pero 1999]; JORDÁN, I. — DE MANUEL, M., Instituciones = JORDÁN DE ASSO, Ignacio — DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel, Instituciones del derecho civil de Castilla, 5ª edición, Madrid, 1792, reimpresión anastática, Valladolid, Lex Nova, s. d. [pero 1984]; LEVAGGI, A., Manual, II = LEVAGGI, Abelardo, Manual de historia del derecho argentino (castellano, indiano/ nacional), Vol. II: Judicial, civil, penal, Buenos Aires, Depalma, 1987; MARTÍNEZ, M., Librería de jueces, I = MARTÍNEZ, Manuel, Librería de jueces, utilísima y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e intendentes [...], 7ª impresión, Madrid, 1791, Vol. I; Proyecto de 1841–1845 = Proyecto de Código Civil (Chile, publicado entre 1841 y 1845), en BELLO, Andrés, Obras completas, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1887, Vol. XI; Proyecto de 1846–1847 = Proyecto de Código Civil (Chile publicado entre 1846 y 1847), en BELLO, Andrés, Obras completas, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1887, Vol. XI; Proyecto de 1853 = Proyecto de Código Civil (Chile publicado en 1853), en BELLO, Andrés, Obras completas, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1888, Vol. XII; Proyecto Inédito = Proyecto de Código Civil (Chile, publicado después de la promulgación del código), en BELLO, Andrés, Obras completas, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1890, Vol. XIII; SALA, J., Instituciones Rom.-Hisp, I = SALA, Joannis, Institutiones Romano-Hispanae ad usum tironum Hispanorum ordinatae, 5ª ed., Matriti, ex Typographia Regia, 1830, Vol. I; SALA, J., Ilustración, I = SALA, Juan, Ilustración del derecho real de España, Paris, Vicente Salvá e hijos, 1837, Vol. I; TAU, V., Esquema = TAU, Víctor, Esquema histórico del derecho sucesorio, Buenos Aires, La Ley, 1971; TAPIA, E., Febrero novísimo, I = TAPIA, Eugenio de, Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados, Valencia, Mompíe, 1828, Vol. I.

jurídica, son hechos por todos conocidos, sobre los cuales no es necesario insistir aquí. Tan solo hay que matizar estas afirmaciones con la advertencia de que tal prolongación no resultó incompatible con que en los diferentes nuevos Estados se emitiera alguna legislación patria —que antes solió ser denominada «derecho intermedio»—<sup>1</sup> dirigida a modificar o sustituir en puntos precisos y acotados al derecho privado sobreviviente y heredado de la antigua Monarquía, porque estas mudanzas no hacían más que confirmar el fenómeno general de su masiva supervivencia.

Durante el siglo XIX, el orden descrito de cosas se mantuvo hasta el momento en que cada nuevo Estado vino a emitir una legislación completa de derecho privado, bajo la más moderna forma para ese entonces de la codificación civil. Los códigos civiles que paulatinamente fueron promulgados a lo largo del siglo en tales Estados indefectiblemente derogaron en su integridad, no ya, desde luego, en puntos precisos y acotados, a la antigua legislación privatística superviviente, de guisa de haberse producido lo que ahora llamamos una derogación orgánica en esa materia, sin perjuicio de que, por lo ordinario, la abrogación fue además expresamente fulminada.

En tales circunstancias, la cuestión de la pervivencia del antiguo derecho privado ya no se plantea en términos formales, como hasta el momento, sino en términos materiales, y consiste en indagar si es que alguna masa de ese derecho, y en qué medida, fue trasladada a los nuevos códigos civiles para darles contenido; o, lo que es igual, si es que estos códigos, y en qué medida, recibieron al antiguo derecho, que entonces pervivió, no ya formalmente como en el período intermedio, sino materialmente, como instituciones o figuras, o si se prefiere, como ideas jurídicas, cuyo origen histórico radicaba en la antigua legislación, y cuya vigencia y legitimidad positiva ahora residía en los cuerpos novísimamente sancionados.

**1.2** Nos proponemos desarrollar una indagación de este tipo, si bien limitada al derecho sucesorio castellano-indiano, destinada, pues, a verificar la presencia de ese derecho en aquella parte de los derechos patrios representada por los códigos civiles.

Pero el derecho sucesorio, como es sabido, constituye una asaz vasta subrama del derecho civil. En consecuencia, una indagación del tipo aquí propuesto amenaza con convertirse en cuantitativamente indefinida. Por tal razón, nuestro estudio, en realidad, ha de constreñirse a algunas instituciones troncales y destacadas que parecen dogmáticamente más perfiladas y sustanciales, aun a riesgo de la inevitable incidencia de un cierto subjetivismo en su elección.

Este subjetivismo se aminora si añadimos un segundo criterio. Por su origen romano, hay instituciones sucesorias tan universales, y aun necesarias, del moderno derecho privado occidental, que su preservación en los códigos estaba de antemano asegurada, aun cuando en lo inmediato hayan sido tomadas del antiguo derecho

<sup>1</sup> Sobre esta nomenclatura, véase: Sigfrido RADAELLI, «Derecho patrio argentino y no derecho intermedio», *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, vol. 1, Buenos Aires, 1949, pp. 59 ss.

castellano-indiano. Si por cualquier razón no se las hubiese tomado de él, de otras fuentes hubieran llegado a los códigos. Detenerse exclusivamente en ellas, por ende, puede desorientar al observador; sin perjuicio de que fijarse en alguna, pueda permitir la adquisición de un dato histórico interesante para la cuestión de la pervivencia. Hay otras instituciones sucesorias, en cambio, que fueron más peculiares del derecho castellano y pasaron a Indias; un buen ejemplo es la mejora de tercio. Y todavía hay unas terceras que, peculiares del derecho castellano-indiano, como el testamento por comisarios, o no peculiares de él, como la sustitución pupilar, ofrecían caracteres dogmáticos muy en contraste con la ideología jurídico-liberal que conocidamente ha henchido los modelos europeos de códigos modernos, en especial el *Code Civil*, que para los legisladores del siglo XIX fue el más destacado y admirado de todos. La preservación o abrogación de este tipo de figuras en los códigos, en consecuencia, nos aporta adicionalmente un indicio o señal acerca del carácter más o menos conservador o tradicionalista del cuerpo legal de que se trate. Es con base en estos criterios que habremos de prestar nuestra atención a las siguientes figuras sucesorias: las formas testamentarias —que escogimos como representativa de una institución a la que solo puede introducirse innovaciones secundarias—, el testamento por comisario, las sustituciones, la mejora, la cuota de libre disposición, la porción legítima y la cuarta marital.

**1.3** Nuestro estudio se contraerá a seis códigos civiles que al menos en la materia sucesoria no derivaron de ningún otro, por más que hayan recibido influencias de algunos, y que por convención aquí los llamaremos «básicos»: el Código Civil Santa Cruz (I), llamado Boliviano después de la caída de su autor político, promulgado en 1830, derogado en 1845 y luego repuesto a los pocos meses en 1846 hasta 1975, en que fue definitivamente sustituido; el código peruano III de 1852,<sup>2</sup> sustituido en 1936; el chileno de 1855, aun vigente; el uruguayo de 1868, todavía en vigor; el argentino de 1869 que rige hasta hoy; y el mexicano II de 1870,<sup>3</sup> reemplazado en 1928.

De estos códigos básicos derivaron los de muchos otros países. En efecto, el código boliviano de 1830, aparte de haber regido brevemente en los Estados Nor y Sud-Peruanos en 1836, fue íntegramente adoptado en Costa Rica en 1841 por intermediación precisamente del código del Estado Nor-Peruano, y rigió ahí hasta 1888, año en que entró en vigencia uno nuevo, que se había promulgado en 1886. El código peruano, a su vez, fue adoptado casi completo en Guatemala en 1877, y estuvo en vigencia ahí hasta 1936. El código chileno, por su lado, recibió adopción en los siguientes países: El Salvador (1859 hasta la fecha), Ecuador (1858/1860 hasta la

---

<sup>2</sup> Damos el número III al código de 1852, debido a que anteriormente, en 1836, el Perú, dividido en los Estados Nor y Sud-Peruano, como miembros de la Confederación Peruano-Boliviana, recibieron el código de Santa Cruz cada uno en forma independiente.

<sup>3</sup> Antes estuvo el efímero Código Civil del Imperio Mexicano promulgado en 1866.

fecha), Colombia (sucesivamente por los diferentes estados granadinos desde 1858, luego por el estado unitario en 1887, hasta la fecha), brevemente en Venezuela (1860), por más tiempo en Nicaragua (entre 1867 y 1904), y con un intervalo en Honduras (primero entre 1880 y 1898, y nuevamente desde 1906 hasta la fecha). El código argentino de 1869, en fin, fue recibido completamente en el Paraguay en 1876 y solo fue sustituido en 1985. Lo cual no significa que en algunos casos estos cuerpos legales derivados no hayan modificado al original. En consecuencia, por regla general, lo que se diga de los códigos de Bolivia, Perú, Chile y Argentina habrá de decirse de los códigos que provinieron del de alguno de esos países; a salvo las oportunas advertencias de modificaciones interesantes para nuestro tema introducidas en los cuerpos derivados. Téngase presente que Panamá, al separarse de Colombia en 1903, continuó rigiéndose hasta 1916 por el código colombiano, que era el chileno; en ese año se dio un cuerpo legal propio, pero entonces ya estamos en el siglo XX.<sup>4</sup>

A fines del siglo XIX o recién empezado el siguiente, algunos países que tenían códigos derivados de alguno básico, empezaron a reemplazarlos por otros: en 1886, Costa Rica se dio un nuevo código que dejó fuera de vigencia al de 1841 en 1888, y continúa en actual vigor. En 1904, Nicaragua sustituyó el de 1867, y sigue aún en vigencia. En 1906, en fin, Honduras se dictó un tercer código, que desplazó al de 1898, que aquí no estudiaremos por las razones que diremos enseguida, el cual había reemplazado al de 1880. Pero ese código de 1906 era una adopción del chileno, como adopción había sido el de 1880. El proceso de sustitución continuó después, pero con ello ya nos adentramos en el siglo XX y este queda fuera de nuestro examen, con excepción de los mencionados de Nicaragua de 1904 y Honduras de 1906, que consideramos como pertenecientes al siglo XIX largo. Por ende, junto al segundo código de Costa Rica, también ingresarán en nuestro examen.

Los códigos de algunos países emitidos en el siglo XIX han de quedar, empero, absolutamente fuera de nuestro examen, en el sentido de ni siquiera ser mencionados. Tal es el caso de aquellos que de una u otra manera se adaptaron completamente a un modelo europeo. El hecho de que ciertos modelos extranjeros hubieran estado en la base de estos códigos implicó una suerte de renuncia a prestar atención directa a la tradición jurídica del país del cual se trata, y a examinarla toda para decidir deliberadamente su conservación o abrogación, por más que en definitiva pudieran darse coincidencias con ella en esos modelos, como consecuencia del sustrato uniforme de *ius commune*; pero ese hecho basta para extraer de nuestro estudio a tales experiencias.

Pertenece a esta clase el código de la República Dominicana, que en 1845 mandó observar el *Code Civil* de la Restauración en el país. Venezuela se rigió por tres códigos en el siglo XIX: el primero, del cual ya se ha hecho mención, fue promulgado en

<sup>4</sup> Para todo véase: Alejandro GUZMÁN, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

1862, y consistía en una adopción del código chileno de 1855; pero resultó derogado al año siguiente, de modo de volver el país a la antigua legislación; el segundo fue emitido en 1867, y era una copia del Proyecto de Código Civil español de 1852, de Florencio García Goyena; mas no rigió sino hasta 1873, en que hubo de ser reemplazado por un tercer cuerpo, fundado casi entero en el código del Reino de Italia de 1865, el cual consistía, a su vez, en una buena adaptación del *Code Civil* de 1804. El segundo código que tuvo Honduras, promulgado en 1898 y vigente hasta 1906, era una adaptación del código español de 1889. Cuba hasta 1987 y Puerto Rico hasta la fecha, recibieron el código español de 1889, ambos en este mismo año, cuando todavía eran provincias ultramarinas de la Corona de España. El hecho de haber recibido Cuba y Puerto Rico un cuerpo legal confeccionado afuera, por más que el derecho castellano haya tenido su parte en la confección, impide reconocerles una decisión propia de abolir o conservar su derecho tradicional.

## 2. LAS FORMAS TESTAMENTARIAS

**2.1** El antiguo derecho castellano<sup>5</sup> reconocía dos géneros ordinarios de testamentos: el nuncupativo o abierto y el escrito o cerrado. El primero consistía en una declaración oral del testador, aun hecha bajo la forma de la lectura de un texto previamente escrito, formulada ante escribano y testigos, o solo ante testigos. Si en la localidad en que se otorga el testamento hay escribano, debe celebrarse precisamente ante él y tres testigos vecinos del lugar. Si no lo hay, el testamento puede otorgarse en presencia de solo cinco testigos vecinos, o únicamente de tres si no hay más; o bien de siete testigos forasteros o no vecinos.<sup>6</sup>

El testamento escrito o cerrado consistía en un texto redactado por el testador, o un tercero en su nombre, que aquel presenta y muestra, sin dar a conocer su contenido, a un escribano y siete testigos declarándoles ser su testamento, y cuyo exterior debe ser firmado por los dichos testigos, amen del propio testador, bajo la declaración de fe del escribano también sobrescrita.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Sobre su origen y evolución: Alfonso GARCÍA-GALLO, «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 47, 1977, pp. 425 ss., después en Alfonso GARCÍA-GALLO, *Estudios de historia del derecho privado*, Sevilla, 1982, pp. 273 ss.

<sup>6</sup> Part. V, tít. 14, ley 31; VI, tít. 1, ley 1; *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, leyes 1 y 2; Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 5ª edición, Madrid, 1792, reimpresión anastática, Valladolid, Lex Nova, s. d. [pero 1984], p. 111 s.; TAPIA, Eugenio de, *Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados*, Valencia, Mompí, 1828, Vol. I, pp. 317 -320; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 4, párr. 3, pp. 157 s.; SALA, J., *Instituciones Rom.-Hisp.*, I, lib. II, cap. 10, comm. ad 14, párr. 6, p. 399.

<sup>7</sup> Part. VI, tít. 1, ley 2; *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, ley 2; Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ [6], p. *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 5ª edición, Madrid, 1792, reimpresión anastática, Valladolid, Lex Nova, s. d. [pero 1984], lib. II, tít. 3, cap. 1, párr. 1, p. 111 s.; TAPIA, E.,

El ciego no puede hacer testamento escrito, pero le queda expedito el nuncupativo ante escribano, solo que frente a cinco testigos.<sup>8</sup>

El derecho castellano también conoció un testamento privilegiado de los militares. En el último estadio de su evolución, tal testamento podía ser otorgado de cualquier modo en que constare su voluntad, o por escrito, por todos quienes gozaran del fuero militar.<sup>9</sup> Con base en el derecho anterior,<sup>10</sup> empero, algunos juristas continuaban exigiendo dos testigos.<sup>11</sup>

Estas formas testamentarias pasaron a Indias.<sup>12</sup> Además, el derecho indiano de juristas, sin base en legislación real alguna, adaptó la forma justiniana<sup>13</sup> del testamento llamado *ruri conditum* como testamento de los indios.<sup>14</sup> En vez de los cinco testigos exigidos a los rústicos por las normas imperiales, y aun de los tres en que quedaron según el Ordenamiento de Alcalá,<sup>15</sup> a los indios se les pidió otorgar su testamento tan solo ante dos, aunque no fueran vecinos ni rogados, sin necesidad de actuar ante notario. Los juristas discutían si debía ser escrito o si podía ser dictado por el testador, y si era necesaria la presencia del cacique indígena.<sup>16</sup>

**2.2 El Código Civil Santa Cruz trata de las formas testamentarias en su libro III, título 1º, capítulos 1º a 4º, artículos 444 a 457.<sup>17</sup> En esta materia, como en la mayor**

*Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 1, párr. 11-14, p. 320-322; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 4, párr. 4, p. 158; SALA, J., *Institutiones Rom.-Hisp.*, I, lib. II, cap. 10, comm. ad 14, párr. 6, p. 399.

<sup>8</sup> Part. VI, tít. 1, ley 14; *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, ley 2; JORDÁN, I. —DE MANUEL, M., *Institutiones*, lib. II, tít. 3, cap. 1, párr. 1, p. 111 s.; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 1, párr. 16, pp. 322 s.; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 4, párr. 4, p. 158; SALA, J., *Institutiones Rom.-Hisp.*, I, lib. II, tít. 12, comm. ad 4, párr. 6, p. 416.

<sup>9</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, ley 8.

<sup>10</sup> Part. VI, tít. 1, ley 4. Esta norma exigía además, que se tratase de militares «en hueste», vale decir, en el frente; pero la ley citada en la nota anterior (de 1778), extendió el privilegio a los sujetos al fuero militar sin más, esto es, sin necesidad de estar en batalla.

<sup>11</sup> JORDÁN I. — DE MANUEL, M., *Institutiones*, lib. II, tít. 3, cap. 1, párr. 6, p. 114; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 1, párr. 17, pp. 323 s. Sala, en cambio, no exige los dos testigos.

<sup>12</sup> De la materia trata ÁLVAREZ, José María, *Institutiones*, lib. II, tít. s 10º (abierto y cerrado), 11º (militar) y lib. II, tít. 12 (del ciego), II, pp. 157 ss., 166 ss., y 175. Un ejemplo tardío: ROCA, C. Alberto, «Un testamento nuncupativo de 1853 en la República Oriental», en *Revista del Instituto de Historia le Derecho Ricardo Levene*, Vol. 22, Buenos Aires, 1971, pp. 252 ss., después en EL MISMO, *Estudios de historia del derecho* (Montevideo, Biblioteca Nacional, 1975), pp. 297 ss. Véase también: SEOANE, María Isabel, *Sentido espiritual del testamento indiano*, Buenos Aires, 1985.

<sup>13</sup> Cl. 6, 23, 31 y Nov. 73, 9.

<sup>14</sup> TAU, Esquema, pp. 84 ss.; LEVAGGI, A., *Manual*, II, pp. 251-252; ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier, «Especialidades testamentarias de los indios», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 21, Valparaíso, 1999, pp. 105 ss. Para la praxis testamentaria indígena en Chile, véase la compilación documental de RETAMAL ÁVILA, Julio, *Testamentos de 'indios' en Chile colonial. 1564-1801*, Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, s. d. [pero 2000].

<sup>15</sup> Ord. Alcalá, tít. 19, ley 1 = *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, ley 1, ya citada.

<sup>16</sup> Sobre esto, véase: ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier, *Especialidades*, cit. en n. 14, p. 108. Curiosamente, José María Álvarez no trata del testamento de los indios en sus *Institutiones*.

<sup>17</sup> La edición de código boliviano que uso es esta: *Código Civil Boliviano explicado y concordado* por Melchor Terrazas (Sucre, Tipografía 'El Cruzado', 1885). Poco antes, este cuerpo legal había sufrido algunas

parte del derecho sucesorio, se aparta de su modelo habitual que es el *Code Civil*, el cual regula, desde luego el testamento ológrafo, o sea, aquel enteramente escrito, datado y firmado de puño y letra del testador, sin otra formalidad;<sup>18</sup> pero también un testamento *par acte public*, dictado por el testador ante dos notarios, uno de los cuales recibe el dictado, en presencia de dos testigos, o ante un notario que recibe el dictado, y cuatro testigos;<sup>19</sup> y un testamento *mystique ou secret*, escrito por el testador o un tercero por él, y presentado cerrado y sellado a un notario y seis testigos, cuya exterioridad debe ser firmada por los intervinientes.<sup>20</sup> El *Code* conoce también el testamento del militar y de los individuos empleados en el ejército otorgado ante jefe de batallón o escuadrón o cualquier otro oficial de grado superior en presencia de dos testigos, o ante dos comisarios de guerra, o uno solo, y dos testigos.<sup>21</sup>

El modelo que el código de Bolivia siguió fue el español, y muy fielmente. Regula, así, dos especies: el solemne y el privilegiado. El primero puede ser cerrado o abierto. El segundo es el de los indios y del militar.<sup>22</sup>

El testamento cerrado es el escrito por el testador o persona de su confianza, que se entrega cerrado al escribano, quien debe extender en su cubierta el otorgamiento, firmando con el testador y siete testigos, sean o no vecinos del lugar. Como se ve, no hay variación alguna con respecto al testamento cerrado español.

El testamento abierto puede otorgarse por escrito o de palabra ante un escribano y tres testigos vecinos del lugar; si no hay escribano, se puede celebrar ante cinco testigos vecinos; o, no habiéndolos, ante tres vecinos; o, en fin, ante siete forasteros.<sup>23</sup>

El ciego puede hacer testamento abierto ante escribano y tres testigos, aunque no sean vecinos; a falta de escribano debe haber ocho testigos.<sup>24</sup>

En fin, él concede a los indios residentes a más de una legua de distancia de sus respectivos cantones, el privilegio de hacer su testamento de palabra o por escrito ante dos testigos vecinos.<sup>25</sup> Por otro lado, el militar, aunque resida en un pueblo, puede testar en su cartera, o en papel simple, con sola su firma, aunque no le hayan visto testigos; y estando en la guerra o en caso de muerte violenta, puede escribir con su espada o de cualquier otro modo, en la arena, tierra o piedra, siempre que al menos dos testigos le hayan visto escribir,<sup>26</sup> superando, así, la disputa que sobre el punto

---

reformas —que no afectaron a las materias estudiadas aquí— y cambió la numeración del original, lo cual ya se refleja en la edición antes descrita. Por el hecho de usarla, pues, los números de artículos que se citan a lo largo de todo este trabajo no corresponden al original.

