

# LA LEGITIMA DEL CONYUGE

Por Luis ECHECOPAR GARCIA

*Profesor de la Universidad Católica del Perú.*

Desde un punto de vista lógico, afectivo y familiar parecería que el cónyuge sobreviviente debe ser heredero forzoso de su consorte aunque sea en pequeña parte. Sin embargo, esto no ha sido siempre así.

## I. — *Origen de la institución*

“Es curioso observar — dice Modesto Falcón — de cuán diferentes maneras han entendido los legisladores este derecho que asiste a todo cónyuge cuando entra en la viudez. Los Romanos, que en tan poco estimaron las relaciones que el matrimonio establece entre los cónyuges, negaron a la viudez, negaron con más motivo al viudo, todo derecho hereditario en la sucesión de su consorte. La mujer en aquella legislación, era reputada hija de familia y estaba por la ley sometida a la patria potestad de su marido, y sin embargo, de que la ley fundó por mucho tiempo la sucesión sobre el vínculo civil de la agnación, la mujer en ningún caso era llamada a la sucesión de su marido. La ley no sólo fué injusta, fué también ilógica.

“Justiniano por su Novela 107, pretendió reparar aquella injusticia de los tiempos, mandando que la viuda pobre que carecía de medios propios de subsistencia, recibiese, a título de herencia legítima, la cuarta parte de los bienes de su marido, si éste por algún otro concepto, no le había dejado cantidad alguna para vivir honestamente. Y como nuestras Partidas copiaban servilmente cuanto hallaban establecido en las leyes romanas, copiaron también la institución de la cuarta marital.

“Pero aquella cuarta marital, por los términos en que se concedía, más vi-  
sosos tenía de limosna otorgada a la pobreza, que de derecho reconocido a quien asistía perfecta facultad para percibirla. No era una legítima, aunque su concesión venía de la ley, porque no la disfrutaban uno y otro consorte, sino únicamente las viudas, y no tenía ni aún para éstas carácter propio de legítima, porque sólo en un caso excepcional se las otorgaba. Era, como muy exactamente dijo en cierta ocasión el Tribunal Supremo, una deuda legal, que debían los bienes del marido en concepto de alimentos de la mujer”.

El Código Civil Español de 1889 modificó esta situación concediendo al cónyuge ciertos derechos específicos en la herencia de su consorte aunque sin calificarlos como *legítima*.

En los arts. 834 a 839 dispuso que el viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado o lo estuviera por culpa del cónyuge difunto, tendría derecho a una cuota en *usufructo* cuya cuantía dependería de la calidad de las personas con quienes concurríese a la herencia, ya fueran hijos, descendientes o ascendientes.

El Código Peruano de 1852 tomó de las Partidas la cuarta marital pero extendiéndola también a los viudos. Se llamó por eso la *cuarta conyugal*.

Según los artículos 918 al 932 de nuestro Código del 52 cada uno de los cónyuges tenía derecho a la cuarta parte de la herencia cuando el consorte premuerto no le hubiera dejado algún legado o si no tuviera gananciales.

Mas este derecho no era amplio, sino extraordinariamente limitado.

La viuda recibía la cuarta conyugal sólo cuando carecía de lo necesario para subsistir y el viudo cuando a más de carecer de lo necesario para vivir quedaba inválido o habitualmente enfermo o de una edad mayor de 60 años.

A esto se agregaba que, según el art. 920, habiendo hijos o descendientes legítimos, la cuarta conyugal no debía pasar de ocho mil pesós, ni ser mayor de la legítima que obtuviera cada heredero.

El Código disponía que la cantidad en que la cuarta excediera a la legítima de los descendientes se devolvería a la masa hereditaria para la igualación entre los herederos y el cónyuge sobreviviente. (Art. 920).

Añadía todavía el Código en sus artículos 928 y 929 que siempre que el cónyuge sobreviviente tuviese algún legado en el testamento de su consorte o gananciales provenientes de bienes de esta naturaleza o unos y otros, sólo se le completaría de la masa hereditaria lo que faltara hasta llenar la cuarta conyugal en la forma establecida por el Código.

No había derecho a cuarta conyugal si eran iguales o mayores que ella los legados, o los gananciales del cónyuge o la suma de unos y otros.

Se comprende que, en el estado actual de nuestra organización familiar y social no hubiera sido posible conservar el trato que, con tanta dureza, daba el Código de 1852, inspirado en las Partidas y en las antiguas disposiciones romanas, al cónyuge sobreviviente.

En nuestra vida familiar sabemos la unión espiritual que existe entre los cónyuges, conocemos como ellos y sus hijos forman un solo todo, la familia, y que no es posible establecer en esa unidad diferencias legales pretendiendo que algún afecto deba o pueda predominar sobre el otro.

En la familia normal del Perú persevera aún, por fortuna, esa envidiable unidad que se va disolviendo en otros países.

Por consiguiente, si el cónyuge sobreviviente forma en el Perú con su consorte premuerto y con sus hijos una estrecha unidad familiar, ha sido indispensable que se le reconociera en forma terminante derechos sucesorios, como heredero legitimario.

La Comisión Reformadora del Código Civil debatió el punto "ampliamente" según rezan las actas de sus sesiones pero no hay una versión completa de los cambios de ideas.

Sólo se sabe que el Dr. Calle opinó que el derecho de la mujer a la herencia debería ser exclusivo a fin de que se incorporase definitivamente a su patrimonio la parte que le correspondiera, mientras que el Dr. Manuel Augusto Olaechea manifestó que "Consi-  
"deraba preferible el sistema español que concedía al cónyuge viu-  
"do una legítima sobre el usufructo, porque al mismo tiempo que  
"asegura una vida decorosa se evita que los bienes de una misma  
"familia pasen a la otra".

El hecho es que nuestro Código del 36 en sus arts. 700 y 704 estableció que el cónyuge sobreviviente tendría derecho a una parte de la herencia, en propiedad plena, por concepto de legítima.

Dichos artículos dicen lo siguiente:

*Art. 700.*—El que tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

*Art. 704.*—La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores.

II. — *Condiciones generales.*—Las condiciones generales que establece nuestro Código para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a esta legítima son las siguientes:

A).—Que el causante muera al año o después del año de celebrado el matrimonio, pues si falleciera antes, el consorte sobreviviente no tiene derecho a legítima, excepto en el caso en que hubiera tenido hijos (art. 770 del C. C.).

B).—Que al morir su consorte no se halle divorciado pues, como el divorcio produce actualmente en el Perú la disolución absoluta del vínculo matrimonial, por él cesan los derechos hereditarios de ambos cónyuges (arts. 253 y 265 del C. C.).

El Código no se pone en el caso de que uno de los cónyuges fallezca estando pendiente el juicio de divorcio. ¿Qué pasará si esto ocurre?

¿Se seguirá el juicio hasta el fin para saber si la demanda de divorcio fué fundada o no y, si, por consiguiente, el cónyuge sobreviviente pierde su derecho a la herencia del finado, o se extinguirá instantáneamente la acción de divorcio y, por consiguiente, toda posibilidad de que haya una sentencia que declare que se perdió la herencia por causal de divorcio?

El punto se ha planteado ya ante nuestros Tribunales y la Corte Suprema, por su ejecutoria de 27 de marzo de 1943 resolvió que la acción de divorcio se extinguía instantáneamente.

El Tribunal opinó que, habiendo fallecido el demandante que perseguía la disolución del matrimonio por medio del divorcio, carecía de objeto proseguir el juicio cuando la muerte había venido a producir el mismo resultado.

Somos de opinión que la Corte debió tener en cuenta que el divorcio no sólo produce efectos personales sino también patrimoniales, como son la pérdida de la herencia y la posible pérdida de gananciales y que estando planteada la demanda, el juicio tenía que concluir por sentencia que la declarase fundada o infundada, pues los juicios se resuelven según la situación existente cuando se inician y no por hechos sobrevinientes.

C).—Que en el caso de estar judicialmente separado su consorte sea por su culpa, pues el art. 274 del Código Civil dispone que el cónyuge separado por culpa suya perderá los derechos hereditarios que por dicho Código le corresponden.

Naturalmente que en este caso el perdón o réconciliación reestablece el vínculo familiar y hace readquirir el derecho a la legítima (art. 275 del C. C.).

III. — *Cuantía.*—Sabemos que, según el art. 700, cuando hay cónyuge, la legítima global es de los dos tercios de la herencia. Pero se presenta el problema de conocer cómo se dividirá esa legítima cuando hay cónyuge y otros interesados en ella.