<sup>18</sup> CCFr. (1804), art. 970.

<sup>19</sup> CCFr. (1804), arts. 971 a 975.

<sup>20</sup> CCFr. (1804), arts. 976 a 980.

<sup>21</sup> CCFr. (1804), arts. 985 a 984.

<sup>22</sup> CC. Bol. I (1830), arts. 444-445 y 455-456.

<sup>23</sup> CC. Bol. I (1830), arts. 451-454.

<sup>24</sup> CC. Bol. I (1830), art. 460.

<sup>25</sup> CC. Bol. I (1830), art. 455.

<sup>26</sup> CC. Bol. I (1830), arts. 456-457.

concerniente a la presencia de testigos agitaron los autores del derecho castellano. En lo sustancial, el testamento militar también se acuerda con el derecho español.

En síntesis, pues, en materia de formas testamentarias, el código boliviano (y los que de él dependen)<sup>27</sup> no hizo más que recoger, y muy escrupulosamente, el derecho vernáculo, sin que se aprecie influencia alguna del *Code Civil*, su modelo normal en otras materias.

**2.3** El siguiente código sujeto a nuestro análisis es el peruano de 1852. La materia aparece en los títulos 4º y 5º, de la sección 4º, de su libro II.

Se establecen ahí dos formas de testamento: abierto y cerrado.

El abierto, a su vez, puede ser: por escritura pública, por escritura privada o verbal.<sup>28</sup> El primero se otorga ante escribano, y tres testigos vecinos del lugar o cinco de los cuales dos sean vecinos; el escribano incorpora por sí el testamento en su registro que firman el testador y los testigos y autoriza el escribano.<sup>29</sup> El testamento otorgado por escritura privada consiste en una memoria testamentaria que lee o hace leer el testador ante cinco testigos, de los cuales a lo menos dos deben ser vecinos del lugar, o seis testigos, uno de los cuales tiene que ser tal vecino; una vez leída, deben firmar la memoria el testador y los testigos.<sup>30</sup> El testamento verbal consiste en que el testador declare su última voluntad ante cinco testigos, dos de los cuales deben ser vecinos del lugar, o seis, si no hay más que un vecino. Pero este testamento solo es aceptable en caso de extrema necesidad;<sup>31</sup> y ha de ser legalizado ante un juez dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador.<sup>32</sup>

El testamento cerrado estriba en que el testador, ante escribano y siete testigos de los cuales dos han de ser vecinos del lugar, presente un pliego cerrado, que firma, expresando que contiene su última voluntad, y que enseguida la cubierta o sobre del pliego es firmada por el testador y los testigos, con autorización de sus firmas por el escribano.<sup>33</sup>

El ciego solo puede hacer testamento abierto con un testigo más.<sup>34</sup> De los militares, se dice en el código que pueden otorgar testamento abierto o cerrado ante un jefe o capitán en presencia de dos testigos.<sup>35</sup> Inexplicablemente, el testamento del indio desapareció en este código.

<sup>27</sup> CC. Santa Cruz del Est. Nor-Peruano (1836), arts. 456-469; C. Gral. C. Rica I (1841), *Parte civil*, arts. 456-468. Este último eliminó el contenido del artículo 467 del primero, que reproducía el artículo 455 del CC. Bol. I (1830) sobre el testamento de los indios.

<sup>28</sup> CC. Perú II (1852), art. 651.

<sup>29</sup> CC. Perú II (1852), art. 658 N°s 1, 2, 4 y 7.

<sup>30</sup> CC. Perú II (1852), art. 661 N°s 1, 2, 3 y 5.

<sup>31</sup> CC. Perú II (1852), arts. 663 N°s 1 y 2, y 664.

<sup>32</sup> CC. Perú II (1852), art. 665.

<sup>33</sup> CC. Perú II (1852), arts. 653 y 667 N°s 1, 2, 4 y 5.

<sup>34</sup> CC. Perú II (1852), arts. 660 y 669 N° 1.

<sup>35</sup> CC. Perú II (1852), art. 674.

Como podrá apreciarse, las tres formas del testamento abierto peruano se corresponden casi exactamente con las distintas formas del testamento abierto o nuncupativo del derecho castellano-indiano, con la diferencia de que cuando este exigía siete testigos, el segundo se contentó con seis. Igual correspondencia se observa en el testamento cerrado peruano. Pero el testamento verbal peruano en realidad es privilegiado, por exigirse, como se dijo, extrema necesidad. Para el testamento abierto del ciego, el código agregó un testigo. Para el militar exigió dos, en circunstancias de que el punto era discutido en el antiguo derecho.

El código guatemalteco de 1877 se ciñó, como de costumbre, al código peruano.<sup>36</sup>

**2.4** El código de Chile y de los países que adoptaron el suyo, dentro de una estructura compleja conservó bastante bien las antiguas formas. Ese cuerpo legal distinguió<sup>37</sup> testamentos solemnes, otorgados en Chile y otorgados en el extranjero, y menos solemnes o privilegiados. Los solemnes otorgados en Chile, siempre por escrito,<sup>38</sup> son el abierto, el nuncupativo o público y el cerrado o secreto. El testamento abierto y solemne se otorga ante escribano y tres testigos o solo ante cinco testigos, pero, en ambos casos, el testador da a conocer sus disposiciones a los presentes, sea que las lea de un texto previamente escrito, sea que se las recoja mientras las dicta, caso en el cual hay que leerlas en voz alta después de registradas.<sup>39</sup> Es claro que ambas formas se corresponden con las dos del testamento nuncupativo o abierto del antiguo derecho. El testamento cerrado o secreto se otorga ante escribano y cinco testigos, y consiste en que el testador muestre a los presentes una escritura cerrada declarando de viva voz que ahí se contiene su testamento, para que en su cubierta cerrada el escribano individualice al testador y los testigos y describa las circunstancias del acto, y la firmen todos.<sup>40</sup> Lo cual reproduce exactamente al derecho anterior, pero los testigos han bajado de siete a cinco.

El código eliminó el testamento del ciego y ordenó que solo pueda testar nuncupativamente ante escribano y tres testigos, aunque su testamento deba leerse dos veces.<sup>41</sup> Pero reglamentó minuciosamente el testamento de los militares ante un capitán, intendente de ejército, comisario o auditor de guerra y testigos, cuyo número no indica el código (seguramente por errata), aunque en los proyectos eran dos. El código no reglamenta el testamento del indio.

Siguieron al código chileno en esta materia, como en casi todo, los de El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente en Venezuela

<sup>36</sup> CC. Guatem. I (1877), arts. 771 ss.

<sup>37</sup> CCCh. (1855), art. 1008.

<sup>38</sup> CCCh. (1855), art. 1011.

<sup>39</sup> CCCh. (1855), arts. 1014, 1015 y 1017.

<sup>40</sup> CCCh. (1855), arts. 1021 y 1023.

<sup>41</sup> CCCh. (1855), art. 1019.

(1860), por más tiempo en Nicaragua (entre 1867 y 1904), y con un intervalo en Honduras (primero entre 1880 y 1898<sup>42</sup> y nuevamente desde 1906).

También el código del Uruguay de 1868 adoptó el sistema chileno,<sup>43</sup> pero eliminó el testamento abierto ante solo cinco testigos.<sup>44</sup>

**2.5** El código argentino de 1869, paraguayo desde 1876, se inspiró, en cambio, en el sistema francés de testamentos, dando incluso acogida al ológrafo.<sup>45</sup> Su testamento por acto público, equivalente al abierto del antiguo derecho, es ante escribano y tres testigos residentes en el lugar.<sup>46</sup> El testamento cerrado se otorga ante escribano y cinco testigos residentes.<sup>47</sup> El testamento especial de los militares se celebra ante un capitán, intendente de ejército, comisario o auditor de guerra y dos testigos.<sup>48</sup>

**2.6** El código de México de 1870 conoce varias clases de testamentos:<sup>49</sup> público, otorgado ante notario y testigos, que puede ser abierto<sup>50</sup> o cerrado,<sup>51</sup> en ambos casos ante tres testigos; y privado, siempre cerrado, celebrado sin notario y ante cinco testigos,<sup>52</sup> que, empero, tiene un carácter privilegiado, pues se permite otorgarlo en circunstancias excepcionales: enfermedad mortal del testador, en caso de epidemia, plaza sitiada o si no hay notario en el lugar.<sup>53</sup> También regula el testamento militar, verbal o escrito ante dos testigos.<sup>54</sup>

**2.7** El código de Nicaragua II de 1904 abandonó el modelo chileno seguido por el código precedente de 1867, y adoptó el sistema del español de 1889.<sup>55</sup>

### 3. EL TESTAMENTO POR COMISARIO

**3.1** En Castilla, sobre ciertas bases canónicas establecidas para los legados *ad pias causas*,<sup>56</sup> se desarrolló una «singularidad», como la llama Sala,<sup>57</sup> consistente en la delegación de la facultad de testar en un tercero, que es quien, por ende, otorga el

<sup>42</sup> Entremedio rigió segundo código que es adaptación del español de 1889.

<sup>43</sup> CC. Urug. (1868), arts. 765-767 y secciones 2ª y 3ª, cap. 1º, tít. 4º, lib. III.

<sup>44</sup> CC. Urug. (1868), art. 768.

<sup>45</sup> CC. Arg. (1869), art. 3639-3650.

<sup>46</sup> CC. Arg. (1869), art. 3654.

<sup>47</sup> CC. Arg. (1869), art. 3666.

<sup>48</sup> CC. Arg. (1869), art. 3672.

<sup>49</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3750-3755.

<sup>50</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3778-3774.

<sup>51</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3775-3803.

<sup>52</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3804-3816.

<sup>53</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3804.

<sup>54</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3817-3822.

<sup>55</sup> CC. Nicarag. II (1904), tít.s 9º a 11º del libro II, arts. 1025 ss.

<sup>56</sup> Sobre todo la decretal *cum tibi* (X. 3, 26, 13). Sobre esto: COING, H., *Der. priv. europeo*, I, p. 748.

<sup>57</sup> SALA, Juan, *Ilustración*, I, lib. II, tít. 4, párr. 10, p. 162.

testamento de otro, incluso después de muerto su comitente. La figura se denominó «testamento por comisario». <sup>58</sup> A salvo el mencionado origen canónico, se trató, en efecto, de una singularidad castellana en Europa, que contravenía al derecho romano y al *ius commune*. <sup>59</sup>

En síntesis, las reglas a que quedaba sometido el testamento por comisario en el derecho castellano eran las siguientes: <sup>60</sup>

El poder con que se inviste al comisario para testar debe cumplir con las mismas solemnidades que el testamento. <sup>61</sup> El comisario dispone de cuatro meses para otorgar el acto y de seis si está fuera del lugar; pero este plazo se amplía a un año cuando está ausente del reino; todos estos plazos se cuentan desde la muerte del testador, pasados los cuales, caduca la facultad de testar otorgada y los bienes van a los herederos intestados. <sup>62</sup> El comisario no puede instituir heredero, mejorar en el tercio, disponer del quinto, sustituir, desheredar, conceder legados, constituir fundaciones ni nombrar tutor sin contar con un poder especial del comitente para ello. <sup>63</sup> Tratándose del nombramiento de heredero, el nombre de quien haya de serlo debe haber sido designado por el comitente, de modo de no poder quedar al arbitrio del comisario; y si aquel diese la facultad de instituir heredero, pero no designase a la persona del heredero, el comisario debe ejercerla a favor del que sería heredero *ab intestato*. <sup>64</sup> Tampoco puede el comisario, sin facultad especial, delegar el poder para testar en otro, nombrar albaceas ni revocar el testamento ya otorgado por él <sup>65</sup> o el comitente. <sup>66</sup> Si el cual tan solo dio la facultad de hacer testamento al comisario, sin más, este solo puede pagar sus deudas y hacer mandas por el alma del comitente dentro de la quinta parte de sus bienes restantes, de guisa que el remanente se distribuya entre quienes son llamados a la herencia intestada. <sup>67</sup> Cuando el comitente designó más de un comisario, y no concordaron en el testamento, se está a lo que decida la mayoría; y si hubiese empate, se elige como tercero en discordia al juez de primera instancia del pueblo o, en su defecto, al

<sup>58</sup> Esta figura, ya reconocida en *F. Real*, lib. III, tít. 5, ley 7 (y repudiada por Part. VI, tít. 3, ley 11), fue ampliamente regulada por las leyes 31 a 39 de Toro, recogidas finalmente en la *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1-8; X, 20, 13. Lit.: MERELLO, Italo, «Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos del Código Civil chileno», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 2, Valparaíso, Chile, 1977, pp. 131 ss.; LEVAGGI, A., *Manual*, II, p. 248 s.

<sup>59</sup> Por todos: COING, H., *Der. priv. europeo*, I, p. 720.

<sup>60</sup> JORDÁN, I. – DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 3, cap. 1, pp. 113-114; MARTÍNEZ, M., *Librería de jueces*, I, pp. 32-33; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 4, párr.s. 10-13, pp. 162-164; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 16, pp. 470-473.

<sup>61</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 8.

<sup>62</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 3; tít. 20, ley 13.

<sup>63</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1.

<sup>64</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 2.

<sup>65</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 5.

<sup>66</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 4.

<sup>67</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 2.

alcalde ordinario. Muerto alguno de los comisarios plurales, la facultad de otorgar el testamento continúa radicada en los sobrevivientes, aunque al fin sea uno.<sup>68</sup>

El testamento por comisarios fue ampliamente usado en Indias.<sup>69</sup>

**3.2** Nuevamente el código boliviano de 1830 se nos muestra como un fiel seguidor del derecho castellano-indiano en esta materia. Él, en efecto, recogió casi todos los extremos de la regulación del testamento por comisario que antes examinamos, en su capítulo 7º: *De los comisarios*, del título 1º, de su libro III, artículos 469 a 478.

El poder para testar debe ser otorgado con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento abierto.<sup>70</sup> El comisario está obligado a ceñirse en todo al poder sin apartarse de su contenido. Si el poder es general, el comisario no puede más que pagar las deudas del testador y subvenir a los gastos funerales extrayendo lo necesario de la masa, y en el resto ha de pasar la herencia a los sucesores intestados<sup>71</sup> o, si no los hay, dar cuenta al juez para que se inicie el procedimiento sobre herencias vacantes.<sup>72</sup> El comisario no debe nombrar heredero, hacer mandas o legados, mejorar, constituir fundaciones, sustituir ni nombrar tutor sin contar con facultad específica para ello.<sup>73</sup> El comisario dispone de cuatro meses para otorgar el testamento si está en el lugar al tiempo que se le dio poder, de seis si está fuera del lugar pero dentro de la república, y de un año cuando está ausente de esta; pasados los cuales plazos, los bienes deben ir a los herederos legítimos o al nombrado en el poder, si lo hubo, teniéndose por hechas las cosas que el testador dispuso específica y señaladamente.<sup>74</sup> El comisario no puede revocar el testamento que antes hizo en uso del poder, ni introducirle adiciones o nuevas declaraciones.<sup>75</sup> Si hay varios comisarios y alguno ha muerto, o bien no quiso o no pudo hacer el testamento, o se halla ausente de la república, el que resta puede otorgar el acto.<sup>76</sup> En el mismo caso de pluralidad de comisarios, debe estarse al testamento

<sup>68</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 7.

<sup>69</sup> Sin embargo, José María Álvarez no trata del testamento por comisario en sus *Instituciones*, pese a su expandido uso en Indias. Para Chile: MERELLO, Italo, «Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos del Código Civil chileno», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 2, Valparaíso, Chile, 1977, pp. 131 ss.; EL MISMO, «Observaciones sobre el poder para testar a la luz de los registros de escribanos chilenos del siglo XVIII», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 16 (Valparaíso, Chile, 1994), pp. 67 ss. Para Argentina: SEOANE, María Isabel, «Los poderes para testar en el Buenos Aires del siglo XVIII», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'*, Vol. 21, Buenos Aires, 1995, pp. 71 ss.; LA MISMA, «El testamento por poder en el Buenos Aires colonial. Estudio realizado en base a protocolos notariales», en *Revista de Historia del Derecho*, Vol. 24, Buenos Aires, 1996, pp. 267 ss.; LA MISMA, «Un chispazo de tradición colonial: el testamento de Flora de Azcuénaga», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'*, Vol. 33, Buenos Aires, 1997, pp. 375 ss.

<sup>70</sup> CC. Bol. I (1830), art. 469; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, leyes 1 y 8.

<sup>71</sup> CC. Bol. I (1830), art. 470; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1.

<sup>72</sup> CC. Bol. I (1830), art. 471: sin antecedentes.

<sup>73</sup> CC. Bol. I (1830), art. 472; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1.

<sup>74</sup> CC. Bol. I (1830), art. 473; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 3; tít. 20, ley 13.

<sup>75</sup> CC. Bol. I (1830), art. 474; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, leyes 4 y 5.

<sup>76</sup> CC. Bol. I (1830), art. 477; *cf.* *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 7.

que adopte el mayor número; y en caso de igualdad de pareceres, hay que elegir como terceros en discordia al corregidor o al alcalde provincial.<sup>77</sup>

Queda así verificado lo dicho al empezar, en orden a la fidelidad con que este código se ciñó al antiguo derecho en materia de comisarios para testar. El código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano (1836)<sup>78</sup> y del Estado Sud-Peruano (1836) conservaron íntegramente la regulación del original boliviano. Lo propio acaeció en la parte civil del Código General de la República de Costa Rica (1841),<sup>79</sup> que fue una copia de aquel del Estado Nor-Peruano.

**3.3** Pero esta confirmación y acotada expansión del testamento por comisario en Bolivia, brevemente interrumpida por el efímero Código Civil boliviano II de 1845, que no reguló la institución, al que siguió el restablecimiento del código de Santa Cruz en el año siguiente, fue su canto de cisne. El Código Civil del Perú promulgado en 1852, pese al visible tradicionalismo que manifestó en otros órdenes, lo prohibió expresamente.<sup>80</sup> La norma abrogatoria pasó, con casi todo el código peruano, al de Guatemala de 1877.<sup>81</sup>

**3.4** En definitiva, también el código de Chile se ciñó al criterio peruano.<sup>82</sup> Si bien es cierto que en las primeras fases de la codificación chilena, los proyectos pertinentes nada dijeron sobre el testamento por comisario, desde el comienzo apareció ahí una norma que rezaba: «La elección de un asignatario, sea absolutamente o de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno».<sup>83</sup> Esta disposición ciertamente no implicaba nada en contra del poder para testar, porque bien se puede dar tal poder y cumplir con la norma dicha, si es que el poderdante indica el nombre del asignatario a quien debe el comisario designar. En tal caso, la elección del asignatario no depende del puro arbitrio ajeno. De lo que se deduce que la norma citada más bien suponía la figura del poder para testar, para introducirle la limitación que contiene. Esto se confirma porque Bello invocó Part. VI, 6, 11 para apoyarla,<sup>84</sup> y ahí se lee: «Casi él otorgase poder a otro, que lo estableciese en su lugar, no valdría; maguer dixesse así: aquel sea mio heredero, que fulano quisiere o estableciere por mio que lo sea. Esto

<sup>77</sup> CC. Bol. I (1830), art. 478; cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 7.

<sup>78</sup> CC. Santa Cruz del Est. Nor-Peruano, arts. 481 a 490.

<sup>79</sup> C. Gral. C. Rica I (1841), Parte civil, arts. 481 a 490.

<sup>80</sup> CC. Perú I, art. 703: «Se prohíbe a los testadores: 1º Dar poder para testar».

<sup>81</sup> CC. Guatem. I (1877), art. 805 N° 1.

<sup>82</sup> En la exposición siguiente nos basamos en MERELLO, Italo, «Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos del Código Civil chileno», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 2, Valparaíso, Chile, 1977, pp. 131 ss., cuyas hipótesis y conclusiones aceptamos plenamente.

<sup>83</sup> *Libro de la sucesión por causa de muerte* del Proyecto de 1841–1845, tít. 3º, art. 3; *Libro de la sucesión por causa de muerte* del Proyecto de 1846–1847, art. 96; Proyecto de 1853, art. 1213.

<sup>84</sup> Proyecto de 1853, artículo 1213 nota.

es porque el establecimiento del heredero e de las mandas non debe ser puesto en albedrío de otro».

Esta ley, aunque hostil al testamento por comisario, que irrestrictamente había admitido el Fuero Real,<sup>85</sup> no lo deroga, sino lo supone, pero lo limita: si es que se da tal poder, el poderdante debe designar él al heredero y no entregar su designación al albedrío del comisario. La ley 31 de Toro<sup>86</sup> adoptó el mismo criterio de las Partidas, que en seguida fue transferido a los proyectos de código chileno. De esta manera, estos, aunque nada decían sobre el testamento por comisario, lo dieron por supuesto con la limitación que provenía de las Partidas y confirmaban las leyes de Toro. Tal era el estado de cosas a que se adaptaba todavía el Proyecto de 1853. Pero en la revisión a que fue sometido ese proyecto entre 1853 y 1855, el criterio cambió, y se optó por abolir el poder para testar. En el llamado Proyecto Inédito, que fue fruto de esa revisión, se introdujo un artículo, trasladado luego al código definitivo, que dispuso: «La facultad de testar es indelegable».<sup>87</sup> Curiosamente, se mantuvo la norma sobre no dejar al puro arbitrio de un tercero la designación de un asignatario,<sup>88</sup> que suponía la delegación de la facultad entonces derogada, aunque para limitarla. Seguramente se la conservó porque ahora sirvió para reforzar la derogación, por un lado, y para advertir que aun cuando alguien haga su propio testamento, sin delegar en consecuencia, porque no es posible, aun así no puede cometer la designación de asignatarios a un tercero.

La abolición fulminada por el código chileno alcanzó a la vasta área de los países en donde este fue puesto en vigencia: El Salvador (1859), Ecuador (1858-1860), Colombia (desde 1858), brevemente en Venezuela (1860), por más tiempo en Nicaragua (1867-1904) y con un intervalo en Honduras (1880-1899 y nuevamente desde 1906).

**3.5** El código uruguayo de 1868 adoptó una disposición concebida por García Goyena para su proyecto de código español de 1851,<sup>89</sup> que reza así: «El testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero». La norma que decisivamente excluye el poder para testar es la atribución de un carácter personalísimo al testamento; la que sigue no es del todo incisiva, ya que cuando el poderdante señala detalladamente lo que el comisario debe hacer (como lo exigía el antiguo derecho), no deja la formación del testamento al arbitrio de un

<sup>85</sup> F. Real lib. III, tít. 5, ley 7.

<sup>86</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1.

<sup>87</sup> Proyecto Inédito, art. 1166a); CCCh., art. 1004.

<sup>88</sup> Proyecto Inédito, art. 1213; CCCh., art. 1063.

<sup>89</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, 1852), art. 558, II, p. 14, con la cual entiende derogar la institución del testamento por poder, según lo indica en la explicación a este artículo.

tercero, así que no hay incompatibilidad entre lo que dice esta segunda norma y el poder para testar.<sup>90</sup>

**3.6** Por su parte, el código argentino de 1869 adoptó el mismo partido. Su artículo 3.619 dice: «Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero». En la pertinente nota, Vélez dejó establecido: «Revocamos por este artículo todas las Leyes Recopiladas que disponen sobre el poder para testar, y el modo de ejercerlo por el comisario». Esta decisión se trasladó al Paraguay cuando en 1876 fue impuesto ahí el código argentino.

**3.7** También cabe decir lo propio del código mexicano de 1870. Su artículo 3.375 simplemente dispuso: «El testamento es un acto personal, que no puede desempeñarse por procurador». En Nicaragua, la proscripción de aquel rigió bajo la forma chilena entre 1867 y 1904. El nuevo código de este último año estableció en su artículo 946: «El testamento es un acto personal que no puede hacerse por procurador o delegado, ni dejarse al arbitrio de otra persona».

De esta manera, la antigua figura del poder para testar desapareció del horizonte hispanoamericano, con la sola excepción de Bolivia y Costa Rica; aquí hasta 1888, en que empezó a regir un nuevo código que desplazó al de 1841; y ahí nada menos que hasta 1975, en que el viejo código de Santa Cruz fue reemplazado por otro cuerpo legal. Ni aquel ni este ya no aceptaron la institución.<sup>91</sup>

#### 4. LAS SUSTITUCIONES

**4.1** La sustitución vulgar y la pupilar son instituciones del derecho romano clásico. Por la primera, un testador, una vez nombrado su heredero, designa a otro bajo la condición de que el anterior no llegue a serlo, por no querer o no poder. El primer heredero se llama instituido, y el segundo, sustituto. La sustitución puede repetirse respecto del primer sustituto y así sucesivamente de manera indefinida. Designados varios herederos, se los puede sustituir entre sí recíprocamente. De esta guisa, el testador se precave de que su testamento quede *desertum*, vale decir, sin heredero, y evita morir, por ende, intestado, porque el instituido o los posteriores sustitutos premurieron al testador, repudiaron la herencia o resultaron ser incapaces o indignos de suceder, o porque falló la condición suspensiva bajo la cual fueron instituidos.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Cabe hacer notar que ACEVEDO, E., *Proyecto*, lib. III, cap. 1º, sec. 3ª, regula el poder para testar conforme con el antiguo derecho.

<sup>91</sup> CC. Bol. III (1875), art. 1115.

<sup>92</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, hay dos reimpressiones posteriores, Vol. II, pp. 459-460.

La sustitución pupilar consiste en que el testador designe como heredero suyo a un hijo impúber y además a un heredero de este, para el caso de que el instituido muera con posterioridad al testador, pero antes de llegar a su pubertad.<sup>93</sup> Esta sustitución implica, pues, que el padre haga el testamento del hijo, pues de nombrarle un heredero se trata, lo que le imprime cierta anomalía en contra del principio de la personalidad del testamento. El impúber fallecido, en efecto, es sucedido por alguien no instituido por él, sino por su padre. Pero la figura estaba dirigida a evitar que la herencia del impúber se rigiese por las reglas de la sucesión *ab intestato*, cosa que, de no mediar la sustitución de que hablamos, necesariamente debía ocurrir, puesto que un impúber no podía hacer testamento. Su anomalía se explica como obsequio al notable favor con que los romanos miraron a la sucesión testamentaria.

Debe tenerse presente que el último derecho clásico consideró que la sustitución pupilar incluye a la vulgar, y viceversa; por modo que si el padre muere después que fallezca el hijo impúber designado heredero con sustituto pupilar, este último sucede al padre como vulgar; o bien, si, nombrado un sustituto pupilar al impúber instituido como heredero por su padre, muere el padre antes que el hijo y este, a su vez, antes de llegar a su pubertad, el sustituto vulgar hereda como pupilar al hijo.<sup>94</sup>

Justiniano creó una sustitución *ad exemplum pupillaris*, para designar un sustituto al hijo impúber o púber *mentecaptus* instituido como heredero por su padre, de modo que lo suceda si, ya muerto el padre, fallece el hijo antes de recobrar el juicio que le permita hacer su propio testamento.<sup>95</sup> El desarrollo de esta creación justiniana correspondió al derecho común.<sup>96</sup>

Como las Partidas, sobre la base del *ius commune*,<sup>97</sup> reconocieron estas tres formas de sustitución,<sup>98</sup> ellas quedaron plenamente incorporadas en el derecho castellano.<sup>99</sup> El *ius commune* también conoció otras formas de sustitución construidas sobre la base de materiales romanos,<sup>100</sup> que las Partidas asimismo recibieron: una llamada «compendiosa»,<sup>101</sup> que se dispone para cualquier heredero instituido cuando quiera y a cualquier edad que muera, de suerte que comprende a la pupilar y la vulgar, si

<sup>93</sup> *Ibidem.*, Vol. II, pp. 461-462.

<sup>94</sup> *Ibidem.*, Vol. II, pp. 462-463.

<sup>95</sup> Cod. Iust. 6, 26, 9; Inst. Iust. II, 16, 1.

<sup>96</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Contratti, successioni, diritti difamiglia*, Padova, Cedam, 1939, reimp. 1971, p. 212.

<sup>97</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi* [96], pp. 210 ss.

<sup>98</sup> Part. VI, tít. 5, leyes 1 y 2 (vulgar), 1 y 5 (pupilar) y 1 y 11 (ejemplar).

<sup>99</sup> JORDÁN, I. – DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 5, cap. 1, pp. 135 s.; MARTÍNEZ, M., *Librería de jueces*, I, pp. 37-38; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 5, párr.s. 11-15, pp. 177-182; SALA, J., *Instituciones Rom. – Hisp.*, I, lib. II, tít. 16, párr. 20, p. 466; párr. 9, p. 469; párr. 5, p. 476; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 10 completamente, pp. 427-442.

<sup>100</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi* [96], pp. 210-215.

<sup>101</sup> Part. VI, tít. 5, ley 12.

el instituido es hijo. También hay una sustitución «brevílocua»,<sup>102</sup> asimismo llamada «mutua» o «recíproca» por los intérpretes, consistente en designar como sustitutos entre sí a los mismos ya instituidos previamente como herederos, y que era una posibilidad ya admitida por los romanos. Como se puede apreciar, estas dos formas no son propiamente especies distintas de sustitución, sino modalidades de la vulgar, pupilar o ejemplar, lo que no deja de ser observado por los autores.<sup>103</sup>

El derecho castellano admitió, en fin, una «sustitución fideicomisaria», correspondiente al *fideicommissum hereditatis* del derecho romano. Consistía este en rogar el causante al instituido como su heredero que transfiera el todo o una parte de la herencia a un tercero, por lo general al cumplirse una condición o un plazo. El causante que hace el encargo se llama fideicomitente, el heredero instituido se llama fiduciario, y el tercero beneficiario final se llama fideicomisario. Un senadoconsulto Trebeliano reguló las relaciones de los terceros con el fideicomisario, quien, por no ser propiamente un sucesor, podía desentenderse de las deudas hereditarias, al mismo tiempo que los terceros deudores de la herencia desentenderse de ellas frente a aquel. El mencionado senadoconsulto, en final de cuentas, colocó al fideicomisario en el «lugar de un heredero» (*loco heredis*) permitiéndole demandar y ser demandado. Otro senadoconsulto, llamado Pegasiano, reservó la cuarta parte de la herencia al fiduciario, a fin de interesarlo en aceptarla, y creó una aceptación coacta si el fiduciario repudiaba; todo destinado a permitir la subsistencia del fideicomiso, que naturalmente decae si el fiduciario repudia la herencia a él deferida. Como ambas normas dieron origen a un régimen excesivamente complicado, Justiniano las refundió y simplificó, atribuyendo el conjunto al senado-consulto Trebeliano, y suprimiendo, en consecuencia, toda referencia al Pegasiano.<sup>104</sup> De ahí que los intérpretes (y las Partidas) hablen de la «cuarta trebeliánica» (cuando en realidad era «pegasiana»).

Las Partidas recogieron de manera concisa los extremos principales del régimen justiniano del fideicomiso, en los términos precedentemente expuestos.<sup>105</sup> El derecho real sustituyó la coacción al fiduciario dirigida a conseguir su aceptación de la herencia, por una facultad del sustituto para aceptarla directamente él si el fiduciario la repudiaba.<sup>106</sup>

Las sustituciones, especialmente las fideicomisarias, pertenecieron de lleno al derecho indiano.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Part. VI, tít. 5, ley 13.

<sup>103</sup> Así, por ejemplo, SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 5, párr.s. 11, p. 177, y 15, p. 182.

<sup>104</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Der. priv. Romano* [92], II, pp. 741-746.

<sup>105</sup> Part. VI, tít. 5, ley 14; VI, tít. 11, ley 8. Véanse los autores citados en la nota 97. La exposición más detallada es la de TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 10, párr.s 22- 40, pp. 436-442.

<sup>106</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 18, ley 1.

<sup>107</sup> El tema aparece en ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones*, lib. II, tít.s 15º (vulgar), 16º (pupilar y las demás, con excepción de la fideicomisaria), 23º (fideicomisaria), I, pp. 203 ss., 207 ss., 276 ss. Véase: SEOANE,

**4.2** El capítulo 10º: *De las sustituciones y fideicomisos*, del título 1º, del libro III, del Código boliviano de 1830, artículos 500 a 503, recogió el derecho antiguo de la sustitución, salvo la fideicomisaria; en lo que fue seguido por la parte civil del código General de Costa Rica de 1841,<sup>108</sup> por medio del Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano de 1836.<sup>109</sup>

El artículo 500 dispuso que «[S]ustituir es nombrar uno o más herederos para que a falta del instituido, perciban la herencia. Tendrá lugar la sustitución, cuando el instituido muera antes que el testador, cuando renuncie la herencia o no cumpla las condiciones impuestas».

Esta norma, pues, contiene la sustitución vulgar del derecho romano, el *ius commune* y las *Partidas*.<sup>110</sup>

El artículo 501 añade: «Puede hacerse sustitución por todos y a todos los instituidos para el caso de que no fueren herederos». De esta manera, el código boliviano da entrada a la sustitución «brevílocua», «mutua» o «recíproca»,<sup>111</sup> con que a los ya instituidos se los designa enseguida como sustitutos.

La primera parte del artículo 502 recoge la sustitución pupilar:<sup>112</sup> «El padre puede sustituir a su hijo menor, para el caso de que muera dentro de la edad pupilar». Su segunda parte acoge la sustitución ejemplar:<sup>113</sup> «También podrán el padre o la madre, o los abuelos nombrar sustitutos a sus hijos o nietos locos, aun siendo mayores, para el caso de que mueran en su incapacidad de testar».

Nada dice el código sobre la sustitución «compendiosa». Pero su artículo 503 se refirió a la fideicomisaria en estos términos: «Quedan desde hoy prohibidas las herencias fideicomisarias; caso que las haya, se tendrán por nulas, entrando en la sucesión los herederos *ab intestato*». En esta materia, pues, el código boliviano se hizo eco de su modelo habitual en otros órdenes, es decir, del *Code Civil*, que había fulminado con prohibición a las sustituciones fideicomisarias.<sup>114</sup>

**4.3** El título 11º: *De la sustitución de herederos*, de la sección 4ª del libro II del código peruano de 1852 dio acogida a las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar. En ello no fue seguido —contra lo que es habitual— por el código de Guatemala de 1877, que solo aceptó la sustitución vulgar.<sup>115</sup> El artículo 730 del código peruano dispuso:

María Isabel, «Los herederos testamentarios en el Buenos Aires colonial. Estudio iushistoriográfico», en *Revista de Historia del Derecho*, Vol. 26, Buenos Aires, 1998, pp. 520 ss., 530 ss.

<sup>108</sup> C. Gral. C. Rica I (1841), Parte civil, arts. 511-514.

<sup>109</sup> CC. Santa Cruz Est. Nor-Peruano, arts. 511-514.

<sup>110</sup> Part. VI, tít. 5, leyes 1 y 2.

<sup>111</sup> Part. VI, tít. 5, ley 13.

<sup>112</sup> Part. VI, tít. 5, leyes 1 y 5.

<sup>113</sup> Part. VI, tít. 5, leyes 1 y 11.

<sup>114</sup> CCFr. (1804), art. 896.

<sup>115</sup> CC. Guatem. I, arts. 832-838.

«El testador puede nombrar sustituto que reciba la herencia en lugar del heredero instituido: 1º Para el caso en que el heredero muera antes que el testador; 2º Para el caso en que el heredero muera sin poder hacer testamento por falta de edad o por ser fatuo o loco; 3º Para el caso en que el heredero no acepte o renuncie la herencia».

Como se ve, en efecto, los números 1 y 3 contienen la sustitución vulgar, mientras el número 2 la pupilar y ejemplar. En la regulación que sigue, nada dice el código sobre las sustituciones «compendiosa» ni «brevilocua». Tampoco en este título se habla de la sustitución fideicomisaria; pero a ella se refiere el artículo 703: «Se prohíbe a los testadores: 2º Instituir herederos fideicomisarios», en lo que nuevamente debemos ver una influencia del *Code Civil*.

**4.4** El título 5º: *De las sustituciones*, del libro sobre sucesiones del proyecto de Código Civil chileno de 1841-1845 quedó en su mayor parte reservado a la sustitución vulgar, y así lo dejó dicho expresamente Andrés Bello en la larga nota adosada a la mencionada rúbrica del Proyecto de 1841-1845. En la cual nota hizo observar, además, que la sustitución recíproca no se diferencia de la vulgar, como ya los autores antiguos habían advertido,<sup>116</sup> pese a lo cual la trató, no en general, sino para situaciones especiales.<sup>117</sup> Nada dijo en la nota sobre la sustitución compendiosa, lo cual se entiende, porque suponiendo ella una conversión entre distintas clases de sustituciones, ya no tiene lugar desde que no se acepta más que una clase. Pero justificó ampliamente por qué debían abolirse las sustituciones pupilar y ejemplar, al considerar injusto que el padre hiciera el testamento del hijo impúber o demente, y más duro aún que ese testamento del padre comprendiera no solo los bienes que él dejaba al hijo más también los que este ganara para sí después de la muerte de su padre. Además, hizo ver que estas sustituciones, en cuanto recaen sobre la legítima del hijo, la gravan, en contradicción con el principio de no poderse imponer gravámenes ni condiciones a las legítimas; y en cuanto recaen sobre la parte de libre disposición, son innecesarias, porque los bienes pertinentes «puede dejarlos al hijo con todas las cargas que quiera, y por consiguiente, con la de sustitución, si el hijo fallece en edad pupilar»<sup>118</sup> (o en estado de demencia), con lo cual parece querer indicar que las sustituciones pupilar y ejemplar podrían establecerse a título de carga sobre la cuota de libre disposición dejada al hijo impúber o demente.

En cuanto a la sustitución fideicomisaria, Bello nos reserva una sorpresa. Contrariamente a la línea francesa que habían seguido los tradicionalistas códigos boliviano y peruano, la aceptó, con limitaciones solo dirigidas a evitar las vinculaciones que

<sup>116</sup> Véase la nota 100.

<sup>117</sup> Proyecto de 1841-1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, tít. 5º, art. 4: «Si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios de cuota [...]. Si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios que no sean de cuota [...]».

<sup>118</sup> Proyecto de 1841-1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, tít. 5º, nota a).

habían sido la causa de su supresión en la legislación francesa que actuó bajo el influjo antifeudal de la Revolución.

De esta manera, pues, el artículo 1.156 del código chileno declara: «La sustitución es vulgar o fideicomisaria». Este artículo encabeza el párrafo 9º del título 4º, del libro III, que, como anunciamos, trata preferentemente de la sustitución vulgar. La fideicomisaria aparece completamente regulada en el libro II, al cual se remite el inciso 2º del artículo 1.164, después de solo definirla, y sin perjuicio de un par de reglas adicionales destinadas a definir las relaciones entre ambos tipos de sustitución.

La definición reza así: «Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria. La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título De la propiedad fiduciaria».

A esta va dedicado el título 8º del libro II: *De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria*. Su artículo 733 dice: «Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición». El código chileno, pues, trató el asunto no tanto desde el punto de vista del acto de designar a un sustituto fideicomisario, sino desde aquel del efecto que produce la sustitución en la relación jurídica con el bien objeto de la disposición. Además, permitió que la propiedad fiduciaria pudiera ser establecida por instrumento público entre vivos sobre uno o más cuerpos ciertos, y no solo por acto testamentario sobre una herencia o una cuota de ella.<sup>119</sup> Así, el fideicomiso consiguió un alcance general que lo destacó del derecho sucesorio.

Para conjurar el temor que había angustiado a los codificadores franceses y que de ellos había pasado a los hispanoamericanos, el código chileno adoptó varias medidas: i) el fideicomiso supone siempre la condición legal tácita, que también puede expresarse, por cierto, de existir el fideicomisario o su sustituto a la época de la restitución;<sup>120</sup> ii) toda condición de que penda la restitución del fideicomiso y que tarda más de 30 años en cumplirse, contados desde la delación, se tendrá por fallida, salvo si la condición es la muerte del fiduciario;<sup>121</sup> iii) se prohibió constituir dos o más fideicomisos sucesivos, para que así el fideicomisario jamás quede obligado a restituir a otro fideicomisario;<sup>122</sup> iv) la propiedad fiduciaria puede libremente enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, solo con la carga de mantenerla indivisa y sujetas, por cierto, al gravamen de restitución;<sup>123</sup> v) se permitió la imposición de hipotecas, censos, servidumbres y otros gravámenes reales a la propiedad fiduciaria, aunque asimilada a las propiedades de las personas que viven bajo tutela o curaduría,

<sup>119</sup> CCCh. (1855), arts. 734 y 735.

<sup>120</sup> CCCh. (1855), art. 738.

<sup>121</sup> CCCh. (1855), art. 739.

<sup>122</sup> CCCh. (1855), art. 745.

<sup>123</sup> CCCh. (1855), art. 751.

lo que implica autorización judicial para imponer tales gravámenes;<sup>124</sup> vi) si el fideicomisario fallece antes de la restitución, no trasmite derecho ni expectativa algunos sobre el fideicomiso a sus sucesores.<sup>125</sup>

Merced a estas disposiciones, que impiden la perpetuación de los fideicomisos y la vinculación de las propiedades, la sustitución fideicomisaria fue convertida en una figura inocua para el libre tráfico de los bienes. De esta manera, Bello supo resistir al histerismo que la rodeó desde fines del siglo XVIII, y supo conservar equilibradamente una institución que puede prestar sus servicios.