Usamos la frase *legítima global* para establecer la diferencia entre la porción legitimaria que corresponde a todos los herederos forzosos en conjunto y lo que toca a cada cual al hacerse la división, entre ellos, de esta porción legitimaria. Es *legítima global* porque comprende a todos los interesados. Será *legítima individual* lo que tenga derecho a exigir cada cual dentro de la división del todo.

La cuantía de la legítima individual del cónyuge varía, de acuerdo con los arts. 700 y 704 en relación con la calidad de los parientes con quienes concurre a la herencia, ya sean éstos hijos o descendientes, padres del causante u otros ascendientes de éste.

La aplicación de los artículos a que nos referimos origina variadísimos problemas y por eso es conveniente que examinemos cada caso por separado.

La premisa es que, cuando existe cónyuge u otros herederos forzosos, la legítima, o sea la cuota de que no puede disponer el testador, es de  $\frac{2}{3}$  de la herencia. Así lo establece en forma terminante el art. 700 del C. C.

Ahora vamos a ver cuáles son los casos que pueden presentarse:

A). — *Legítima del cónyuge que hereda solo.*—Si el cónyuge está solo o sea en caso de que no haya descendientes ni ascendientes del causante, le corresponde toda la legítima ( $\frac{2}{3}$  de la herencia) de acuerdo con los arts. 700, 703, 704 y 769 del Código Civil.

B). — *Legítima del cónyuge que hereda con descendientes del causante.*—Si existen hijos ya sean legítimos, legitimados o ilegítimos o descendientes legítimos o ilegítimos de todos éstos o hijos adoptivos o descendientes legítimos de un hijo adoptivo, el cónyuge hereda una parte igual a la que le tocaría a un hijo legítimo, de acuerdo con el art. 704 ya citado y conforme a los arts. 761, 762 y 765 que dicen lo siguiente:

*Art. 761.*—Los hijos, si todos son legítimos o si todos son ilegítimos, heredan por partes iguales.

Los demás descendientes, solos o en concurrencia con hijos, heredan por estirpes.

*Art. 762.*—Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo.

*Art. 765.*—Si hay hijos u otros descendientes, el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo, observándose la regla del artículo 704. Si hubiere descendientes legítimos la cuota hereditaria del cónyuge no excederá de la cuarta parte de la herencia.

Conviene aclarar estas reglas con algunos casos prácticos.

*Ejemplo de herencia del cónyuge con hijos legítimos del causante*

Los esposos X y Z tienen por hijos legítimos a A, B y C. Muere X dejando por herencia la suma de S/. 13,500.00 que era bien propio suyo por haberla tenido desde antes del matrimonio. No hay gananciales.

Como X podía disponer libremente de  $\frac{1}{3}$  de la herencia, la legítima de su cónyuge e hijos será de S/. 9,000.00 que se dividirá por igual entre todos porque el cónyuge hereda como un hijo legítimo. Siendo tres los hijos y estando además el cónyuge, se dividirá la legítima en cuatro partes. Tocará así S/. 2,250.00 a cada uno.

*Ejemplo de herencia del cónyuge con hijos legítimos e ilegítimos del causante*

Sea el mismo caso de los esposos X y Z, que tienen como hijos legítimos, a A, B y C. Además X ha tenido un hijo ilegítimo, D.

La legítima que les toca en la herencia de X se dividirá en nueve partes a fin de que Z como cónyuge y A, B y C, como hijos legítimos puedan recibir el doble que el hijo ilegítimo. Z, A, B, y C recibirán dos partes cada uno y D recibirá sólo una parte.

La legítima ascendente a S/. 9,000.00 como en el caso anterior, daría S/. 2,000.00 para Z, A, B y C y S/. 1,000.00 para D, como hijo ilegítimo.

*Ejemplo de herencia del cónyuge con hijos ilegítimos del causante*

Sea el mismo caso de los esposos X y Z pero supongamos que X muere dejando varios hijos ilegítimos nombrados A, B, C, D, E, F y G.

La legítima de  $\frac{2}{3}$  de S/. 13,500.00, ascendente a S/. 9,000.00 se dividirá en nueve partes de S/. 1,000.00 cada una para que Z, como cónyuge pueda recibir S/. 2,000.00 o sea el doble de lo que perciben los siete hijos ilegítimos de X que son A, B, C, D, E, F y G a quienes, en su calidad de ilegítimos, sólo tocaría S/. 1,000.00 a cada uno.