El régimen chileno de sustituciones fue extendido a El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente a Venezuela (1860), por más tiempo a Nicaragua (1867-1904) y a Honduras en su primer código (1880-1899).

**4.5** El código uruguayo de 1868, que dedica a esta materia la sección 2º del capítulo 3º, título 4º, del libro III, estrechó al máximo el ámbito de la sustitución, y declaró a la vulgar como la única reconocida por la ley,<sup>126</sup> no bien el proyecto de Acevedo de 1852 reconociera además a la pupilar y a la ejemplar.<sup>127</sup> Pero en esto, como a través de toda la sección, recogió la regulación emanada del proyecto de García Goyena.<sup>128</sup> Esto implicó desconocer las sustituciones pupilar, ejemplar y compendiosa; no necesariamente la recíproca, que se combina bien con la vulgar, y de hecho aparece supuesta, aunque no definida, en ese código.<sup>129</sup> En lo relativo a la sustitución fideicomisaria, el artículo 840 declaró: «Todo fideicomiso es nulo, cualquiera que sea la forma con que se le revista».<sup>130</sup>

El mismo derrotero siguió el código argentino de 1869, adoptado en Paraguay en 1876. También Vélez recogió muy de cerca la regulación concebida por García Goyena. Además, dejó escrita en nota su condena a toda otra sustitución que no fuera la vulgar. Después de describir las seis clases reconocidas por el derecho castellano, añade: «Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones»,<sup>131</sup> incluidas, por cierto, las fideicomisarias.

<sup>124</sup> CCCh. (1855), art. 757.

<sup>125</sup> CCCh. (1855), art. 762.

<sup>126</sup> CC. Urug. (1868), art. 833.

<sup>127</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto*, arts. 1016-1021 (vulgar), 1022-1026 (pupilar) y 1027-1029 (ejemplar). En la nota 6 al artículo 1015 (p. 207) declara, como hacían los autores más antiguos (véase la nota 100), que las sustituciones compendiosa y brevilocua son formas de sustituir. De este modo, las consideraba incluidas en las que reguló.

<sup>128</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, artículos 629 a 639, II, pp. 79-88.

<sup>129</sup> CC. Urug. (1868), art. 837: «Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos [...]».

<sup>130</sup> También tomado de GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias* [128]. art. 635, II, p. 83.

<sup>131</sup> CC. Arg. (1869), nota al art. 3724.

4.6 Esta progresiva eliminación de toda sustitución que no fuera la vulgar quedó interrumpida por el código mexicano de 1870, que, amén de aquella, aceptó la pupilar y la ejemplar, aunque no la fideicomisaria. El artículo 3.621 de este código describió la sustitución vulgar en los términos convencionales. El artículo 3.625 declaró: «A los varones menores de catorce años y a las mujeres menores de doce, pueden nombrar sustituto el padre o ascendientes bajo cuya potestad se hallen, para el caso de que mueran antes de la edad referida: esto es lo que se llama sustitución pupilar».

Y el artículo 3.626, a su vez, dijo: «El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad, que conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental: esto es lo que se llama sustitución ejemplar».

En fin, el artículo 3.631 fulminó una consabida abolición: «Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, y cualesquiera otras diversas de las tres consignadas en este capítulo, sea cual fuere la forma de que se las revista».

4.7 El código nicaragüense de 1904 volvió a la tradición legislativa que limitaba la sustitución a la vulgar: «La sustitución vulgar es la única permitida por este código», después que el país se rigió por la fórmula chilena que aceptaba además, la fideicomisaria, entre 1867 y aquel año. Algo parecido ocurrió en el tercer código hondureño, el de 1906: solo permitió la sustitución vulgar según su modelo habitual, el código chileno, pero no la fideicomisaria que encontró ahí pero desechó.<sup>132</sup>

## 5. LA MEJORA DE TERCIO<sup>133</sup>

5.1 El derecho castellano conoció una muy especial asignación denominada «mejora»<sup>134</sup> y, por su cuantía, «mejora de tercio». De remoto origen visigótico, fue reglada en el Fuero Real;<sup>135</sup> y aunque abolida por las *Partidas*,<sup>136</sup> reapareció en las *Leyes del*

<sup>132</sup> CC. Hond. III (1906), art. 1139.

<sup>133</sup> JORDÁN, I. – DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 3, cap. 2, párr. 3, pp. 117-119; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 6, pp. 194-217; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, lib. II, tít. 2, cap. 4, pp. 349-368.

<sup>134</sup> Sobre la mejora en los antiguos pueblos romano-germánicos: TAMASSIA, Nino, «La 'melioratio' dei figli nell'antico diritto hereditario germánico» (1921), después en EL MISMO, *Scritti di storia giuridica*, Padova, Cedam, 1969, Vol. III, pp. 585 ss. En el derecho español: DE LACOSTE, Jorge, *La mejora. Su origen y desenvolvimiento en el derecho español. Su comparación las instituciones similares del derecho extranjero*, trad. cast. Madrid, Reus, 1913; OTERO, Alfonso, «La mejora del nieto», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 31, 1961, pp. 389 ss.; EL MISMO, «La mejora», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 33, 1963, pp. 5 ss.; TAU, *Esquema*, pp. 52 s.; PÉREZ DE BENAVIDES, Manuel María, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, Universidad de Granada, 1975, pp. 107 — 118; SALINAS, Carlos, «Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejoras en nuestra legislación civil», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 2, Valparaíso, 1977, pp. 143 ss.; LEVAGGI, A., *Manual*, II, pp. 246 s.; LETINIER, Rosine, «Abrogata legis illius sententia'. A propósito del enigma contenido en la ley 'dum illicita' de Chisdasvinto» (LV. IV, 5, 1), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 69, 1999, pp. 367 ss.

<sup>135</sup> F. Real lib. III, tít. 5, ley 10.

<sup>136</sup> Part. V, tít. 4, ley 3; VI, tít. 1, ley 17.

*Estilo*,<sup>137</sup> y fue confirmada y regulada con detalle en las leyes 17 a 28 de Toro, de 1505, todas recogidas en la *Nueva Recopilación* (1567), y posteriormente en la *Novísima* (1805).<sup>138</sup> El derecho castellano sobre la mejora fue enteramente aplicable en Indias.<sup>139</sup>

En principio, la mejora era una asignación testamentaria, pero admitía ser atribuida por contrato entre vivos.<sup>140</sup> Ella resultaba posible cuando un causante dejaba descendientes legítimos. Teniendo presente que en el derecho castellano tales descendientes, *per capita* o *per stirpes*, eran herederos forzosos, entre quienes, por ende, el ascendiente que otorgaba testamento debía distribuir su patrimonio, le estaba consentido, empero, hacer dos reservas sucesivamente previas: en primer lugar, de un quinto para asignaciones «por su alma» o para extraños; lo cual es propiamente una cuota de libre disposición;<sup>141</sup> y enseguida, de un tercio, deducido el quinto, para mejoras entre sus descendientes;<sup>142</sup> ambas cosas, fueran en vida o por testamento, pero en total solo una vez,<sup>143</sup> vale decir, no hasta un quinto en vida y otro en muerte, ni hasta un tercio en vida y otro en muerte, mas hasta un tercio y un quinto en vida y muerte. El patrimonio remanente, esto es, el total sin el quinto, y sin el tercio del total menos el quinto, era la parte legitimaria porque de ella salían las «legítimas», que el testador debía destinar a sus hijos por cabezas, o por la stirpe de las cabezas faltantes. En lo que atañe al tercio para mejoras, que es el que nos interesa, el testador disponía de libertad para hacer las distribuciones que quisiera, en vida a título gratuito, o por testamento, pero solo entre sus descendientes, fueran o no legitimarios.<sup>144</sup> Podía, por ejemplo, asignar todo el tercio a un solo hijo de los varios que tuviera, o repartirlo entre todos por partes iguales o desiguales; o destinar todo el tercio solo a un nieto sin asignar nada a sus hijos y demás nietos; o repartirlo por partes iguales o desiguales entre sus nietos, o entre sus hijos y nietos; también podía dejar una parte del tercio, la que estimare conveniente, a un hijo, otra al hijo de este, su nieto, una nueva porción a otro nieto sin dejarle ninguna al padre de este, hijo del testador; todavía podía asignar otra porción a un bisnieto, saltando o no a su padre y abuelo, etcétera.

El tercio de mejoras, en consecuencia, no era de libre disposición, no era porción legitimaria ni era asignación forzosa. Lo primero, porque, de ser asignado, debía serlo

<sup>137</sup> L. Est. 240 y 241.

<sup>138</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6.

<sup>139</sup> SEOANE, María Isabel, «Instrumentos testamentarios para desigualar patrimonialmente a la descendencia legítima. Apuntes para el estudio de la mejora en la praxis testamentaria bonaerense del siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, Vol. 28, Buenos Aires, 2000, pp. 585 ss.

<sup>140</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 1 y 7.

<sup>141</sup> JORDÁN DE ASSO I. —DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 3, cap. 2, párr. 3, p. 117; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 6, párr. 1, p. 195; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 3, párr. 13, p. 345.

<sup>142</sup> Las cuotas de quinto y tercio se consideran en relación con el valor que lo bienes del difunto tuvieron al tiempo de morir y no al tiempo de hacerse el testamento (*Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 7).

<sup>143</sup> *Nov. Recop.*, lib. X, tít. 20, ley 8.

<sup>144</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 5, ley 2.

a los descendientes y no podía ir a otros parientes y menos a extraños; lo segundo, porque podía ser asignado a un descendiente que no fuera legitimario, como un nieto cuyo padre viviera; y lo tercero, porque el testador podía decidir no hacer ninguna repartición del tercio, caso en el cual no iba de todos modos a los mejoreros, sino que acrecía a la porción legitimaria en beneficio de los hijos, por cabezas o estirpes de cabezas faltantes, y en perjuicio de las estirpes sin cabeza faltante que no eran, por ende, legitimarios aunque si mejoreros. De la mejora, lo único que se puede decir es que se trababa de una asignación voluntaria de libre distribución entre los descendientes.

Ahora bien, el testador, que era libre de asignar el quinto de sus bienes a quien quisiera, bien podía asignarlo a alguno o varios de sus descendientes, al que quisiera, o a todos (en las proporciones que arbitrara). En tal caso, el favorecido quedaba en mejor posición sucesoria que los hijos que solo recibían su legítima. Incluso podía acumular una asignación con cargo al quinto de libre disposición en favor de un descendiente a la mejora con cargo al tercio en favor del mismo descendiente, caso en el cual este resultaba doblemente mejorado. Tal era una práctica seguramente extendida ya al tiempo de las leyes de Toro (1505), puesto que ellas frecuentemente hablan de «mejora de tercio y quinto» en relación con los descendientes.<sup>145</sup> Y en la práctica, se debió de denominar «mejora» a la porción del quinto, precisamente porque, asignada a un descendiente, cumplía la función de «mejorarlo» de situación sucesoria frente a los demás ascendientes, si bien en rigor y desde un punto de vista técnico no era mejora, sino cuota de libre disposición, lo que se podía observar más nítidamente cuando era destinaba a un pariente lejano o a un extraño, pues entonces ya no podía cumplir la función de mejorar.<sup>146</sup> Estas posibilidades, todavía frecuentemente recurridas en la práctica de fines del Antiguo Régimen,<sup>147</sup> se reflejaron en la rúbrica *De las mejoras de tercio y quinto a favor de los hijos y descendientes* del título 6º, del libro X, de la *Novísima recopilación*, bajo la cual se reunió las leyes de Toro (1505) sobre la materia.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Por ejemplo: en la ley 19 («el tercio e quinto de mejoría en que lo haya el fijo o fijos o nietos que ellos [el padre o la madre] mejoraren»); en la ley 20 («el valor del tercio ni del quinto de mejoría que el testador oviere fecho a alguno de sus fijos o nietos»); en la ley 21 («el hijo u otro cualquier descendiente mejorado en tercio o quinto»); en la ley 22 («si el padre o la madre [...] prometió por contracto entre vivos no mejorar a alguno de sus fijos o descendientes [...], en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto»).

<sup>146</sup> TAPIA, E., *Febrero novísimo*, lib. II, tít. 2, cap. 3, párr. 14, p. 346, explica que se habla de «mejorar en tercio y quinto» cuando las respectivas asignaciones se hacen en favor de los descendientes, lo que implica que si la de quinto se hace en favor de parientes colaterales o de extraños, ya no cabe hablar de mejora en quinto.

<sup>147</sup> SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 6, párr. 1, p. 195: «Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos que nos las contengan».

<sup>148</sup> ROMERO VEITZ, Manuel, *La fórmula mejora de tercio y quinto y el sentido de la voz 'mejora' en el derecho hereditario español*, Madrid, 1935.

La mejora de tercio ofrecía todavía otras particularidades, varias de ellas en contraste con las legítimas: i) admitía condiciones, gravámenes, mayorazgos, fideicomisos y vínculos, con tal que cedieran a favor de los descendientes legítimos,<sup>149</sup> a diferencia de las legítimas que no aceptaban nada de esto; ii) toleraba ser objeto de promesas entre vivos a los descendientes, en orden a que el causante se obligara a mejorar a alguno de ellos, y a que, en caso de contravención, se tuviera por asignada la mejora prometida; o bien a no mejorarlo por alguna causa onerosa, de modo que si se vulnerare la promesa no valiera la mejora,<sup>150</sup> lo que no era posible con respecto a las legítimas; iii) el causante podía señalar los bienes determinados que fuesen objeto de la mejora, con tal que su valor no excediera la cuota de tercio,<sup>151</sup> mas no debía delegar esta facultad,<sup>152</sup> nada de lo cual se podía hacer en relación con las legítimas; iv) si el causante hacía alguna donación entre vivos al descendiente, se imputaba lo donado a mejora en cuanto cupiera en ella, aunque no dijera que era mejora,<sup>153</sup> por lo cual se puede decir que esta se presumía; v) la mejora era revocable hasta la hora de la muerte, salvo si, hecha por contrato, se había entregado la posesión de los bienes integrantes de la mejora en vida, u otorgado escritura ante escribano que fue pasada al mejorado, o cuando el contrato se hizo con terceros por causa onerosa, como casamiento; pero aun en estos casos era posible la revocación de la mejora, cuando el otorgante se había reservado una facultad en ese sentido, o si el causante procedía a ella fundado en las causas generales de revocación de las donaciones,<sup>154</sup> como ingratitud o enajenación de las especies constitutivas de la mejora, si se señalaron;<sup>155</sup> la legítima, en cambio, era irrevocable; vi) la mejora valía aunque el testamento se rompiera por preterición o exheredación injusta;<sup>156</sup> vii) el mejorado podía repudiar la herencia a él deferida, y aceptar, empero, la mejora asignada, asumiendo las deudas hereditarias a prorrata;<sup>157</sup> y viii) la facultad de mejorar no se podía otorgar a un comisario.<sup>158</sup>

La mejora de tercio, por supuesto, fue derecho vigente en Indias.<sup>159</sup>

<sup>149</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 11.

<sup>150</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 6.

<sup>151</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 3 y 4.

<sup>152</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 3.

<sup>153</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 10; tít. 20, ley 8.

<sup>154</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 1.

<sup>155</sup> Part. VI, tít. 9, ley 40.

<sup>156</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 8.

<sup>157</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 5.

<sup>158</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1; *cf.* lib. X, tít. 6, ley 3.

<sup>159</sup> El tema es expuesto por Álvarez, J. M., *Instituciones*, lib. II, tít. 18º, I, pp. 225 ss.

5.2 Veamos ahora cómo se comportaron los códigos sujetos a nuestro examen frente a la mejora.<sup>160</sup>

El capítulo 16º: De las mejoras o liberalidades permitidas a los testadores, del título 1º, del libro III, del código boliviano de 1830, pasado a la parte civil del código General de Costa Rica de 1841<sup>161</sup> por intermediación del Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano de 1836,<sup>162</sup> recogió nuevamente de manera fiel el derecho castellano-indiano de la mejora de tercio. Dicho capítulo trata, en realidad, de las mejoras de tercio y de quinto. Después que su artículo 570 se refiere a esta última, concibiéndola como cuota de libre disposición, a la que nos referiremos después, el artículo 571 añade que los padres y ascendientes: «Pueden asimismo disponer del tercio, entre todos sus hijos. Bajo la palabra ‘hijos’ son comprendidos para estas liberalidades, todos los descendientes en línea recta vivan o no las personas intermediarias».

Por su lado, el artículo 577 expresa: «Si se hubiese hecho ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, a no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario, o tuviese hecha de antemano irrevocablemente la de tercio».

Ambas disposiciones describen, pues, la tradicional mejora de tercio deducido el quinto, con una modificación en este último punto al antiguo derecho: el testador puede disponer que primero se deduzca el tercio; y lo mismo se hará si aquel hubiera hecho de antemano la mejora de tercio de manera irrevocable.

Se observará que la mejora boliviana se ciñe en casi todo a la castellana: desde luego en la cuantía de tercio, pero también en lo que atañe a quienes son mejoreros, es decir, los descendientes, aunque no sean legitimarios; y en fin, en lo relativo al modo de calcularla, que es después de deducido el quinto; y solo se aparta de aquella en este último tema en cuanto además hace posible la inversa, como vimos.

Lo propio ocurre en los detalles del régimen: i) la mejora de tercio se puede conceder por testamento o por contrato entre vivos; ii) concedida en testamento, puede variarse o revocarse, incluso por contrato, hasta el momento de la muerte, excepto si el contrato se celebró con un tercero por causa onerosa o remuneratoria, cuando se puso al mejorado en posesión de los bienes o se le entregó el instrumento de la mejora ante escribano;<sup>163</sup> pero aun así pueden revocarse, si el instrumento contiene cláusula de reserva de este derecho o por ingratitud;<sup>164</sup> iii) en especial, vale la promesa hecha en escritura pública por un ascendiente a alguno de sus descendientes de mejorarle por casamiento u otra causa onerosa, o de no mejorar a ningún descendiente,

<sup>160</sup> No he podido ver: BRUN, R., *La quotité disponible et l'institution des 'mejoras' dans les législations espagnole et hispanoaméricaines*, Paris, 1931.

<sup>161</sup> C. Gral. C. Rica I (1841), *Parte civil*, arts. 575 a 589.

<sup>162</sup> CC. Santa Cruz del Est. Nor-Peruano (1836), arts. 574 a 590.

<sup>163</sup> CC. Bol. I (1830), art. 573. *Cf. Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 1.

<sup>164</sup> CC. Bol. I (1830), art. 574. *Cf. Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 1.

salvo que la contraparte remitiese por instrumento la obligación contraída;<sup>165</sup> iv) el causante puede señalar los bienes sobre qué recae la mejora;<sup>166</sup> v) si esta consiste en bienes determinados y el causante los enajena en vida, queda revocada la mejora; pero si los recupera, se convalida;<sup>167</sup> vi) la cuota de tercio de los bienes se considera según el valor que estos tuvieron al tiempo de morir el testador y no al de haber hecho el testamento;<sup>168</sup> vii) el mejorado puede aceptar la mejora y repudiar la herencia, asumiendo las deudas hereditarias a prorrata.<sup>169</sup>

Con todo, el código introdujo algunas leves modificaciones: las liberalidades testamentarias o entre vivos de ascendientes a descendientes se entienden como anticipación de legítimas, en contra del viejo derecho que las imputaba a mejora.<sup>170</sup> Si los bienes en que consiste la mejora son hipotecados por el causante por deudas suyas, se entiende revocada la mejora;<sup>171</sup> pero subsiste si la hipoteca fue por deudas ajenas.<sup>172</sup> La mejora solo admite la carga de pagar el mejorado los gastos de funeral del causante, y ningún otro gravamen.<sup>173</sup>

Se trata de innovaciones menores, que solo ponen más de manifiesta la general adhesión de la mejora boliviana a la castellano-indiana.

**5.3** También el código peruano de 1852 dio acogida a la mejora de tercio, pero solo en su idea esencial, no en los detalles del régimen antiguo.

El título 12º: De las mejoras, de la sección 4º, del libro II, trata el tema de su rúbrica. Su artículo 696 recoge la antigua mejora de quinto de libre disposición. Ahora bien, el artículo 735 estableció: «Los ascendientes pueden disponer hasta del tercio de sus bienes para mejorar a sus descendientes [...]», con lo cual dio entrada a la mejora de tercio; con este añadido: «[...] pero en caso de ejercer esta facultad, pierden la de disponer del quinto que tenían por el artículo 696», salvo que se hubiera dispuesto del quinto a favor de los hijos ilegítimos cuando no son herederos,<sup>174</sup> caso en el cual se deduce primero el quinto.<sup>175</sup> En otras palabras, el código en examen no permitió la acumulación de las mejoras de tercio y quinto, como era en el antiguo derecho, y solo dio la alternativa de una u otra a los testadores, excepto en el caso de las asignaciones

<sup>165</sup> CC. Bol. I (1830), art. 575. Cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 1, 6 y 7.

<sup>166</sup> CC. Bol. I (1830), art. 579. Cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 3 y 4.

<sup>167</sup> CC. Bol. I (1830), art. 581. Cf. Part. VI, tít. 9, ley 40.

<sup>168</sup> CC. Bol. I (1830), art. 584. Cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 7.

<sup>169</sup> CC. Bol. I (1830), art. 586. Cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 5.

<sup>170</sup> CC. Bol. I (1830), art. 576. La regla inversa en *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 10; tít. 20, ley 8.

<sup>171</sup> CC. Bol. I (1830), art. 582. La regla contraria en TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 5, párr. 20, p. 376.

<sup>172</sup> *Ibidem.*

<sup>173</sup> CC. Bol. I (1830), art. 585. La regla más amplia del antiguo derecho en *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 11.

<sup>174</sup> CC. Perú II (1852), art. 736.

<sup>175</sup> CC. Perú II (1852), art. 749.

a hijos ilegítimos. Como en el antiguo derecho, son mejoreros los descendientes aunque no sean legitimarios, vale decir, aunque vivan las personas intermediarias. Así, el abuelo puede mejorar al nieto, no bien viva su padre.<sup>176</sup>

El código peruano estableció ciertas limitaciones a la mejora, que no existían en el derecho castellano indiano, consistentes en que: i) la mejora de un descendiente no pueda exceder al doble de la asignación de otro no mejorado;<sup>177</sup> y ii) a causa de las mejoras que se hagan a los nietos y demás descendientes nunca se acumulan por legítimas y mejoras en la línea de un hijo más del doble de la legítima de otro hijo no mejorado, so pena de reducción a prorrata.<sup>178</sup> Además, no admitió como válida la promesa de mejorar,<sup>179</sup> que el derecho anterior aceptaba plenamente; y solo autorizó, en contra de este, que la mejora sea asignada por testamento, vale decir, eliminó la posibilidad de otorgarla por contrato entre vivos.<sup>180</sup> También en contra del derecho antiguo, prescribió que lo recibido a cualquier título por los descendientes con derecho de heredar fuera anticipo, no de mejora, sino de legítima, a menos que el testador declarara en su testamento que fue mejora;<sup>181</sup> lo que equivale a no presumirla, como sí se presumía en el derecho anterior.

El código de Guatemala de 1877<sup>182</sup> recogió la mejora de tercio del peruano de 1852, pero con un par de modificaciones. Por un lado, la mejora de tercio nunca impide la mejora de quinto,<sup>183</sup> como en el derecho anterior y en contra del peruano, en donde, por regla general, se impide la acumulación; por otro, habiendo descendientes legítimos e ilegítimos, se puede mejorar a ambas clases.<sup>184</sup> Este código, además, se abstuvo de recibir las limitaciones cuantitativas que el peruano establecía a las mejoras.<sup>185</sup>

**5.4** También el código chileno de 1855 conservó la mejora, aunque con modificaciones. Desde los comienzos, empero, Bello no fue partidario de esta asignación. Escribía en 1842: «En este proyecto [...] se suprime la mejora de tercio, invención peculiar de los godos».<sup>186</sup> Secuaz de una absoluta libertad de testar, debió resignarse a aceptar las legítimas, pero no renunció a abolir la mejora. Todavía mantuvo este esquema en el Proyecto de 1853. Pero en la revisión a que este último fue sometido entre ese mismo año y 1855, la comisión que lo examinó consiguió restablecer la antigua institución,

<sup>176</sup> CC. Perú II (1852), art. 737.

<sup>177</sup> CC. Perú II (1852), art. 739.

<sup>178</sup> CC. Perú II (1852), arts. 740 y 745.

<sup>179</sup> CC. Perú II (1852), art. 742.

<sup>180</sup> CC. Perú II (1852), art. 741.

<sup>181</sup> CC. Perú II (1852), art. 743.

<sup>182</sup> CC. Guatem. I (1877), arts. 839-846.

<sup>183</sup> CC. Guatem. I (1877), art. 839.

<sup>184</sup> CC. Guatem. I (1877), art. 840.

<sup>185</sup> Véanse las notas 173 y 174.

<sup>186</sup> Proyecto de 1841-1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, tít. 8º, art. 5 inciso 2, nota d).

si bien con rebaja de su cuantía a un cuarto.<sup>187</sup> La nueva estructura pasó al código aprobado en 1855.

Antes de explicar su régimen, conviene dejar dicho que el nuevo código reservó el término «mejora» solo para la mejora propiamente tal, a saber, para aquella que en el derecho castellano-indiano ascendía a un tercio; y evitó denominar con ese mismo término a la cuota de libre disposición, que antes era de un quinto. De esta manera, superó las confusiones terminológicas, que, como vimos, todavía se habían conservado en los códigos boliviano y peruano, en cuanto hubieron de adoptar la nomenclatura de «mejora de tercio y quinto» del antiguo derecho.

El artículo 1.184, inciso 3, del código chileno, en efecto, estableció:

Habiendo tales descendientes [legítimos con derecho de suceder], la masa de bienes [...] se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

Este código, pues, estableció una mejora de cuarto en vez de la antigua de tercio. Mas, como no adoptó el sistema antiguo de calcular la verdadera mejora (la antigua de tercio y de un cuarto ahora) una vez deducida la cuota de libre disposición (un quinto antiguo y un cuarto ahora), ya que ambas se calculan directamente del total, ello implicó que la mejora chilena resultara casi idéntica a la antigua mejora de tercio, como puede verse en el siguiente cuadro, en el que suponemos un patrimonio hereditario de 45, distribuido según las cuotas y el cálculo del derecho castellano-indiano, según las cuotas del derecho chileno pero calculadas de acuerdo con el derecho castellano indiano y según las cuotas y el cálculo del derecho chileno:

	<b>Acervo</b>	<b>Cuota libre</b>	<b>Cuota de mejoras</b>
Cuotas y cálculo castellano-indianos		1/5	1/3 ded. el 1/5
	45	9	12
Cuotas chilenas y cálculo castellano-indiano		1/4	1/4 ded. el 1/4
	45	11,25	8,4375
Cuotas y cálculo chilenos		1/4	1/4 no ded. el 1/4
	45	11,25	11,25

<sup>187</sup> Proyecto Inédito, art. 1345 inc. 3, *passim*.

La razón de 12 a 45 es 3,75 (antiguo tercio) mientras que la de 11,25 es 4 (cuarto chileno). Pero la de 8,4375 es 5,33 (cuarto chileno calculado al modo antiguo). En consecuencia, en los términos de tales razones, a la mejora chilena le faltan tan solo 0,25 (= 3,75-4) para llegar a la antigua; mientras que a la mejora de cuarto calculada una vez deducido el cuarto libre le faltan 1,58 (= 3,75-5,33) para lo mismo, es decir, 6,32 veces más que a la chilena.

Fuera de esta diferencia, amén de alguna otra que veremos, este código recogió en forma bastante fiel los perfiles antiguos de la mejora.

Desde luego, ella puede ser dispuesta libremente por el testador entre sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios, vale decir, aunque vivan las personas intermediarias. Ya lo indica el artículo 1.184, pero lo aclara el inciso 1 del artículo 1.195: «De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes legítimos; podrá pues asignar a uno o más de sus descendientes legítimos toda la dicha cuarta, con exclusión de los otros».

Ella se puede acumular con la cuarta de libre disposición, pero concurre con esta, es decir, no se calcula, como antes, una vez deducida la dicha cuarta.<sup>188</sup> La mejora admite gravámenes, pero siempre a favor de los otros descendientes legítimos,<sup>189</sup> como en el derecho antiguo. Las donaciones hechas a un legitimario se imputan a su legítima y no a mejora, salvo que en el testamento, en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que la donación fue a título de mejora,<sup>190</sup> con lo cual se varió al derecho castellano, que imputaba las donaciones precisamente a la mejora.<sup>191</sup> Quedó admitida, como antes, la promesa por escritura pública entre vivos del causante a un descendiente legítimo que a la sazón era legitimario, en orden a no mejorar a nadie mejorable, de modo que si después contraviniera su promesa, el descendiente tiene derecho a que los asignatarios de la cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechó.<sup>192</sup> En esta materia, pues, el código recogió solo parcialmente el derecho anterior. El contrato es solo para no mejorar, tiene que ser celebrado con un descendiente que a la sazón era legitimario y su infracción acarrea el entero del interés del descendiente con quien contrató el causante, que vio disminuida su legítima con las mejoras asignadas. En el derecho anterior, el contrato de no mejorar podía ser celebrado con cualquier descendiente, aunque no fuera legitimario, y su quebrantamiento conducía a la nulidad de

<sup>188</sup> No hay disposición en el código chileno que así lo establezca, pero se deduce del artículo 1184 inciso 3 CCCh. (1855): «[...] la masa de bienes [...] se dividirá en cuatro partes», de las cuales una es para las mejoras y otra de libre disposición. Por ende, no se sostiene afirmar que la cuarta de mejoras se calcula sobre la masa de bienes una vez deducida la cuarta de libre disposición. Nunca nadie ha pensado tal cosa en Chile.

<sup>189</sup> CCCh. (1855), art. 1195 inciso 2. Cf. *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 11.

<sup>190</sup> CCCh. (1855), arts. 1198 y 1203.

<sup>191</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 10; tít. 20, ley 8.

<sup>192</sup> CCCh. (1855), art. 1204 inciso 1.

las mejoras dispuestas.<sup>193</sup> Ahí mismo, además, se admitía la promesa de mejorar. El código chileno la abolió, lo mismo que a todo otro contrato entre vivos concerniente a la mejora que no fuera la promesa negativa antes examinada: «Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor» dice, en efecto, el artículo 1204 inciso 2.

El régimen chileno de la mejora se extendió a El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente en Venezuela (1860), por más tiempo en Nicaragua (1867-1904) y a Honduras (1880–1899),<sup>194</sup> como consecuencia de la adopción de ese código en los años indicados en cada país.

**5.5** El código uruguayo de 1869 no recogió la mejora, pese a que el proyecto de Acevedo la aceptaba incluso bajo la forma tradicional de mejora de tercio (y quinto).<sup>195</sup> En el mismo sentido se orientó el código argentino de 1869, y con él el paraguay de 1876. Para esos códigos, el término «mejorar» solo alude al efecto de mejorarse a los legitimarios con la cuota de libre disposición, un relicto de la antigua mejora de quinto. Dispuso, en efecto, su artículo 3.605: «De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia pueda ser detraída para mejorar a los herederos legítimos».

La última frase está, pues, directamente encaminada a excluir la verdadera mejora, es decir, la que antiguamente era de tercio.

**5.6** El código mexicano de 1870 hizo una aparente mixtura. Ignoró él a la mejora propiamente tal que antes había sido de tercio, pero conservó la que era de quinto, vale decir, la cuota de libre disposición en función de mejorar a los descendientes, y dio para ella unas reglas que en otros códigos aparecen referidas a la mejora propiamente tal. El asunto aparece, pues, como si este código hubiera aplicado las reglas de la mejora de tercio a la de quinto. Pero en realidad no fue así. Lo que ocurre es que, como veremos, en el antiguo derecho, la mayoría de las reglas de régimen eran comunes a ambas mejoras, y el código en examen las conservó en cuanto también pertenecían a la mejora de quinto que él retuvo. El artículo 3.516 del código de 1870 dijo: «La ley [...] no consiente más alteración en las legítimas asignadas en el capítulo 4º a los herederos forzosos, que la que resulta de la aplicación total o parcial que a uno de ellos haga el testador de su parte de libre disposición. El testador que hace esta aplicación a favor de herederos forzosos, se dice que mejora».

Como se ve, trátase ni más ni menos que de la antigua mejora de quinto, de la cual hablaremos más adelante.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tit. 6, ley 6.

<sup>194</sup> El código hondureño de 1906, pese a basarse casi siempre en el chileno, desconoció la mejora.

<sup>195</sup> ACEVEDO, E., Proyecto, arts. 1030-1047.

<sup>196</sup> Véase el cap. VI.

Incluso en su cuantía, pues habiendo descendientes, las legítimas de estos herederos forzosos es de cuatro quintos en este código,<sup>197</sup> de modo que la porción disponible resulta de un quinto, asignable a extraños o a tales forzosos para mejorarlos.

5.7 Nicaragua, entre 1867 y 1904 se rigió por la mejora chilena, en cuanto el país había adoptado el código de Bello en el primer año de los indicados. El nuevo código de 1904 simplemente desconoce la mejora. Lo propio ocurrió con el código de Honduras de 1906, no bien se basó casi siempre en el chileno. La abrogación de la mejora entonces fue consecuencia del establecimiento de la libertad de testar.<sup>198</sup>

## 6. LA CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN (MEJORA DE QUINTO)<sup>199</sup>

6.1 Al exponer la mejora castellano-indiana, necesariamente hubimos de hablar, aunque parcialmente, de la cuota de libre disposición.<sup>200</sup>

a) Nos referimos a aquella de los testadores que tienen descendientes legítimos, montante a un quinto del patrimonio sucesorio, que no bien de libre disposición en vida a título gratuito o en asignaciones testamentarias para el alma o extraños, o como y a favor de quien se quisiera, en efecto, fue empero llamada «mejora de quinto» por la frecuencia de su empleo en función de mejorar a los descendientes por sobre su legítima. Esta cuota de quinto disponible aparecía en el Fuero Real,<sup>201</sup> que había variado el régimen de las Partidas,<sup>202</sup> y fue confirmada por la ley 28 de Toro recopilada.<sup>203</sup>

Una vez dispuesto el quinto, se podía destinar hasta un tercio para las mejoras propiamente tales; y el remanente debía ser distribuido como legítimas. Ambas cuotas de quinto y de tercio de los bienes debían considerarse según el valor que estos tuvieron al tiempo de morir el testador y no al de haber hecho el testamento.<sup>204</sup>

Varias de las reglas que antes estudiamos a propósito del régimen de la mejora de tercio, en realidad eran también aplicables al quinto de libre disposición en cuanto funcionara como mejora a favor de los descendientes. Así: i) toleraba ser objeto de promesas entre vivos a los descendientes, en orden a que el causante se obligara a

<sup>197</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3463.

<sup>198</sup> CC. Hond. III (1906), art. 979.

<sup>199</sup> JORDÁN DE ASSO, I. – DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 3, cap. 2, párr. 3, p. 117; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 6, párr. 1, pp. 195; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, I, lib. II, tít. 2, cap. 3, párr. s. 13-14, pp. 345 s.; cap. 7, párr. 4, p. 389.

<sup>200</sup> Sobre esta cuota en el derecho castellano más antiguo: GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, «La cuota de libres disposición en el derecho hereditario de León y Castilla en la alta edad media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 9, Madrid, 1932, pp. 129 ss.

<sup>201</sup> F. Real lib. III, tít. 5, ley 9; lib. III, tít. 12, ley 7.

<sup>202</sup> Part. VI, tít. 1, ley 17.

<sup>203</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 20, ley 8.

<sup>204</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 7.

mejorar o a no mejorar en el quinto;<sup>205</sup> ii) el causante podía señalar los bienes determinados que eran objeto de la mejora de quinto con tal que su valor no excediera esta cuota, sin serle posible delegar tal facultad;<sup>206</sup> iii) si el causante hacía alguna donación entre vivos al descendiente, se imputaba lo donado a mejora de quinto (y de tercio) en cuanto cupiera en ellas, aunque no hubiera dicho que era mejora,<sup>207</sup> por lo cual se puede decir que esta se presumía; iv) la mejora valía aunque el testamento se rompiera por preterición o exheredación injusta;<sup>208</sup> v) le era posible al mejorado repudiar la herencia a él deferida y aceptar empero la mejora, asumiendo las deudas a prorrata; y vi) la facultad de mejorar en quinto no se debía otorgar a un comisario.<sup>209</sup>

b) Debemos ahora completar la exposición con la cuota de libre disposición de quienes carecían de descendencia legítima y dejaban, sin embargo, ascendientes legítimos. En tal caso, esa cuota subía a un tercio, de que el descendiente podía disponer en vida a título gratuito o en su testamento en asignaciones.<sup>210</sup> El remanente tenía que ser destinado a las legítimas de los ascendientes. Como se ve, en esta hipótesis no cabía la mejora propiamente tal o análoga a la mejora de tercio de los descendientes; pero tampoco se hablaba de mejora si es que el testador asignaba el tercio de libre disposición a un ascendiente, similar a la mejora de quinto de los descendientes, que en este caso hubiera sido de tercio (pero distinta, por cierto, de la de tercio de los descendientes).

Si el causante carece de descendientes y de ascendientes, puede disponer libremente de todo su patrimonio, a salvo la «cuarta marital» para el cónyuge sobreviviente pobre del que hablaremos después.

c) En las fuentes castellanas del quinto de libre disposición habiendo descendientes legítimos,<sup>211</sup> y del tercio, en caso de haber ascendientes,<sup>212</sup> se señala que tales cuotas pueden ser asignadas «por el alma» del testador, lo cual significaba ser dejada para pagar misas de difuntos en algún templo. Los autores castellanos tardíos señalan lo mismo al pasar.<sup>213</sup> Esto se correspondía con la doctrina de las asignaciones o mandas *pro salute animae* del *ius commune*, que en algunos momentos adquirieron el carácter

<sup>205</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 6.

<sup>206</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 3 y 4.

<sup>207</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 10; tít. 20, ley 8.

<sup>208</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 8.

<sup>209</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 19, ley 1; *cf.* lib. X, tít. 6, ley 3.

<sup>210</sup> *Nov. Recop.*, lib. X, tít. 20, ley 1.

<sup>211</sup> F. Real lib. III, tít. 5, ley 10.

<sup>212</sup> Ley 6 de Toro = *Nov. Recop.*, lib. X, tít. 20, ley 1.

<sup>213</sup> JORDÁN, I. —DE MANUEL, M., *Instituciones*, lib. II, tít. 3, cap. 2, párr. 3, pp. 117: del quinto «se sacan los gastos de entierro, misas, etc.» y del remanente se puede disponer a favor de extraños; SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 6, párr. 1, p. 195: «pueden dejar por su alma y a quien les parezca» el quinto; TAPIA, E., *Febrero novísimo*, lib. II, tít. 2, cap. 3, párr. 13, p. 345: «disponer [...] en favor de extraños o de su alma» del quinto.

de forzosas en varios países europeos.<sup>214</sup> Pero en Castilla: «el quinto disponible cuando quedaban descendientes, nunca se constituyó enteramente en manda para el alma».<sup>215</sup> Y esto explica que los mencionados autores apenas mencionen esta figura, dando por supuesta su completa voluntariedad. Al menos en Indias, empero, esta manera de asignar no fue de hecho infrecuente.<sup>216</sup>

**6.2** El código boliviano de 1830 mantuvo la cuota de quinto como de libre disposición, la reguló como mejora de quinto y la trató junto a la verdadera mejora, la de tercio en el capítulo 16º: De las mejoras o liberalidades permitidas a los testadores, del título 1º del libro III. Dice su artículo 570: «Los padres y ascendientes pueden disponer libremente del quinto de sus bienes entre sus hijos, parientes o extraños, a su arbitrio, siempre que este quinto no se hallare reatado por obligación de alimentos a los hijos ilegítimos».

De acuerdo con el artículo 571, bajo la palabra «hijo» se entiende a los descendientes, vivan o no las personas intermediarias. Por el artículo 577, si se hubieran hecho mejoras de tercio y quinto, se extrae primero esta, y después el tercio, de modo que el remanente es para las legítimas, a no ser que el testador ordene que se saque primero el tercio, o hubiera dispuesto antes del mismo en manera irrevocable. En el resto, las reglas de esta cuota de libre disposición de quinto, que puede funcionar como mejora, son las mismas que rigen para la verdadera mejora de tercio, que antes vimos.<sup>217</sup>

Enseguida, el artículo 572 regula la cuota de libre disposición en el caso en que el causante no tuviere descendientes pero si ascendientes legítimos, en el mismo modo que el antiguo derecho: «Si el testador no tuviere sino ascendientes, podrá disponer del tercio de sus bienes en vida, o al tiempo de su muerte, para hacer las liberalidades que guste, a favor de quien le parezca».

Esta cuota, igual que antes, no viene calificada de mejora.

<sup>214</sup> Sobre las disposiciones pro anima: FALCO, M., *Le disposizione 'pro anima'. Fondamenti dottrinali e forme giuridiche*, Torino, 1910; LEVAGGI, A., *Manual*, II, pp. 238 ss.; BESTA, ENRICO, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, reimp. Milano, Giuffrè, 1961, pp. 119 ss.; COING, H., *Der. priv. europeo*, I, pp. 745 ss. Para el derecho español altomedieval: DE ARVIZU Y GALÁRRAGA, Fernando, *La disposición 'mortis causa' en el derecho español de la alta edad media*, Pamplona, Eunsa, 1977, pp. 145-163. Una visión de conjunto: MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José, *Herencias a favor del alma en el derecho español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s. d. [pero 1944].

<sup>215</sup> LEVAGGI, A., *Manual*, II, p. 248.

<sup>216</sup> El tema es tratado por Álvarez, J. M., *Instituciones*, lib. II, tít. 18º, I, pp. 225 ss. Véase: SEOANE, María Isabel, «Una forma de piedad: la herencia a favor del alma en el Buenos Aires colonial. Apuntes para su estudio», en *Revista de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'*, Vol. 32, Buenos Aires, 1996, pp. 153 ss. LA MISMA, «Los herederos testamentarios en el Buenos Aires colonial. Estudio iushistoriográfico», en *Revista de Historia del Derecho*, Vol. 26, Buenos Aires, 1998, p. 519, ha hallado que un 42,94% de las asignaciones que ahí examina fueron por «el alma».