*Ejemplo del cónyuge con otros descendientes del causante que no sean los hijos*

Supongamos que X y Z tuvieron por hijos legítimos a A, B y C pero que éstos murieron dejando, respectivamente por hijos a A' y A'', B' y B'', C' y C''.

Al fallecer X todos sus nietos heredarán por estirpes o sea que representarán a los hijos de X; A, B y C.

Se dividirá pues la herencia en cuatro partes como en el primer ejemplo o sea una parte para A' y A''; otra para B' y B''; otra para C' y C'' y otra para Z.

Después, siguiendo el mismo sistema se hará la partición dentro de cada estirpe.

*Ejemplo de herencia del cónyuge con hijos en que su cuota se reduce por pasar de la cuarta parte*

Sea el caso de X y Z y en que X muere dejando como hijos ilegítimos a A, B y C.

Si aplicamos la regla normal de que Z debe recibir el doble de un hijo ilegítimo, habría que dividir la legítima en cinco partes y dar  $\frac{2}{5}$  a Z, o sea más de la cuarta parte.

Si la herencia fuera de S/. 13,500.00 y la legítima de S/. 9,000.00 habría que darle S/ 3,600.00 a Z y el resto, de S/. 5,400.00 dividirlo entre los tres hijos o sea S/. 1,800.00 para cada uno.

Pero como la cuarta parte de la legítima es S/. 2,250.00, o sea menos de S/. 3,600.00, habría que reducir la cuota del cónyuge y dar la diferencia a los hijos. La partición sería entonces así: Z tendría S/. 2,250.00 y A, B y C también S/. 2,250.00 cada uno.

C). — *Legítima del cónyuge que hereda con padres del causante.*—Cuando el cónyuge hereda con los padres debe recibir, de acuerdo con los arts. 704 y 767, una parte igual a la de uno de ellos o sea que si vive un solo padre recibirá la mitad de la legítima y si viven los dos, heredará la tercera parte.

Así, por ejemplo, si X casado con Z fallece dejando viva a su madre N, la herencia que deje, de S/. 45,000.00 se dividirá así: S/. 30,000.00 por legítima y S/. 15,000.00 por cuota de libre disposición. Los S/. 30,000.00 por legítima se partirán por igual entre Z y N o sea que tocará a cada una S/. 15,000.00.

En cambio si X deja vivos a sus dos padres N y Ñ la legítima se dividirá en tres partes o sea S/. 10,000.00 para cada uno de los padres N y Ñ y S/. 10,000.00 para Z.

D). — *Legítima del cónyuge que hereda con ascendientes del causante.*—Para el caso en que el cónyuge herede con ascendientes que no sean los padres, el Código dice lo siguiente:

*Art. 700.*—El que tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

*Art. 701.*—El que no tiene cónyuge ni parientes de los comprendidos en el artículo anterior, pero sí ascendientes puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

*Art. 768.*—Si hay ascendientes solos o con hermanos, o éstos solos, la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia.

De estos artículos resultan dos problemas importantes.

*Primer problema.*—¿En la herencia testamentaria el cónyuge excluye a los ascendientes que no sean los padres?

Los argumentos en favor de una respuesta afirmativa son los siguientes:

a).—El art. 700 *no menciona* a tales ascendientes y sí al cónyuge, en primer término, junto con los herederos forzosos preferentes, luego el cónyuge excluye a los ascendientes.

b).—El artículo 701 sólo se ocupa de los demás ascendientes para el caso en que falten descendientes, padres o cónyuge.

c).—El artículo 704 se refiere al *monto de la cuota* pero no al orden para suceder, luego, si los ascendientes no tienen preferencia sobre el cónyuge, éste heredaría sólo conforme a los art. 700 y 701, y no habría porque aplicar el art. 704 o sus referidos que establecen las reglas de partición cuando hay varios partícipes en la legítima.

d).—Cierto es que el art. 760 del Código Civil fija un orden sucesorio en que figuran los ascendientes antes que el cónyuge, pero tal artículo corresponde a la herencia intestada, no a la testamentaria; y como sabemos que ambos tipos de sucesión tienen reglas diferentes no puede aplicarse en el presente caso.

La tesis que acabamos de exponer no parece la verdadera. El cónyuge no excluye a los demás ascendientes que no sean los padres.