<sup>217</sup> Véase el cap. V, 1.

En consecuencia, el código boliviano se ciñó completamente al derecho castellano-indiano también en materia de cuotas de libre disposición. El régimen boliviano rigió brevemente en los Estados Nor y Sud-Peruanos en 1836,<sup>218</sup> y de aquel pasó a la parte civil del Código General de Costa Rica en 1841.<sup>219</sup>

**6.3** El código peruano de 1852, y sobre su base el guatemalteco de 1877, en general, adoptó el mismo partido. Su artículo 696 declaró: «Los padres y ascendientes, cuando tienen hijos o descendientes legítimos, o hijos adoptivos, solo pueden disponer libremente hasta del quinto de sus bienes; sea a favor de sus descendientes o deudos, o sea a favor de extraños»,<sup>220</sup> sin perjuicio de la obligación de dejar alimentos a ciertas personas que gravan el quinto.<sup>221</sup> Por cierto, la expresión «sea a favor de sus descendientes» es un relicto de la antigua función de mejorar que este quinto de libre disposición tenía en el antiguo derecho. Con todo, este código no permitió la acumulación de mejoras. Si el testador dispone de la verdadera de mejora de tercio que, como vimos, el código peruano conservó,<sup>222</sup> queda privado de disponer del quinto libre, como lo indica el artículo 736: «[...] pero en caso de ejercer esta facultad [la de mejorar en tercio], pierden la de disponer del quinto que tenían por el artículo 696», salvo si se deja el quinto a favor de los hijos ilegítimos cuando no son herederos, caso en el cual pueden operar ambas cuotas,<sup>223</sup> y entonces primero se deduce el quinto y después el tercio.<sup>224</sup>

El código peruano no reguló juntas la cuota de quinto libre y la de tercio de mejoras, como el boliviano, ni habló de «mejora de quinto». Para él, al parecer, la única mejora es la de tercio y la trata en el título 12º: De las mejoras, de la sección 4ª, del libro II, en tanto del quinto libre trata en el título noveno. De acuerdo con ello, las reglas de la mejora de tercio del título 12º no se aplican al quinto libre del título 9º.

Por otra parte, este código también conservó el tercio de libre disposición en caso de dejar solo ascendientes legítimos el testador, en el artículo 697: «Los hijos o descendientes legítimos, que tengan por herederos forzosos a sus padres o ascendientes, solo tienen la facultad de disponer a favor de deudos o extraños, hasta del tercio de sus bienes».

Algo parecido se lee en el código guatemalteco.<sup>225</sup>

<sup>218</sup> CC. Santa Cruz del Est. Nor-Peruano, arts. 574-576.

<sup>219</sup> C. Gral. C. Rica I (1841), *Parte civil*, arts. 573-577.

<sup>220</sup> CC. Guatem. I (1877), art. 799: pero también en favor de los ilegítimos reconocidos.

<sup>221</sup> CC. Perú II (1852), art. 700.

<sup>222</sup> Véase el cap. V, 3.

<sup>223</sup> CC. Perú II (1852), art. 736.

<sup>224</sup> CC. Perú II (1852), art. 749.

<sup>225</sup> CC. Guatem. I (1877), art. 800: también a favor de los ascendientes ilegítimos que reconocieron a sus hijos.

La antigua idea de que el quinto de libre disposición puede cubrirse con disposiciones «por el alma del testador», el código la trasladó al caso de no tener alguien herederos forzosos, pues entonces: «Puede también disponer de cualquier cantidad, para que se invierta en limosnas de misas, o en otros objetos de piedad o de beneficencia, o en obras públicas».<sup>226</sup>

**6.4** En los primitivos proyectos de código chileno, la cuota de libre disposición ascendía a una mitad de los bienes, y la mitad restante quedaba destinada a las legítimas.<sup>227</sup> Como sabemos, entonces Bello había eliminado la mejora. Tal situación todavía se mantuvo en el Proyecto de 1853,<sup>228</sup> pero fue rectificada en la revisión de que este fue objeto entre ese año y 1855, que dio origen al llamado Proyecto Inédito: en este, la cuota de libre disposición fue rebajada de un medio a un cuarto, porque se introdujo la mejora con cuota de cuarto a favor de los descendientes legítimos,<sup>229</sup> y todo quedó así en el código. Su artículo 1.184, en efecto, dispuso:

La mitad de los bienes [...], se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa./ No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes que el difunto ha podido disponer a su arbitrio./ Habiendo tales descendientes, la masa de bienes [...] se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

De acuerdo con esto, pues, si el difunto dejó descendientes legítimos, la cuota de libre disposición es de un cuarto; si no dejó tales descendientes, pero sí ascendientes legítimos, la cuota de libre disposición es de un medio. El código chileno, pues, con respeto al antiguo derecho aumentó de un quinto a un cuarto la cuota libre, en el primer caso; y de un tercio a la mitad, en el segundo, con lo cual dio más margen a la libertad de testar. En ambos casos, quedó implicado un incremento de la cuota de libre disposición no dependiente absolutamente del modo de calcularla, porque en el antiguo derecho el quinto se calculaba en primer lugar, vale decir, directamente con respecto al todo, igual que en el nuevo el cuarto. Como sabemos, no ocurrió otro

<sup>226</sup> CC. Perú II (1852), art. 702 inciso 2.

<sup>227</sup> Proyecto de 1841–1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, tít. 8º, arts. 5 y 9 inciso 2; Proyecto de 1846–1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, art. 195.

<sup>228</sup> Proyecto de 1853, art. 1345.

<sup>229</sup> Proyecto Inédito, art. 1345.

tanto con respecto a la mejora, que se calculaba antes una vez deducido el quinto, y ahora directamente con respecto al todo.<sup>230</sup>

Esta cuota libre fue la única que aumentó con relación al antiguo derecho; la mejora disminuyó, como vimos, y también la parte legitimaria, como veremos después. La Comisión Revisora del Proyecto de 1853, que reintrodujo la mejora de los descendientes, seguramente consintió en no retornar al régimen castellano indiano de un tercio de mejora deducido el quinto libre y el remanente para legítimas, en obsequio a Bello, quien, como sabemos, se oponía a la mejora y miraba con reticencias a las legítimas.<sup>231</sup>

En cuanto a la vieja costumbre con fundamento legal de hacer asignaciones por el «alma del testador», el código chileno no las invalidó, pero prescribió que debían entenderse hechas a favor de algún establecimiento de beneficencia que designe el Presidente de la República, a menos que el testador especifique de otro modo la inversión.<sup>232</sup>

El sistema chileno de la cuota de libre disposición pasó a El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente a Venezuela (1860), por 37 años a Nicaragua (1867–1904) y a Honduras (1880–1899),<sup>233</sup> como consecuencia de la adopción de ese código en los años indicados en cada uno de estos países.

**6.5** El código uruguayo de 1869 no adoptó el antiguo derecho en materia de cuotas de libre disposición y prefirió recurrir al código francés.<sup>234</sup> Este se inspiraba en el derecho justiniano en cuanto a establecer una cuota de monto variable según el número de hijos dejados,<sup>235</sup> aunque cambió los montos. Según el artículo 913 del *Code Civil*, proyectado en el inciso 1 del artículo 862 del código del Uruguay, habiendo un hijo, la cuota de libre disposición es de un medio; si los hijos son dos, esa cuota baja a un tercio; y siendo 3 o más, se reduce a un cuarto. A falta de descendencia legítima, la porción de libre disposición es de la mitad,<sup>236</sup> y no de un tercio, como antes. Este código no habla de mejora a propósito de las cuotas de libre disposición. En cuanto

<sup>230</sup> Se observará que el código chileno, como ya antes el peruano de 1852, reserva la expresión «mejora» solo para la verdadera mejora (antigua de tercio y de cuarto en el código chileno), mas no para la de libre disposición.

<sup>231</sup> *Supra* V, 4.

<sup>232</sup> CCCh. (1855), art. 1056 inciso 4.

<sup>233</sup> El código de Honduras III, de 1906, pese a estar casi siempre basado en el chileno, estableció la libertad de testar, sin perjuicio de una porción conyugal forzosa (y de la asignación de alimentos).

<sup>234</sup> Pero ACEVEDO, E., Proyecto, art. 1033, aceptaba la cuota de quinto bajo la antigua forma de mejora de quinto.

<sup>235</sup> Iust. Nov. 18: habiendo cuatro descendientes, la porción legítima es de un tercio de la cuota intestada; si son cinco o más, es de una mitad. Nótese que la base de cálculo no es el íntegro patrimonio, sino la porción que hubiera correspondido *ab intestato*.

<sup>236</sup> CC. Urug. (1868), art. 862 inciso 2.

a las disposiciones «en favor del alma», el artículo 812 adoptó el parecer del chileno, en cuanto se entiende hecha en favor de un establecimiento de beneficencia que determine el Presidente de la República.

**6.6** En cambio, el código argentino de 1869 mantuvo el quinto de libre disposición del derecho antiguo, en caso de haber descendientes legítimos,<sup>237</sup> y de un tercio cuando no los hay, pero quedan ascendientes legítimos.<sup>238</sup> Pero este código no empleó la expresión «mejora de quinto», si bien las veces que emplea el verbo «mejorar» alude con él a la función de conceder una ventaja hereditaria a los herederos legítimos (no solo a las descendientes) con cargo a la cuota de libre disposición. Dice, en efecto, su artículo 3.605: «De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia pueda ser detraída para mejorar a los herederos legítimos», en el cual la última frase está destinada, como ya fue advertido,<sup>239</sup> a excluir la verdadera mejora, es decir, la que antiguamente era de tercio. El artículo 3.722 del código argentino acepta las disposiciones en favor del «alma del testador», y manda que se apliquen a sufragios y limosnas; y aunque no las vincula con la porción libre, es claro que piensa en qué deben hacerse con cargo a ella.

Este mismo régimen quedó extendido al Paraguay con la adopción ahí del código argentino en 1876.

**6.7** También el código mexicano de 1870 mantuvo las cuantías de la antigua cuota de libre disposición. Si el causante dejó descendientes legítimos, su porción disponible es, en efecto, de un quinto;<sup>240</sup> cuando, careciendo de estos, deja padre o madre vivos, ella es de un tercio; y monta a una mitad si deja ascendientes de ulterior grado.<sup>241</sup> Como se ve, en este último punto el código de México operó una reforma, pues el antiguo derecho no distinguía entre padres y demás ascendientes. La reforma quizá se inspiró en la solución que había ofrecido García Goyena, pero modificada: según este, la cuota de libre disposición es de un tercio si los ascendientes son dos o más, y de la mitad si es uno solo.<sup>242</sup> El código de México reemplazó el criterio del número de ascendientes dejados por el del grado de la proximidad del grado de los sobrevivientes con el causante.

Ahora bien, estas cuotas de libre disposición vienen consideradas y reguladas como «mejoras» en el código mexicano, indudablemente bajo la influencia de la antigua

<sup>237</sup> CC. Arg. (1869), art. 3605 en relación con 3593.

<sup>238</sup> CC. Arg. (1869), art. 3605 en relación con 3594.

<sup>239</sup> Véase el cap. V, 5.

<sup>240</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3463.

<sup>241</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3468 y 3469.

<sup>242</sup> GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, art. 642, II, p. 93.

mejora de quinto. Su artículo 3.516 dijo: «La ley [...] no consiente más alteración en las legítimas asignadas en el capítulo 4º a los herederos forzosos, que la que resulta de la aplicación total o parcial que a uno de ellos haga el testador de su parte de libre disposición. El testador que hace esta aplicación a favor de herederos forzosos, se dice que mejora».

La frase: «La ley [...] no consiente más alteración en las legítimas asignadas en el capítulo 4º a los herederos forzosos, que [...]» es la manera que tuvo ese cuerpo legal para abolir la antigua mejora verdadera, que era de tercio. Lo que sigue: «[...] la que resulta de la aplicación total o parcial que a uno de ellos haga el testador de su parte de libre disposición. El testador que hace esta aplicación a favor de herederos forzosos, se dice que mejora» es ni más ni menos la antigua mejora que era de quinto, y que en este código siguió teniendo la misma cuantía.

Pero el código mexicano amplió la perspectiva de la antigua mejora de quinto, que en cuanto mejora solo concernía a los descendientes legítimos, a los demás herederos forzosos. En efecto, el transcrito artículo 3.516 no se refiere, como se ve, a tales descendientes, sino precisamente a los herederos forzosos, entre los cuales se cuentan no solo a los descendientes legítimos más también a los naturales, pero también a los ascendientes. No es que en el antiguo derecho, no habiendo descendientes pero sí ascendientes, no se pudiera asignar el tercio de libre disposición propio de este caso, en favor de un ascendiente; solo que entonces ya no se hablaba de mejora (aunque estrictamente se mejoraba la posición del ascendiente favorecido). Para el código mexicano, en cambio, tal asignación es mejora, que en el caso de los ascendientes resulta ser precisamente de tercio, pues la legítima de tales ascendientes es de dos tercios.<sup>243</sup>

En el resto, las reglas de la mejora mexicana son las siguientes, por lo general muy concordantes con las reglas del antiguo derecho para la mejora de quinto: i) las donaciones entre vivos hechas a los herederos forzosos no se reputan a título de mejora, sino de legítima, a menos que el donante declare formalmente su voluntad de mejorar,<sup>244</sup> lo cual no coincide con el antiguo derecho, en que las donaciones se imputaban a mejora de tercio y quinto;<sup>245</sup> pero el aumento de la legítima de un heredero forzoso hecho en el testamento es mejora aunque no se le de tal nombre,<sup>246</sup> lo cual es lógico, pues no existiendo la mejora verdadera y propiamente tal, ¿qué habría de ser?; ii) la promesa de mejorar hecha en escritura pública equivale a mejora,<sup>247</sup> lo cual es una abreviación de la norma antigua que obligaba al promitente a mejorar y, en caso de contravención, declaraba por hecha la mejora;<sup>248</sup> iii) la promesa de no mejorar operada en escritura

<sup>243</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3468.

<sup>244</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3517.

<sup>245</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 10; tít. 20, ley 8.

<sup>246</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3520.

<sup>247</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3518.

<sup>248</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 6.

pública hace nula toda mejora asignada en contravención a la promesa,<sup>249</sup> como en el anterior derecho;<sup>250</sup> iv) el testador puede señalar cosa cierta con que integrar la mejora asignada, en cuanto su valor no exceda la cuantía de libre disposición,<sup>251</sup> como en el derecho anterior;<sup>252</sup> v) el testador no puede cometer la facultad de mejorar ni de señalar la cosa o cantidad en que hayan de consistir la mejora.<sup>253</sup> Esto era así en el derecho precedente,<sup>254</sup> pero en el código mexicano aparece como superfluo desde que él mismo abolió el testamento por procurador.<sup>255</sup> Esto puede explicarse si suponemos que en los primeros proyectos de ese cuerpo legal se aceptaba tal tipo de testamento, de modo de ser consistente como excepción la prohibición de delegar la facultad de mejorar; en un momento posterior se habría adoptado el partido de abolir el testamento por poder, pero inadvertidamente permaneció la antigua excepción, que ahora ya careció de razón histórica. Y, sin embargo, adquirió una razón dogmática: puesto que se puede mejorar entre vivos merced a una donación hecha a título de mejora a un heredero forzoso, nadie podría hacer una donación así por medio de un apoderado, aunque pueda donar sin más a un tal heredero mediante apoderado.

Por lo que atañe a las asignaciones «a favor del alma», el artículo 3445 las entiende hechas en favor de un establecimiento de beneficencia, si no se designó otra obra piadosa.

**6.8** En Nicaragua, desde 1867 rigió el código de Chile y, por ende, su sistema de cuotas de libre disposición. Pero el código de aquel año fue reemplazado en 1904 que concedió una amplia libertad de testar, limitada tan solo por el derecho de alimentos y por la porción conyugal, de modo de haber quedado abolidas las legítimas y la mejora.

## 7. LA PORCIÓN LEGITIMARIA

**7.1** Hemos visto que, según el derecho castellano-indiano, cuando había descendientes, el monto de la cuota de libre disposición era de un quinto, y que el destinado a las mejoras propiamente tales ascendía a un tercio deducido el quinto. De ello se sigue para el caso que la cuantía de las legítimas cubría la mitad del patrimonio más un treintavo del mismo.<sup>256</sup> Supongamos un patrimonio hereditario de 45. Entonces

<sup>249</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3519 y 3668.

<sup>250</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 6.

<sup>251</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3521.

<sup>252</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, leyes 3 y 4.

<sup>253</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3523.

<sup>254</sup> *Nov. Recop.* lib. X, tít. 6, ley 3.

<sup>255</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3375.

<sup>256</sup> No, en consecuencia, los cuatro quintos, como suele decirse: por todos, TAU, V., Esquema, p. 51. Solo llega a los cuatro quintos cuando el testador no dispuso del tercio de mejora deducido el quinto.

su quinto es 9, y el tercio, una vez deducido el quinto, es 12 (un quinto de  $36=45-9$ ). Restan así 24 ( $=36-12$ ) para las legítimas de los descendientes, que equivalen a la mitad del patrimonio original ( $45:2=22,5$ ) más  $1/30$  del mismo ( $45:30=1,5 + 22,5=45$ ). El resumen es este:

	<b>Acervo</b>	<b>Porción libre</b>	<b>Porción de mejoras</b>	<b>Porción legitimaria</b>
Cuotas y cálculo castellano-indianos		1/5	1/3 ded. el 1/5	Rem.te = 1/2 + 1/30
	45	9	12	24

Si no había descendientes legítimos, mas sí ascendientes, entonces las legítimas de los ascendientes llegaban a dos tercios del patrimonio hereditario, cuyo tercer tercio era de libre disposición del testador.

Todo esto no era más que consecuencia del régimen de las cuotas de libre disposición y, cuando había descendientes, de la mejora propiamente tal. Pero es importante presentar así el sistema, vale decir, tomando como referencia a las cuotas o porciones legitimarias, porque de esa manera se apreciará mejor la magnitud de los cambios, cuando los hubo, que introdujo en tales regímenes por el derecho codificado.

Por cierto, esta materia tuvo plena vigencia en Indias.<sup>257</sup>

**7.2** Ya hemos visto que los códigos de Bolivia (1830), Costa Rica (1841), Perú (1852) y Guatemala (1877, derivado del de Perú), Argentina y Paraguay (derivado del de Argentina) y México conservaron el antiguo sistema de cuotas de libre disposición, de un quinto si hay descendientes legítimos y de un tercio si hay ascendientes (padres en México). Pero no en todos se conservó la misma parte legitimaria. En los cuatro primeros países mencionados, la parte legitimaria es de una mitad más un treintavo, igual que antes, como consecuencia de haberse conservado la mejora de tercio deducido el quinto. Pero en los tres últimos, la parte legitimaria es de cuatro quintos, lo que equivale a una mitad más nueve treintavos, porque no persistió la verdadera mejora, ni de tercio ni de ninguna otra cuantía, que cedió en beneficio de la parte legitimaria, restando tan solo la de libre disposición de quinto (aunque pueda funcionar como mejora impropia). En consecuencia, en tales tres países la parte legitimaria se vio aumentada con respecto a la de los tres primeros y del antiguo derecho, como se aprecia en este cuadro comparativo:

<sup>257</sup> El asunto es considerado por Álvarez, J. M., *Instituciones*, lib. II, tít. 18º, I, pp. 223-224.

	Acervo	Porción libre	Porción de mejoras	Porción legitimaria
Cuotas y cálculo castellano-indianos		1/5	1/3 ded. el 1/5	Rem.te = 1/2 + 1/30
	45	9	12	24
Quinto libre sin mejora propiamente tal		1/5		Rem.te = 1/2 + 9/30 = 4/5
	45	9	-	36

**7.3** En Chile y en los países que adoptaron su código, vale decir, en El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente en Venezuela (1860), por más tiempo en Nicaragua (1867-1904) y en Honduras (1880-1899),<sup>258</sup> en cambio, sucedió todo lo contrario: la cuota legitimaria disminuyó, aunque muy levemente, pues al quedar fijada en una mitad, perdió el treintavo que los legitimarios tenían por sobre la mitad en el antiguo derecho. Y, sin embargo, pese a la apariencia en contrario, la reforma chilena fue menos drástica que la operada en Argentina, Paraguay y México, pues la rebaja de la antigua parte legitimaria a una mitad es muy marginal, como marginal es un treintavo, en tanto su aumento a cuatro quintos es asaz sustancial, como sustanciales son nueve treintavos. De hecho, mientras en el sistema chileno ella baja, con respecto al antiguo sistema, en 0,16 quintos (de 2,66 a 2,5 quintos), en el de aquellos países, con igual respecto, sube en 1,34 quintos (de 2,66 a 4 quintos). Estúdiense el siguiente cuadro:

	Acervo	Porción libre	Porción de mejoras	Porción legitimaria
Cuotas y cálculo antiguos		1/5	1/3 ded. el 1/5	Rem.te = 1/2 + 1/30 = 2,66 quintos
	45	9	12	24
Cuotas y cálculo chilenos		1/4	1/4 no ded. el 1/4	Rem.te = 1/2 = 2,5 quintos
	45	11,25	11,25	22,5
Quinto libre sin mejora		1/5		Rem.te = 1/2 + 9/30 = 4/5
	45	9	-	36

<sup>258</sup> El código de Honduras de 1906, como efecto de la libertad de testar que estableció, desconoce las legítimas.