Los artículos 700 y 701 no tienen más objeto que establecer cuándo es la legítima de los dos tercios de herencia y cuándo es la mitad de ella. No fijan en ninguna parte grados de preferencia entre los legitimarios. Por consiguiente, sólo se puede establecer los distintos grados de preferencia entre los coherederos aplicando el artículo 760 que es el único, en todo el Código, que declara cuáles son los distintos órdenes sucesorios y, por consiguiente, los grados de preferencia.

Los arts. 700 y 701 no establecen un orden para suceder o, mejor dicho, no establecen la preferencia de unos herederos forzosos sobre otros porque, si establecieran un orden, los padres tendrían que heredar al mismo tiempo que los descendientes, porque se les considera conjuntamente con ellos en el art. 700. A nadie se le ha ocurrido esto, ni podía ocurrírsele, porque conforme a una regla universal de derecho, los hijos heredan siempre con preferencia a los ascendientes.

Los artículos 700 y 701 nos dicen tan sólo quienes son los legitimarios y cuál es el monto de la legítima, pero es el art. 760 el que nos da la pauta para los grados de preferencia o sea para saber quien hereda primero que otro.

El art. 704, por otra parte, dice que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal o sea por la misma cantidad y con el mismo grado de preferencia. *Igual* en todos sus aspectos. Establecida esta cuota hay que dividirla entre los que participan en ella y si, conforme al art. 768,

la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia, la otra mitad corresponde, con igual derecho a los ascendientes.

En realidad el art. 700 no necesitaba considerar a los ascendientes que no fueran los padres porque, como hemos manifestado anteriormente, sólo quiere establecer cuando la legítima es de dos tercios de la herencia y eso ocurre siempre que hay cónyuge solo o con ascendientes. Bastaba, por consiguiente, mencionar a los cónyuges para establecer la limitación. No era necesario mencionar allí también a los ascendientes.

El art. 701 se refiere al caso en que no haya cónyuge, pero no excluye la posibilidad de que los ascendientes hereden con éste.

Desde luego, el problema existe en el Código y puede ser resuelto en ambos sentidos en virtud de sólidas razones. Es pues indispensable que se dé una ley aclaratoria.

### *Segundo problema*

¿Admitiendo que el cónyuge no excluye a los ascendientes que no sean los padres, cómo partirá con ellos la legítima global de dos tercios que señala el art. 700 del Código Civil?

Aplicando la regla del art. 704 del Código, según la cual la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal tenemos que referirnos al art. 768 del mismo cuerpo de leyes que dice:

Si hay ascendientes solos o con hermanos, o éstos solos, la porción del cónyuge es igual a *la mitad de la herencia*.

En vista de la redacción de este artículo cabe preguntarse lo siguiente. ¿La parte del cónyuge será *la mitad* de la *legítima* global y tocará la otra mitad a los ascendientes? ¿O será del cónyuge *la mitad de toda la herencia* y se dará a los ascendientes el saldo necesario para completar la legítima de dos tercios?

\* Poniendo un ejemplo:

Si consideramos una herencia formada de seis partes, la legítima global será de  $\frac{4}{6}$  y la cuota de libre disposición de  $\frac{2}{6}$ .

Si aplicamos la segunda tesis (que toca al cónyuge la mitad de la *herencia*), recibirá los  $\frac{3}{6}$  de la masa hereditaria y el  $\frac{1}{6}$  restante, necesario para completar la legítima, corresponderá a los ascendientes en conjunto.

En cambio, si aceptamos el primer sistema (que toca al cónyuge la mitad de la *legítima*), recibirá los  $\frac{2}{6}$  de la masa hereditaria y los  $\frac{2}{6}$  restantes, necesarios para completar la legítima serán de los ascendientes en conjunto.

La interpretación literal del art. 768 sería que, en el caso propuesto, pertenece al cónyuge la mitad de la herencia ( $\frac{3}{6}$ ), porque así lo dice textualmente el artículo, y que los ascendientes que no sean los padres deberán conformarse con el saldo ( $\frac{1}{6}$ ) que complete la legítima global.

Pero, no podemos convenir con una interpretación de tal clase.

Para nosotros sólo se trata de un caso de ligereza en la redacción. El legislador, evidentemente, no ha reparado, al redactar el art. 704, que no se debe identificar la herencia legal con la voluntaria y que era mejor no hacer referencias, sino legislar en detalle para cada caso. Sólo por eso ha podido resultar que, en la apariencia, se identifica en este caso *toda la herencia con la legítima*.