Cierto es que si la mejora chilena de cuarto se hubiera calculado como en el sistema antiguo, es decir, una vez deducida la cuota de libre disposición de un cuarto, se hubiera favorecido a la parte legitimaria, incluso con respecto a como resultaba antiguamente, según se apreciará en este cuadro:

	Acervo	Porción libre	Porción de mejoras	Porción legitimaria
Cuotas y cálculo castellano-indianos		1/5	1/3 ded. el 1/5	Rem.te = 1/2 + 1/30
	45	9	12	24
Quinto libre sin mejora propiamente tal		1/5		Rem.te = 1/2 + 9/30 = 4/5
	45	9		36

En el antiguo derecho, la parte legitimaria sobrepasaba a la mitad en un treintavo; aplicando las cuotas chilenas, pero calculadas al modo antiguo, la hubiera sobrepasado en un dieciseisavo; con el método chileno se fija solo en la mitad.

7.4 Quedan fuera de estos análisis, los códigos de Uruguay (1869), en cuanto inspirado en el sistema francés de cuotas legítimas variables;<sup>259</sup> el nicaragüense de 1904 y el hondureño de 1906, en cuanto estableció la plena libertad de testar, que excluye las legítimas.

## 8. LA CUARTA MARITAL

8.1 Las Partidas habían recogido la idea esencial de la llamada «cuarta uxoria» introducida por Justiniano mediante sendas novelas;<sup>260</sup> en Castilla recibió la denominación de «cuarta marital».<sup>261</sup> Según el libro alfonsino,<sup>262</sup> la mujer viuda que carece de lo suyo para vivir honestamente y cuyo marido no le asignó lo suficiente en su testamento, lo hereda en una cuarta parte del patrimonio, con el límite de 100 libras de oro. Esta porción tiene lugar tanto si la herencia del marido había sido intestada cuanto testada, y se defiere hubiera habido hijos o no, sin especificación de su número, lo cual implica que si la herencia fue intestada, opera lo mismo en el primer orden o de los descendientes, como en el segundo o de los ascendientes.

<sup>259</sup> Aunque Acevedo, E., *Proyecto*, que recogía la mejora de tercio y quinto, reservaba a los legitimarios el remanente, como en el antiguo derecho.

<sup>260</sup> Iust. Nov. 53, 6; 117, 5.

<sup>261</sup> SALA, J., *Ilustración*, I, lib. II, tít. 8, párr. 5, pp. 239- 240; TAPIA, E., Febrero novísimo, lib. II, tít. 2, cap. 8, párr. 52, p. 425.

<sup>262</sup> Part. VI, tít. 13, ley 7.

Tal es, en sustancia, lo que disponen las Partidas en consonancia con las novelas de Justiniano; pero aquellas omiten algunos extremos de la original regulación de aquel. Gregorio López, fiel a su costumbre de adaptar el derecho de las *Partidas* al del *Corpus iuris civilis* —en seguimiento, por lo demás, de las doctrinas del *ius commune* acerca de las relaciones entre este y los derechos municipales— operó una interpretación en su *glossa* dirigida a dicha adaptación, de modo de resultar agregadas muchas normas que no aparecen en las Partidas.

Así, por ejemplo, Justiniano distinguía dos situaciones: si el marido difunto había dejado hasta tres hijos y si había dejado más; en el primer caso, concedía la cuarta parte de la herencia a la mujer; y en el segundo, la cuota viril de un hijo. Las Partidas, como vimos, deliberadamente prescindieron de esta distinción, pues conceden siempre la cuarta, cualquiera que fuera el número de los hijos. Gregorio López, en cambio, glosó de acuerdo con el derecho justinianeo.<sup>263</sup> Con todo, los juristas del siglo XVIII se atuvieron al texto alfonsino.

Por otro lado, las Partidas solo establecían esta porción a favor de la mujer. Pero López la extendió en favor del marido, porque eso es lo que disponían las novelas justinianas.<sup>264</sup> Los juristas del siglo XVIII solieron seguir la glosa gregoriana en este punto; mas, al parecer, la práctica no se les plegó.<sup>265</sup>

En Indias, la materia tenía la misma aplicación que en Castilla.<sup>266</sup>

**8.2.** El código boliviano de 1830, que hasta ahora se nos ha presentado como el más fiel sustentador del antiguo derecho, no actuó así en esta materia. Su artículo 513 dispuso: «Si han quedado viudo o viuda e hijos legítimos, aquel o aquella tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de estos; quedando en consecuencia sin efecto la cuarta marital».

Con esta última frase, pues, el código abolió la institución. En compensación, habiendo hijos legítimos, ordenó que el viudo o viuda tuviese en la sucesión la misma parte que cada uno de estos. Si concurren, además, hijos naturales, la cuota conyugal es la de

<sup>263</sup> LÓPEZ, G., gl. *cuarta parte* a Part. VI, tít. 13, ley 7: «Si tres filii sint vel pauciores, quia si plures sint succedit in virilem» («Si los hijos fueran tres o menos, porque si fueran más, sucede en una parte viril»), y cita la *authentica ut liceat matri* (= Nov. 117, 5).

<sup>264</sup> Iust. Nov. 53, 6; LÓPEZ, G., gl. *desamparadas* a Part. VI, tít. 13, ley 7: «An idem erit in viro in ope uxore praemortente?» («Será acaso lo mismo en el caso de marido pobre habiendo premuerto su mujer?»); su respuesta es positiva con base en textos y autoridades.

<sup>265</sup> TAPIA, E., *Febrero novísimo*, lib. II, tít. 2, cap. 8, párr. 52, p. 425: «Muchos autores dan igual acción al viudo pobre, y aunque parece que hay la misma razón en este caso que en el otro, no he visto que en la práctica se haya adoptado su opinión».

<sup>266</sup> La trata, aunque incidentalmente, ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones*, lib. III, tít.s 11-13<sup>o</sup>, párr. 31, p. 19 nota §, II, p. 19, y manifiesta su duda de que sea admisible después de la *Nov. Recop.* lib. 10, tít. 20, ley 1, pues en el orden de loas ascendientes, a que se refiere esa ley, la cuarta marital no aparece mencionada. Pero llama la atención esta observación, pues, como se recordará, esta cuarta tenía lugar en todos los órdenes intestados y en la sucesión testamentaria.

un hijo legítimo.<sup>267</sup> En la sucesión de los ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente concurre con estos por cabeza.<sup>268</sup> El código no aclara si estas porciones del viudo o viuda tienen lugar también en la sucesión intestada, teniendo presente que en el cónyuge no aparece mencionado en los diferentes órdenes que establece para tal sucesión.

Esta cuota no quedó asociada a la pobreza del viudo, que caracterizaba a la antigua cuarta marital. Ello constituye el punto preciso que permite sostener que hubo abolición y no meramente una reforma acerca del modo de calcular la cuota. La cual, por lo demás, fue concedida no solo a la mujer, más también al marido, como sostenía Gregorio López.

Debe, en fin, advertirse que, pese a todo, el código boliviano no se apartó demasiado de la tradición, pues, como se recordará, Justiniano y, según él, Gregorio López, distinguían si el marido había dejado hasta tres hijos, para conceder la cuarta parte de la herencia a la mujer, y más, para acordarle la cuota viril de un hijo. El código boliviano, pues, optó por esta última solución.

**8.3** El Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano no siguió en esta materia al boliviano, su modelo casi exclusivo. El artículo 634 de aquel, en tema de sucesión intestada, dispuso: «Después de los parientes dentro del cuarto grado, se da sucesión en todos los bienes del difunto al esposo sobreviviente; mas si este fuese la mujer y no tuviese de los suyos, ni le dejase el marido con qué poder vivir bien y honestamente, sucederá en la cuarta parte de la herencia, aun cuando el intestado deje descendientes legítimos».

Se trata, pues, de la antigua cuarta marital a favor de la mujer pobre, que tiene lugar en todos los órdenes de la sucesión intestada, incluso en el de los descendientes legítimos, y en la testamentaria (supuesta en la frase «ni le dejase el marido con qué poder vivir»). Esta disposición pasó al código de Costa Rica<sup>269</sup> de 1841.

**8.4** El código peruano de 1852, también en esta materia siguió su habitual línea tradicionalista. En el libro II, sección 4ª, su título 20º se rubrica De la cuarta conyugal, en donde trata extensamente la materia desde el artículo 918 hasta el 932. Con simplificaciones, este articulado pasó en lo esencial a Guatemala en 1877.<sup>270</sup>

Esta cuarta cuyo cambio de nombre de «marital» a «conyugal» se justifica debido a que fue otorgada también al marido viudo, quedó muy exactamente configurada en el artículo 918 como porción alimenticia: «La viuda que carece de lo necesario para subsistir, heredará la cuarta parte de los bienes del marido que ha muerto con testamento o sin él. El viudo tiene el mismo derecho a la cuarta parte de los bienes

---

<sup>267</sup> CC. Bol. I (1830), art. 514 inciso 3.

<sup>268</sup> CC. Bol. I (1830), art. 514 inciso 1.

<sup>269</sup> C. Gral. C. Rica I (1841), *Parte civil*, art. 634.

<sup>270</sup> CC. Guatem. I (1877), arts. 983-990.

de su mujer, cuando, a más de carecer de lo necesario para vivir, queda inválido, o habitualmente enfermo, o en una edad mayor de sesenta años».

Como se ve, empero, con respecto al marido, hubo una ampliación de las causas para recibir esta cuarta. En compensación, la pobreza solo se exige a la mujer cuando hay descendientes legítimos, más no cuando los herederos son otros.<sup>271</sup> La porción tiene lugar tanto en la sucesión testada como intestada.

El artículo 920 impuso algunas limitaciones: concurriendo descendientes legítimos, la asignación no debe pasar de ocho mil pesos, modernizando así la limitación justinianeo-alfonsina de las cien libras de oro; ni debe sobrepasar a la legítima que obtenga cada heredero. Estas limitaciones no rigen si el fallecido tiene solo ascendientes legítimos, colaterales o extraños como herederos.<sup>272</sup>

La cuarta conyugal se calcula después de deducir las deudas de la herencia y el quinto de libre disposición.<sup>273</sup> Los legados deferidos al cónyuge sobreviviente en el testamento del fallecido y los gananciales conseguidos en el matrimonio con él se imputan a la cuarta, de modo que hay derecho a percibir lo que falta hasta completarla,<sup>274</sup> y si son mayores los legados y gananciales que el monto de la cuarta, esta cesa.<sup>275</sup> El que se casó en artículo de muerte o dio lugar al divorcio por su culpa no tiene derecho a la cuarta,<sup>276</sup> y la pierde el viudo o viuda que vive escandalosamente.<sup>277</sup> Todas estas reglas, que no aparecen en las Partidas, están en las novelas justinianas y en la *glossa* de Gregorio López al texto alfonsino.

**8.5** El código chileno de 1855 recogió asimismo la antigua cuarta marital bajo el nombre de porción conyugal, porque el primero «parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer para el viudo», y aunque las Partidas solo conceden esta asignación a la mujer: «La Comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los dos consortes».<sup>278</sup> Originalmente esta porción ascendía precisamente a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta existentes y conocidos al tiempo de su muerte; pero concurriendo descendientes legítimos, no podía exceder del valor de la legítima de un hijo, y se deducía del cuerpo de bienes antes de proceder al cálculo de las legítimas.<sup>279</sup> En el llamado Proyecto Inédito se perfiló lo mismo en sustancia, pero de

<sup>271</sup> CC. Perú II (1852), art. 926.

<sup>272</sup> CC. Perú II (1852), art. 924.

<sup>273</sup> CC. Perú II (1852), art. 919.

<sup>274</sup> CC. Perú II (1852), art. 928.

<sup>275</sup> CC. Perú II (1852), art. 929.

<sup>276</sup> CC. Perú II (1852), arts. 930 y 932.

<sup>277</sup> CC. Perú II (1852), art. 931.

<sup>278</sup> Proyecto de 1841–1845, libro *De la sucesión por causa de muerte*, tít. 8º, párr. 2º, nota a) a la rúbrica de este último.

<sup>279</sup> Proyecto de 1853, arts. 1336 y 1340. Lo mismo ya era en los proyectos de 1841–1845 y 1846–1847.

forma diferente; y así permaneció en el título 5º, párrafo 2º: De la porción conyugal del libro III del código de 1855.

Su artículo 1172 la definía de esta manera: «La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación».

Ahí, pues, queda claro que la porción conyugal es para el viudo o la viuda, y que solo se defiere cuando uno u otro no tienen bienes suficientes para sustentarse de acuerdo con su estado y posición sociales. En consecuencia, si el cónyuge sobreviviente tiene bienes pero no de tanto valor como la porción, solo podrá reclamar el complemento hasta el monto de esta; al cual se imputa todo lo que el sobreviviente haya de percibir a cualquier otro título en la herencia del difunto, y también la mitad de gananciales, a menos de renunciar a esta.<sup>280</sup> Pero si las asignaciones testamentarias exceden a la porción, el exceso se imputa a la parte de libre disposición.<sup>281</sup> Se le concede, en fin, la facultad de retener sus bienes propios o los que haya de recibir en la herencia a otro título, renunciando a la porción, o bien pedir esta traspasando a la herencia sus otros bienes y derechos.<sup>282</sup>

El código estableció que la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del consorte difunto en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos; y que habiendo tales descendientes, el viudo o viuda debe contarse entre los hijos para recibir como porción una legítima rigurosa de hijo, vale decir, calculada sobre la mitad legitimaria.<sup>283</sup> En el primer caso, la porción o cuarto conyugal es una deducción previa o «baja» general de la herencia, que se calcula antes de proceder a la determinación de las cuotas legitimarias, de mejoras y de libre disposición, de modo de recibir el mismo tratamiento que el costo de los trámites de publicación del testamento, las deudas hereditarias, los impuestos y los alimentos forzosos.<sup>284</sup>

El código chileno, pues, no siguió exactamente al derecho de las Partidas y se acercó más al justiniano y a la *glossa* de Gregorio López, con modificaciones. En este último, como se vio, cuando el marido había dejado hasta tres hijos, se concedía la cuarta parte de la herencia a la mujer; y si había dejado más, se le otorgaba la cuota viril de un hijo. La modificación consistió en prescindir del número de hijos dejados, reemplazando ese criterio por el de si hubo o no hijos, para otorgar la cuarta cuando no los hubo, y la cuota legitimaria viril de un hijo, si los hubo.

El cónyuge por cuya culpa se decretó el divorcio carece del derecho a la porción,<sup>285</sup> como tal derecho se consolida a momento de fallecer el cónyuge, no caduca

<sup>280</sup> CCCh. (1855), art. 1176.

<sup>281</sup> CCCh. (1855), art. 1179.

<sup>282</sup> CCCh. (1855), art. 1177.

<sup>283</sup> CCCh. (1855), art. 1178.

<sup>284</sup> CCCh. (1855), art. 959 N° 5.

<sup>285</sup> CCCh. (1855), art. 1173.

si el sobreviviente adquiere bienes posteriormente, que lo hacen salir del estado de pobreza;<sup>286</sup> y a la inversa, si en ese momento careció del derecho por no ser pobre, no lo adquiere si cayó en pobreza después.<sup>287</sup>

La porción conyugal chilena pasó a El Salvador (1859), Ecuador (1858/1860), Colombia (desde 1858), brevemente a Venezuela (1860), por más tiempo a Nicaragua (1867-1904) y a Honduras (1880-1899), a causa de la adopción del código chileno en cada uno de estos países. Pero en Chile ha tenido avatares lamentables: en 1952, se le sustrajo su carácter alimenticio, lo que se manifestó externamente en la eliminación de las referencias que el código original hacía a la pobreza<sup>288</sup> e internamente en la compatibilización de la porción con las donaciones y asignaciones testamentarias que el sobreviviente reciba del difunto.<sup>289</sup> Más drásticamente aun, en 1998 la porción conyugal fue abolida, y el cónyuge sobreviviente introducido en el número de los legitimarios<sup>290</sup> y en los órdenes de sucesión intestada de los descendientes y ascendientes.<sup>291</sup>

El código uruguayo de 1869 se sumó en esta parte al original chileno. La sección 2ª: De la porción conyugal, del capítulo 4º, título 4º del libro III, acogió plenamente el articulado del código chileno sobre la materia, y, por ende todas las características que la figura presentaba originalmente ahí.<sup>292</sup>

Lo propio hizo el código de Nicaragua de 1904, en cuyo capítulo 2º, del título 22º, del libro II, artículos 1201 a 1209, fueron incorporadas todas las normas que sobre la porción conyugal contiene el código chileno, con un par de aditamentos marginales, pese al general principio de libertad de testar que adoptó. Ahora bien, el código de Chile había estado en vigencia desde 1867 en Nicaragua, por lo que el nuevo de 1904, que lo reemplazó, en esta materia (como en tantas otras, por lo demás) no hizo más que seguir la línea que ya había adoptado en 1867. Algo semejante acaeció en el código hondureño III de 1906. En general, este se ciñó al chileno, aunque también adoptó la libertad de testar. Con todo, de aquel mantuvo la porción conyugal, aunque bajo la forma de un cuarto en su capítulo 2º, del título 5º, del libro III.

**8.6** El código de Vélez Sarsfield operó en la materia para la Argentina desde 1869 y el Paraguay desde 1876, algo parecido a cuanto había dispuesto el código boliviano. Habiendo descendientes legítimos, aquel acordó al cónyuge sobreviviente la cuota

<sup>286</sup> CCCh. (1855), art. 1174.

<sup>287</sup> CCCh. (1855), art. 1175.

<sup>288</sup> Se eliminó las expresiones: «que carece de lo necesario para su congrua sustentación» en el art. 1172; y «por el hecho de caer en pobreza» en el 1175.

<sup>289</sup> CCCh. (1855), inciso 3 agregado al art. 1176.

<sup>290</sup> CCCh. (1855), art. 1182 N° 3.

<sup>291</sup> CCCh. (1855), arts. 988 y 989.

<sup>292</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto*, arts. 1124 — 1127 recogía mismo derecho: si hay hijos el cónyuge pobre recibe la cuota de un hijo; si no los hay, una cuarta parte.

intestada de un hijo,<sup>293</sup> o su legítima en la sucesión testamentaria.<sup>294</sup> Si no los hubo, pero el cónyuge difunto deja ascendientes, el sobreviviente concurre con estos por cabeza, en la sucesión intestada;<sup>295</sup> y en la parte legítima, en la testada.<sup>296</sup> A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge sobreviviente excluye a todos los colaterales y hereda al difunto, a salvo los derechos de los hijos naturales, en la sucesión intestada<sup>297</sup> o en la mitad de la herencia si la sucesión fue testamentaria.<sup>298</sup> Pero este código no denominó de manera especial a estas asignaciones ni las vinculó a la pobreza del viudo o viuda, por lo cual puede decirse que la porción marital del antiguo derecho quedó propiamente abolida ahí. Se conservaron, empero, algunas reglas antiguas: el viudo en un matrimonio celebrado in articulo mortis no tiene derecho a estas asignaciones;<sup>299</sup> tampoco el sobreviviente que dio causa al divorcio judicialmente decretado, o si los cónyuges vivían de hecho separados.<sup>300</sup> Un relicto del carácter alimenticio de la antigua cuarta marital es que el cónyuge sobreviviente, cuando hay descendientes o ascendientes legítimos, no tiene parte alguna en la división de los gananciales que correspondían al premuerto en el matrimonio con el viudo o viuda.<sup>301</sup> Evidentemente, este criterio no se justifica si el cónyuge sobreviviente es un heredero más, sin relación a su situación económica. Pero si no hubo ascendientes ni descendientes, el cónyuge participa de los gananciales.<sup>302</sup>

**8.7** El código mexicano de 1870, bajo la denominación de «porción viudal», que es la rúbrica del capítulo 3º, del título 5º, del libro IV, incluye engañosamente algo nada parecido a la antigua cuarta marital, más un simple derecho de alimentos. Su artículo 3.909 dice: «El cónyuge viudo [...], que se hallare sin medios propios de subsistencia, tendrá derecho a que se le suministren alimentos de los frutos de los bienes que el cónyuge difunto dejare». Este derecho dura mientras los necesite el viudo o viuda y no pase a segundas nupcias o no reciba la parte que le corresponde en la herencia del difunto.<sup>303</sup>

En cambio, la antigua porción marital se refleja en la sucesión intestada del cónyuge, de que trata el capítulo 6º, del título 4º, del libro IV, cuyo artículo 3.884 expresa: «El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes o ascendientes, tendrá el derecho de un hijo legítimo, si carece de bienes, o los que tiene al tiempo de

---

<sup>293</sup> CC. Arg. (1869), art. 3570.

<sup>294</sup> CC. Arg. (1869), art. 3592.

<sup>295</sup> CC. Arg. (1869), art. 3571 (modificado después).

<sup>296</sup> CC. Arg. (1869), art. 3592.

<sup>297</sup> CC. Arg. (1869), art. 3572.

<sup>298</sup> CC. Arg. (1869), art. 3595.

<sup>299</sup> CC. Arg. (1869), art. 3573, después modificado.

<sup>300</sup> CC. Arg. (1869), arts. 3574 y 3575.

<sup>301</sup> CC. Arg. (1869), art. 3576.

<sup>302</sup> CC. Arg. (1869), art. 3595.

<sup>303</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3912.

abrirse la sucesión no igualan la porción que a cada hijo legítimo debe corresponder en la herencia».

Como puede apreciarse, aquí se dan los extremos característicos de la antigua cuarta marital, a saber: un cierto estado de carencia patrimonial del beneficiario y un derecho a cierta cuota del patrimonio sucesorio. Pero el código mexicano limitó este derecho al caso de sucesión intestada, de modo que la dicha cuota no es asignación forzosa para un cónyuge testador. Este derecho lo tienen el viudo o viuda y tanto en la sucesión de los descendientes como de los ascendientes; pero en ambos casos monta, según el citado artículo, a lo mismo: a la porción de un hijo legítimo.<sup>304</sup> Si el sobreviviente carece de bienes, lleva íntegra dicha porción; si los tiene, pero no de tanto valor como para igualar tal porción, lleva lo que baste para igualarla.<sup>305</sup> En los demás órdenes, el sobreviviente también tiene derechos, pero con absoluta independencia de su situación económica personal, de modo que sucede aunque tenga bienes.<sup>306</sup> En tal caso, las asignaciones al cónyuge sobreviviente ya no guardan relación con la antigua cuarta marital.

**8.8** El código de Honduras III de 1906, no obstante haber establecido la libertad de testar, conservó una porción conyugal. El modelo general que siguió para ella fue el chileno —habitual en él, por lo demás—, pero limitado a la cuarta parte de la herencia,<sup>307</sup> deducida previamente como «baja general»,<sup>308</sup> a favor del cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación. La porción calculada sobre la base de la legítima de un hijo, cuando los hay, se hizo imposible para este código cuando estableció la libertad de testar, que hace inexistentes las legítimas. En el resto, la mejora hondureña adopta las reglas chilenas.

## 9. EL CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA II DE 1886

En 1886, Costa Rica reemplazó el Código General de 1841 por un nuevo cuerpo legal. En las materias que interesan a nuestro estudio, el nuevo código operó drásticas innovaciones, todas en contradicción con el derecho del precedente cuerpo legal.

El testamento por procurador fue abolido;<sup>309</sup> las sustituciones quedaron prohibidas, aunque el código permitió la vulgar, sin designarla así, porque no la considera

---

<sup>304</sup> Pero en la sucesión de los ascendientes, que tiene lugar a falta de descendientes, la cuota de un hijo legítimo es toda la herencia, y tal sería la porción del cónyuge, que entonces desplazaría a los ascendientes. Confieso que no acierto a entender la disposición.

<sup>305</sup> CC. Méx. II (1870), art. 3885.

<sup>306</sup> CC. Méx. II (1870), arts. 3886-3889.

<sup>307</sup> CC. Hond. III (1906), art. 1150.

<sup>308</sup> CC. Hond. III (1906), art. 938 N° 60.

<sup>309</sup> CC. C. Rica II (1886), art. 577.

ser un tipo de sustitución;<sup>310</sup> y estableció, en fin, la más absoluta libertad de testar, a salvo el derecho de alimentos a favor de ciertos parientes y del cónyuge,<sup>311</sup> con lo cual toda la herencia pasó a ser de libre disposición, quedando fuera de vigencia las legítimas y la mejora. Nada dijo sobre la cuota marital, pero evidentemente quedó abolida y a lo más suplida por los alimentos al cónyuge; el cual hereda al fallecido en su sucesión intestada en el primer orden, junto a los hijos y los padres legítimos, pero si tiene derecho a los gananciales, solo consigue a título de herencia lo que a ellos falte para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos,<sup>312</sup> lo que no deja de teñir con un cierto carácter alimenticio a la porción hereditaria.

Del viejo derecho que hemos examinado aquí, restaron los testamentos abierto y cerrado, y aun así con modificaciones en cuanto a los testigos. El primero debe otorgarse ante cartulario y tres testigos, o dos si el testador escribe el documento; o ante cuatro testigos sin cartulario, si el testador lo escribe; o seis en caso contrario.<sup>313</sup> El testamento cerrado se celebra ante cartulario y tres testigos.

Esta experiencia costarricense, aún en vigencia, resultó ser, así, la más apartada del antiguo derecho castellano-indiano, y se presentó como la antítesis del derecho codificado por el cual se había venido rigiendo el país desde 1841, como quiera que la Parte Civil el Código General de ese año reconocía su última fuente en el código boliviano de 1830, el más fiel conservador de aquel derecho en materia sucesoria de los que alguna vez rigieron en la América española.

## 10. CONCLUSIONES

**10.1** Podemos ahora establecer un balance general. Cuando consideramos los seis códigos básicos en que hemos fundado nuestra investigación, vale decir, los de Bolivia (1830), Perú (1852), Chile (1855), Uruguay (1868), Argentina (1869) y México (1870), entonces resulta que las figuras del antiguo derecho<sup>314</sup> más repudiadas fueron el poder para testar, solo aceptada por el código de Bolivia, y la sustitución fideicomisaria, que únicamente acogió el código de Chile. En la antípoda, las figuras más aceptadas fueron la porción conyugal y el quinto libre. La primera fue rechazada tan solo por dos cuerpos legales: los de Bolivia y Argentina. De los cuatro restantes que la reconocieron, uno (Perú) se inclinó por la forma del cuarto que aceptaban las Partidas; dos (Chile y Uruguay) en alternativa por el cuarto o la porción legítima de un hijo, última forma esta que se remontaba a Justiniano; y uno (México) por esta última forma exclusivamente. El quinto libre fue reconocido también por cuatro países

---

<sup>310</sup> CC. C. Rica II (1886), art. 582.

<sup>311</sup> CC. C. Rica II (1886), art. 595.

<sup>312</sup> CC. C. Rica II (1886), art. 572 N°1.

<sup>313</sup> CC. C. Rica II (1886), art. 583.

<sup>314</sup> Excluimos de este balance a las formas testamentarias.

(Bolivia, Perú, Argentina y México). Chile inventó un cuarto libre, y Uruguay se apartó del todo de la tradición castellano-indiana al acoger al sistema francés. En un punto intermedio se situó la mejora que aceptaron tres países (Bolivia, Perú y Chile), los dos primeros en su forma tradicional de mejora de tercio y el último como mejora de cuarto; y repudiaron otros tres (Uruguay, Argentina y México). En materia de sustitución, tres países (Bolivia, Perú y México) aceptaron las tres formas básicas de sustitución (sin contar a la fideicomisaria), que eran la vulgar, la pupilar y la ejemplar, dos (Uruguay y Argentina) solo incorporaron a la vulgar, y uno (Chile) a esta junto a la fideicomisaria. En tema de porción legítima, dos (Bolivia y Perú) se inclinaron por el antiguo sistema de una mitad legitimaria más un treintavo, porque son los mismos que acogieron a la mejora de tercio; los dos que no acogieron la mejora de tercio ni ninguna otra (Argentina y México), dieron lugar al sistema también en cierto modo antiguo de una parte legitimaria de cuatro quintos. Chile inventó una mitad como legítima. Uno, Uruguay, también en este punto se adaptó al sistema francés.

La impresión general que causan estos seis códigos primordiales es que, salvo en el tema de poder para testar y de sustitución fideicomisaria, se comportaron de un modo bastante apegado a la tradición. Ciertamente, el primer lugar en esta consideración lo tiene el código boliviano, seguido de cerca por el peruano. En un punto al otro extremo están los códigos de Uruguay y Argentina. El primero, como consecuencia de haber adaptado el sistema francés, vio afectadas la mejora, la porción libre y la porción legítima. El código de la Argentina desconoció en menor medida al antiguo derecho. Chile quedó situado en un lugar intermedio.

**10.2** Estas relaciones no se alteran sustancialmente cuando añadimos a consideración a los códigos derivados de algunos de los seis básicos, esto es, de Costa Rica I (derivado del boliviano), de El Salvador, Ecuador, Colombia y Nicaragua I y Honduras I, todos derivados del chileno, de Paraguay que fue el argentino y de Guatemala que se basó grandemente en el peruano, lo que en total hace 14 códigos.

La figura del antiguo derecho más rechazada siguió siendo el poder para testar (solo aceptada por Bolivia y Costa Rica I). La sustitución fideicomisaria perdió esta misma connotación: rechazada por ocho, fue aceptada por seis códigos (Chile y sus derivados). En contraposición, como más aceptada continúa la porción conyugal, que ahora regulan once códigos, de los cuales tres bajo la forma del cuarto, uno bajo la forma de la legítima de un hijo y siete bajo la forma del cuarto en alternativa con la porción legítima de un hijo o modelo chileno, frente a cuatro que la desconocen. El quinto libre también conserva una cierta primacía, pues siete códigos se basan en él, frente al cuarto libre chileno, que aceptan seis. La mejora alcanzó un nivel superior al de antes: diez códigos la confirman y solo cuatro la repudian. De los primeros, cuatro conservan la forma tradicional del tercio y seis la forma chilena del cuarto. En materia de sustitución, ahora cuatro países (Bolivia, Costa Rica, Perú y México) aceptaron las

tres formas básicas de sustitución (sin contar a la fideicomisaria), que eran la vulgar, la pupilar y la ejemplar, cuatro (Uruguay, Argentina, Paraguay y Guatemala) solo incorporaron a la vulgar, y seis (Chile y sus derivados) a esta junto a la fideicomisaria. En tema de porción legítima, cuatro (Bolivia, Costa Rica, Perú y Guatemala) se inclinaron por el antiguo sistema de una mitad legitimaria más un treintavo, porque son los mismos que acogieron a la mejora de tercio; los tres que no acogieron la mejora de tercio ni ninguna otra (Argentina, México y Paraguay), con ello dieron lugar al sistema también en cierto modo antiguo de una parte legitimaria de cuatro quintos. El sistema chileno de la mitad legitimaria recibió seis adeptos. Un código, el de Uruguay, también en este punto se inspiró en el sistema francés.

La impresión general que causan estos catorce códigos es que, salvo en tema de poder para testar y de sustitución fideicomisaria, se comportaron de un modo bastante apegado a la tradición. Ciertamente, el primer lugar en esta consideración lo tienen el código de Perú y de Costa Rica, porque siendo iguales al boliviano, le aventajan en un punto: mientras aquel repudió la cuarta marital, el peruano y el costarricense la aceptaron bajo su forma más ortodoxa del cuarto. Casi el mismo lugar ocupa el código de Guatemala, en todo similar al peruano, salvo en el punto de las tres sustituciones, pues acepta solo la vulgar.

Enseguida viene el grupo encabezado por el código chileno. Su carácter más notable es haber mantenido las instituciones cuantitativas antiguas, pero modificadas en su cuantía: mejora, pero de cuarto; cuota libre, pero de cuarto también; parte legitimaria, pero de un medio. La porción conyugal no es solo de un cuarto, mas puede ser igual a la legítima rigurosa de un hijo cuando el cónyuge difunto deja descendientes. Por la extensión que alcanzó la difusión del código chileno, sus modelos institucionales tendieron a predominar. A Chile le siguen Argentina, México y Paraguay, que desconocieron la mejora, pero que en compensación mantuvieron el quinto libre y los cuatro quintos legítimos. De los tres, el único que conservó, además, una porción conyugal fue México, bajo la forma de la legítima de un hijo. Uruguay desconoció, en fin, la mejora y adoptó el sistema francés de porciones libre y legítima, lo que lo aleja bastante de la tradición.

**10.3** Incluyamos en nuestra consideración ahora a los códigos de segunda generación, que reemplazaron a algunos de los emitidos antes en un mismo país: Costa Rica reemplazó en 1888 a su código de 1841, Nicaragua hizo lo propio con el suyo de 1867 en 1904, y Honduras se dio un nuevo código en 1906. Todavía se trata, pues, de catorce cuerpos legales.

Los efectos de estos cambios fueron estos: la derogación del código costarricense de 1841 fue un rudísimo golpe para el tradicionalismo, porque el nuevo código se apartó casi en todo del derecho antiguo, como vimos en el capítulo IX. El reemplazo del código nicaragüense de 1867 fue un golpe esta vez a la influencia del código chileno,

pues aquel no era sino una copia de este. El nuevo cuerpo legal, al establecer la libertad de testar, afectó necesariamente a la mejora y a las legítimas; pero no a la porción conyugal que mantuvo bajo su forma chilena, por lo que las reformas en Nicaragua no resultaron tan radicales como en Costa Rica. En Honduras ocurrió algo semejante, pues aunque el código de 1906 en general volvió a ser el chileno, la introducción de la libertad de testar solo respetó la porción conyugal bajo la forma de un cuarto. De todos los códigos del siglo XIX largo que hemos estudiado en este trabajo, sin duda alguna el más apegado al antiguo derecho fue el costarricense, ya que la única institución por él rechazada fue la sustitución fideicomisaria. Como el boliviano rechazaba esta pero además la cuarta marital que el costarricense aceptó, de ahí la preeminencia de este último. Debe recordarse, empero, que el código de Costa Rica provenía del Nor-peruano de 1836 que era el boliviano de 1830. Debido a que en el Estado Nor-Peruano, pues, se introdujo la cuarta marital que el modelo boliviano había repudiado, fue que el de Costa Rica alcanzó el rango que le hemos asignado. Prácticamente en el mismo lugar del boliviano siguen los códigos peruano y guatemalteco, el segundo por depender del primero. La razón de posponerlos al costarricense estriba en que la mejora peruano-guatemalteca contiene modificaciones con respecto a la tradicional, como su no acumulación, lo que empero no es tan drástico como la eliminación de toda una institución, como la cuarta marital, que operó el código boliviano. A todos se pospone el código chileno y su vasta familia dependiente. Ese código conservó casi todo, pero con modificaciones en las cuantías. El cuarto grupo lo conforman los códigos de México, Argentina y Uruguay, en ese orden. En fin, terminan la serie los de Costa Rica II, Nicaragua II y Honduras III. Todos, adoptando la libertad de testar, modificaron radicalmente el sistema sucesorio antiguo, pero los dos últimos por lo menos conservaron la porción conyugal. Así, el balance final es que, con la excepción de los tres códigos últimamente recordados, en la extensa región cubierta por los demás aquí estudiados, el derecho tradicional tendió a ser conservado en una muy amplia medida y en algunos casos de manera fidelísima.

**Cuadro I: 6 códigos básicos: 1830 (Bolivia) – 1870 (México)**

Código Civil de	Poder para testar	Sustituciones				Mejora		Porción libre		Porción legítima				Porción conyugal			
		Tres sustit. incl. vulgar	Sustit. vulgar	Sustit. fideic.	Solo sustit. vulgar	Mejora de tercio	Mejora de cuarto	Quinto libre (mejora de)	Cuarto libre	Mitad legítima + 1/30	Mitad legítima	Cuatro quintos legítimos	Solo un cuarto	Solo legítima de 1 hijo marital	Uno u otra	No hay porción conyugal	
Bolivia, 1830/1975	Sí			No		Sí		Sí		Sí						No	
Perú I, 1852/1936	No			No		Sí		Sí		Sí		Sí					
Chile, 1855 a la fecha	No	sí		Sí					Sí		sí			Sí			
Uruguay, 1868 a la fecha	No			No	Sí	No hay mejora	Sistema francés de porciones libre y legítima							Sí			
Argentina, 1869 a la fecha	No			No	Sí	No hay mejora	Sí									no	
México, 1870/1928	no			No		No hay mejora	sí						Sí				

Cuadro II: 6 códigos básicos + 8 derivados de primera generación: 1830 (Bolivia) –1888 (C. Rica II)

Código Civil de	Poder para testar	Sustituciones			Mejora		Porción libre			Porción legítima			Porción conyugal			
		Tres sustit. incl. vulgar	Sustit. vulgar	Sustit. fideic.	Solo sustit. vulgar	Mejora de tercio	Mejora de cuarto	Quinto libre (mejora de)	Cuarto libre	Mitad legítima + 1/30	Mitad legítima	Cuatro quintos legítimos	Solo un cuarto	Solo legítima de 1 hijo marital	Uno u otra	No hay porción conyugal
Bolivia, 1830/1975	Sí	Sí	No	No		Sí		Sí								No
C. Rica I, 1841/1888	Sí	Sí	No	No		Sí		Sí				Sí				
Perú I, 1852/1936	No	Sí	No	No		Sí		Sí				Sí				
Chile, 1855 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí		Sí				Sí			Sí	
El Salvador 1859 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí		Sí				Sí			Sí	
Ecuador, 1860 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí		Sí				Sí			Sí	
Colombia, 1858-1887 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí		Sí				Sí			Sí	
Nicaragua I 1867/1904	No	Sí	Sí	Sí		Sí		Sí				Sí			Sí	
Uruguay, 1868 a la fecha	No		No	Sí	Sí	No hay mejora									Sí	
Argentina, 1869 a la fecha	No		No	Sí	Sí	No hay mejora					Sí					No
México, 1870/1928	No	Sí	No	No		No hay mejora					Sí			Sí		
Paraguay I 1876/1985	No		No	Sí	Sí	No hay mejora					Sí					No
Guatemala I 1877/1936	No		No	Sí	Sí	Sí		Sí				Sí				
Honduras I 1880/1898	No		Sí	Sí		Sí		Sí			Sí				Sí	

**Cuadro III: 6 códigos básicos + 5 derivados de primera generación + 3 de segunda generación: 1830 (Bolivia) – 1906 (Honduras III)**

Código Civil de	Poder para testar	Sustituciones			Mejora		Porción libre		Porción legítima			Porción conyugal				
		Tres sustit. incl. vulgar	Sustit. vulgar	Sustit. fideic.	Solo sustit. vulgar	Mejora de tercio	Mejora de cuarto	Quino libre (mejora de)	Cuarto libre	Miada legítima + 1/30	Miada legítima	Cuatro quintos legítimos	Solo un cuarto	Solo legítima de 1 hijo marital	Uno u otra	No hay porción conyugal
Bolivia, 1830/1975	Sí	Sí	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí							No
Perú I, 1852/1936	No	Sí	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí			Sí				
Chile, 1855 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí					Sí	
El Salvador, 1859 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí					Sí	
Ecuador, 1860 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí					Sí	
Colombia, 1858-1887 a la fecha	No	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí					Sí	
Uruguay, 1868 a la fecha	No		No	Sí	No	No hay mejora	Sistema francés de porciones libre y legítima							Sí		
Argentina, 1869 a la fecha	No		No	No	Sí	No hay mejora					Sí					No
México, 1870/1928	No	Sí	No	No		No hay mejora					Sí			Sí		No
Paraguay I, 1876/1985	No		No	No	Sí	No hay mejora					Sí					No
Guatemala I, 1877/1936	No		No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí							
C. Rica II, 1888 a la fecha	No		No	No	Sí	Libertad de testar									No	
Nicaragua II, 1904 a la fecha	No		No	No	Sí	Libertad de testar								Sí		
Honduras III, 1906 a la fecha	No		No	No	Sí	Libertad de testar							Sí			

**Cuadro IV: Expresión cuantitativa de los cuadros I, II y III**

	Entre 1830 (Bolivia) y 1870 (México)				Entre 1830 (Bolivia) y 1888 (C. Rica II)				Entre 1830 (Bolivia) y 1906 (Honduras III)			
	6 códigos básicos				6 códigos básicos + 8 derivados de 1ª generación = 14				6 códigos básicos + 5 derivados de 1ª generación + 3 de 2ª generación = 14			
Que:	Aceptan	Rechazan	Conocen	No conocen	Aceptan	Rechazan	Conocen	No conocen	Aceptan	Rechazan	Conocen	No conocen
Poder para testar	1	5			2	12			1	13		
Sustituciones			6				14				14	
Tres sustituciones inclusive la vulgar	3				4				3			
Sustitución vulgar	1				6				4			
Sustitución fideicomisaria	1	5			6	8			4	10		
Solo sustitución vulgar	2				4				7			
Mejoras			3	3			10	4				7
Mejora de tercio	2				4				3			
Mejora de cuarto	1				6				4			
Porción libre			6				14					3
Quinto libre (mejora de)	4				7				6			
Cuarto libre	1				6				4			
Sistema francés	1				1				1			
Porción legítima			6				14		11			3
Mitad legítima + 1/30	2				4				3			
Mitad legítima	1				6				4			
4/5 legítimos	2				3				3			
Sistema francés	1				1				1			
Porción conyugal			4	2			11	3				4
Solo ¼	1				3				3			
Solo legítima de un hijo	1				1				1			
Una u otro	2				7				6			