La realidad es que el art. 768 pertenece sólo a la herencia legal y que, como en ella no hay parte de libre disposición, porque no hay testamento, el legislador ha tenido que determinar allí cómo se distribuirá toda la herencia.

No sucede lo mismo cuando se trata de la herencia voluntaria en que hay legítima y cuota de libre disposición.

La lógica indica que la ley ha querido poner en igual pie al cónyuge y a los ascendientes y que, en consecuencia, deben dividirse la legítima por igual.

Según el art. 768, los *otros ascendientes* también tendrían derecho, como el cónyuge, a la mitad de la herencia, *pues así ocurre en la herencia legal*; y, como no puede suponerse, salvo el caso del art. 702, que el causante, en la herencia voluntaria, quede sin cuota de libre disposición, hay que concluir que lo que debe partirse por mitad entre el cónyuge y el grupo de los ascendientes, *es la legítima*.

E).—*Herencia del cónyuge, si hay hermanos.*

*Primer problema.*—Si no hay descendientes ni ascendientes pero sí hermanos se presenta el problema de saber si toda la legítima global será del cónyuge o si corresponderá a los hermanos parte de ella.

Algunos consideran que los hermanos son herederos forzosos por aplicación conjunta de los arts. 704 y 768.

El artículo 704, — dicen — prescribe que el cónyuge tendrá una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal; luego, si el Código equipara a los hermanos con el cónyuge y los ascendientes que no sean los padres en los arts. 768 y 769, no hay ninguna razón para admitir que los ascendientes son herederos forzosos y los hermanos del causante no. Donde hay la misma razón existe el mismo derecho.

La tesis anterior, que se plantea con cierta forma de verosimilitud, carece de verdadero fundamento legal.

El título II de la sección 2ª del Libro 3º del Código, al tratar de las legítimas no considera a los hermanos entre los herederos forzosos.

En los arts. 700 y 701, el Código menciona entre los legitimarios a los descendientes, a los padres, a los hijos adoptivos, a los descendientes (legítimos) de éstos y a los ascendientes y más tarde agrega, en el art. 703 que, "el que carece de cónyuge o de parientes de los indicados en los arts. 700 y 701, tiene la libre disposición total de sus bienes". Los hermanos están así excluidos, sin duda alguna, del grupo de los herederos forzosos. Aunque ellos existan, el testador goza de la libertad más absoluta para disponer de todos sus bienes a tenor de la disposición expresa del art. 703.

No se puede sostener verdaderamente que el art. 704 nos obliga en el presente caso, a aplicar totalmente las disposiciones de la herencia legal y, por consiguiente, a incluir en la herencia a los hermanos.

El art. 704 sólo tiene por objeto establecer la forma cómo se distribuirá la legítima global entre las personas que tengan participación en ella pero no crear nuevos herederos forzosos. Señala cuotas para los herederos forzosos pero no crea legitimarios.

Así como no necesitamos recurrir a la herencia legal cuando hay un solo descendiente y le otorgamos a él toda la legítima, del mismo modo tenemos que adjudicársela por entero al cónyuge cuando él es el único legitimario.

De otro lado, por tradición, la legítima nunca se ha concedido a los parientes colaterales.

Dice un notable juriconsulto peruano:

Creyeron algunos que la había en el caso de que los hermanos hubieran sido postergados a "persona torpe" para suceder. Mas ni aún en tal supuesto

había en realidad legítima para los hermanos. Lo que había era una institución nula de herederos que colocaba a la sucesión en el plano, total o parcial de la sucesión intestada, dentro de la cual eran llamados los hermanos para ser herederos legales y no forzosos ni legitimarios en la sucesión intestada.

Podemos agregar que nuestro Código de 1852 no consideraba a los hermanos entre los herederos forzosos; y que la Comisión Reformadora tampoco los ha mencionado para nada con tal calidad. De los debates resulta que las únicas reformas que ha querido introducirse en esta materia son: el aumento de la cuota de libre disposición y el reconocimiento, en plena propiedad de una legítima para el cónyuge.

Si se hubiera querido hacer una reforma tan trascendental y novedosa como la de considerar a los hermanos entre los herederos forzosos se habría introducido en el Código disposición expresa e indudablemente se habrían realizado previamente debates muy importantes sobre la materia que registrarían las actas de la Comisión Reformadora.

La vaguedad del Código se debe sin duda a la precipitación con que fué redactada esa parte, sin ponerse en todos los casos que puede originar la herencia forzosa del cónyuge.

### *Segundo problema*

Aclarada esta primera duda se plantea otro problema.

Admitiendo que los hermanos no son herederos forzosos ¿cuánto corresponderá al cónyuge por su legítima si el testador deja hermanos?

Se dan cuatro soluciones:

a).—Para unos, el cónyuge tiene derecho a toda la legítima porque, de acuerdo con el art. 700, la legítima es de los dos tercios; y, si no existe ninguno de los parientes consignados en los arts. 700 y 701, toda ella tiene que ser para el cónyuge, como único legitimario existente.

b).—Para otros el cónyuge tiene derecho a la mitad de la herencia por aplicación interpretativa de los arts. 704 y 768, el segundo de los cuales dice que cuando hay hermanos la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia.

c).—Para ciertos abogados, el cónyuge hereda solamente la mitad de la legítima, o sea la mitad de los dos tercios, también por aplicación interpretativa de los arts. 700 y 768.

Dicen que en la herencia voluntaria, la palabra “herencia” del art. 768 debe entenderse como “legítima” por las razones ya expuestas anteriormente.

d).—Finalmente, suponiendo que el cónyuge debiera heredar sólo una parte de la legítima global (de acuerdo con las teorías comentadas en los puntos b) y c), se sostiene que los hermanos tendrían derecho al sobrante entre lo que recibe el cónyuge y los dos tercios de la herencia, en virtud del art. 768.

Consideramos que los hermanos no tendrían derecho a parte alguna de la legítima global *porque no son herederos forzosos* y que, por consiguiente, la totalidad de la legítima global o sean los dos tercios de la herencia corresponden al cónyuge si no hay descendientes ni padres ni otros ascendientes del causante.

Las reglas de partición establecidas por el art. 768 no son aplicables porque no hay nada que partir. Los hermanos no concurren. El cónyuge está solo. Hay una sola legítima de dos tercios y un solo legitimario, el cónyuge, para recibirla. Hay que fijarse que estamos tratando de la sucesión testamentaria y que, si los hermanos no son herederos forzosos no hay para que aplicar las reglas de la herencia legal que a ellos se refieren. El art. 704 que regula la división de la legítima cuando hay varios herederos forzosos, no funciona en este caso, porque hay un solo legitimario.

F).—*Disminución o supresión de la legítima del cónyuge.*—Determinada así la forma como se distribuirá la legítima en el caso de que el cónyuge concorra a la herencia con otros legitimarios, nos queda todavía un punto para resolver.

Recordemos que la segunda parte del art. 704 del Código Civil establece que el cónyuge perderá su cuota hereditaria si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota y que ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueran menores.

### *Primer problema*

¿Para quién será la porción de que se priva al cónyuge al aplicar la regla del art. 704?

Para algunos esta parte de que se priva al cónyuge debe aumentar la cuota de libre disposición. Sostienen que aún cuando los arts. 700 y 701 señalen una legítima global y digan que el testador no puede disponer de más, eso se ha hecho para regular la forma general de partición, pero que, una vez que se ha señalado lo que toca a los descendientes y ascendientes o a los padres u otros ascendientes, no hay por qué darles lo que hubiera tocado normalmente al cónyuge, pues esto sería aumentar la cuota que a ellos les toca según ley, sin que exista disposición alguna que la ordene.

Dudan tales personas de que la ley establezca un derecho de acrecencia y dicen que, si cada legitimario ha recibido ya lo que le tocaba según ley, no hay razón para aumentar su parte con lo que hubiera tocado al cónyuge.

Agregan que el Código ha querido favorecer la libertad del testador y que por eso este sobrante debe ir a aumentar la cuota de libre disposición.

Citan para ello las frases vertidas por el Dr. Dn. Manuel Augusto Olaechea ante la Comisión Reformadora cuando dijo que:

La porción disponible, además, sirve para satisfacer exigencias respetabilísimas de beneficencia y gratitud respecto de extraños, y merece que el legislador la contemple con tanto interés como la legítima misma; manteniéndola en términos que pueda llenar los objetos que la justifican.

Por mucho que la legítima sea de derecho natural, como el mismo derecho de propiedad, en lo que concierne a su cuotación o a su tasa, la ley civil recobra su imperio y en cierta manera su arbitrio; y nada más justo que el legislador, tomando en consideración las realidades de la vida y los inconvenientes de la establecida, revelados por la observación y la experiencia, trate de modificarla confirmandola todo lo más posible con la equidad que, en este caso, es la justicia.

Agregan que, la mejor prueba de que esta parte debe favorecer al testador ampliando su cuota de libre disposición es que no se ha conservado la regla establecida por el art. 920 del antiguo Código Civil según la cual el exceso debe devolverse a la masa hereditaria para la igualación entre los herederos y el cónyuge sobreviviente.

Si se hubiera querido mantener esa regla, dicen, habría sido reproducida. Si no se ha conservado es, sin duda alguna, porque se ha querido adoptar la solución contraria o sea que el sobrante aumenta la cuota de libre disposición.

Consideramos que este criterio por más bien fundado que parezca no puede aceptarse.

La cantidad que pierde el cónyuge o en que se reduce su legítima deberá devolverse necesariamente, a la masa hereditaria para la igualación entre los herederos legitimarios y el cónyuge sobreviviente. La redacción de los arts. 700 y 701 es excluyente. Niega al testador todo derecho a disponer de mayor cantidad de la que la ley le asigna como cuota de libre disposición, de modo que no puede ser admitido aumento alguno por medio indirecto.

La legítima corresponde a los herederos forzosos y a nadie más. Siendo la actual legítima una sustitución de la antigua cuarta conyugal del Código de 1852, hay que aplicar la regla contenida en el art. 920 de ese Código a que ya nos hemos referido.

El Código contempla expresamente el caso de acrecencia en el art. 726 diciendo que hay derecho de acrecer entre coherederos en el caso del art. 802 o sea, si el testamento (por consiguiente también la ley) no determina la fracción de la herencia que se deja a cada heredero.

El cónyuge tendría que participar en esta acrecencia porque también es heredero y porque si no participa en esta distribución su cuota sería menor que la de los demás herederos forzosos al aumentar la de éstos, cuando la ley quiere que sea igual. En realidad el Código olvidó en el art. 704 que el cónyuge es dueño de los gananciales por derecho propio y los asimila a la herencia.

### *Segundo problema*

Otro problema se plantea por algunos diciendo que la segunda parte del art. 704 que ordena la reducción de la legítima del cónyuge sólo opera cuando hay descendientes, pero no en los demás casos porque el art. 765 sólo manda hacer la reducción cuando hay descendientes.

Consideramos que esta observación no es fundada. El art. 765 no es aplicable. Sólo se refiere a la herencia legal y no a la voluntaria.

El art. 704, en cambio, es de carácter general, carece de excepciones y se refiere a todos los casos en que el cónyuge tenga legítima. Contiene en buena cuenta la regla del art. 928 del antiguo Código Civil que con más claridad decía:

Art. 928.—Siempre que el cónyuge sobreviviente tenga algún legado en el testamento de su consorte, o gananciales provenientes de este matrimonio, o unos y otros, sólo se le completará de la masa hereditaria lo que falte hasta llenar la cuarta conyugal, en los términos y casos que se han expresado.

El hecho de que para la herencia legal se use reglas diferentes y que no se haga la reducción sino cuando hay descendientes, es justificado porque en la herencia legal no hay testador ni, por consiguiente, cuota de libre disposición.

En la herencia testamentaria el causante puede dejar a su cónyuge, si lo considera justo, la cuota de libre disposición en todo o en parte y así compensar la pérdida o disminución de la legítima.

Como en la herencia legal no puede hacer ésto porque el causante no puede manifestar su voluntad, entonces la ley de hecho mejora la situación del cónyuge pues no lo condena a perder su cuota o a disminuirla sino cuando hay descendientes, lo que también se explica por razones obvias de deferencia en favor de éstos.

### *Tercer problema*

Pero hay otro problema y es éste:

¿La disminución de la cuota del cónyuge tiene lugar en cualquier caso en que reciba gananciales, aunque no existan otros herederos forzosos? ¿Si hay hermanos u otros parientes colaterales podrá dejarles el testador este exceso?

Consideramos que la cuota del cónyuge no se reduce, por las razones expuestas anteriormente. El art. 704 contiene las reglas de partición de la legítima cuando varios participan en ella, pero no es aplicable cuando hay un solo legitimario, el cónyuge, y, por consiguiente no hay otras personas con quien dividirla.

Privar al cónyuge de parte de su legítima para darla a extraños sería violar este principio y aumentar la cuota de libre disposición que, según ley, es rigurosamente limitada.

*Luis ECHECOPAR GARCIA.*