

Vocación hereditaria y concentración de riquezas: una visión desde la legislación¹

The right to inheritance and the wealth accumulation: an overview from statute law

Héctor Omar Noejovich Ch.

RESUMEN: Se analiza la evolución de las instituciones hereditarias en términos históricos proyectándolas y confrontándolas con la legislación contemporánea. La hipótesis central es que varias de estas legislaciones son renuentes a permitir una real división y conformación de un mercado de bienes, especialmente en relación con la tierra.

PALABRAS CLAVES: Herencia, sucesión, comunidad, mayorazgo, concentración de riqueza, Códigos Civiles.

ABSTRACT: This paper aims to develop the evolution of inheritance law from an historical perspective, in order to compare them with the contemporary legislation. The central hypothesis is that many of these laws are reluctant to allow real-division and creation of a market for goods, especially in relation to land.

KEY WORDS: Inheritance, succession, community, primogeniture, concentration of wealth, civil codes.

1 Este trabajo deriva de la Ponencia presentada en el *Congreso en Conmemoración de los 50 años de FLACSO*, que tuvo lugar en Quito, Ecuador, Octubre de 2007.

Introducción

La literatura sobre el tema que nos ocupa usualmente parte de casos puntuales infringiendo, a veces, el *corpus* jurídico que señalan los marcos institucionales; por ello, enfatizaremos en la interpretación de la hermenéutica jurídica que implica la doctrina contenida en aquellos.

En este ensayo revisaremos, principalmente, el problema de la categorización en materia de derechos hereditarios, a la luz de la evolución institucional de ciertos elementos y nomenclaturas usualmente utilizados en los documentos judiciales que sirven de fuentes para la investigación histórica.

Nuestra hipótesis es que las reformas de las instituciones hereditarias no se profundizaron en la liberación de los sistemas hereditarios comúnmente denominados de *Ancien Regime*. El análisis apunta hacia los mismos en una perspectiva histórica, tanto proveniente de la península ibérica como del mundo andino prehispánico. La historiografía ha centrado tradicionalmente el tema en la problemática de la “desamortización de la tierra”, habida cuenta que una parte sustancial de la tierra estaba en “manos muertas” cuando —es decir, en las instituciones religiosas, mediante los censos y las capellanías, usualmente generados por disposiciones testamentarias— se produjo la “ola liberal” de mediados del siglo XIX.

Pero al lado de esa temática esta el problema de la “vinculación”, que surge de los sistemas hereditarios y comunitarios, especialmente en la amalgama surgida entre los sistemas autóctonos y los castellanos y que ha permitido continuar con formas de concentración de riqueza, en un marco de “liberación” de restricciones a la adquisición de la propiedad por vía hereditaria.

Los primeros, a través de los mayorazgos, tanto de “iure” como de “facto”, permitieron la concentración de la propiedad, especialmente rural; los segundos, relacionados con los linajes —ayllu, calpulli— vincularon también las tierras con el parentesco (Cf. Noejovich, 1996, 2003, 2005). En ambos casos, el elemento familia, aunque con orígenes distintos, tiende a impedir la subdivisión de la propiedad; el resultado, puede sintetizarse en el binomio “hacienda-comunidad”, de profusa discusión en la historiografía latinoamericana.

La problemática y la hermenéutica jurídica

Una primera precisión es la conceptualización de los vocablos utilizados², muchas veces en forma indistinta, como en el caso de *herencia* y *sucesión*. La *sucesión* no implica necesariamente el traspaso de derechos patrimoniales, sino el reemplazo de una persona por otra en determinada posición: puede ser tanto *inter vivos* o *mortis causa*.

La herencia, en cambio, deriva del *heritas* romano que se producía *mortis causa*. En tiempos de la Roma primitiva, la institución no era meramente de carácter patrimonial, sino era la sucesión del “jefe agnaticio”, en tanto jefe político, además de la trasmisión de los derechos del paterfamilia, que incluían el *dominium, potestas y manus*³ (Bonfante, 1924: Vol. I,; 165 y ss.; 1929: 536 y ss.). Era simultáneamente posicional y patrimonial, a la vez que unilineal en términos de parentesco.

Bajo esa tesitura, la “herencia”, en el sentido prehispánico, se refería simplemente al “poder”, consistente en la capacidad de asignar recursos, de dirigir, de redistribuir lo producido en común: era una “herencia posicional” (Cf. Salles y Noejovich, 2006). Ese sentido “posicional” sustenta al “retracto”, especialmente el “familiar o gentilicio”⁴.

En el sistema hereditario español, el “retracto” es la defensa de los herederos forzosos frente a las liberalidades del testador y/o las efectuadas *inter vivos* en los casos de “herencia” *ab-intestato*⁵; en el referido ejemplo, subyace la misma motivación: concentrar familiarmente el patrimonio, especialmente “el recurso tierra”⁶.

2 Cf. Salles y Noejovich, 2006

3 Sobre derechos patrimoniales, sobre los hijos varones y sobre la esposa y la hijas, incluidas las nueras, respectivamente.

4 “Retrait lignager” en el derecho francés.

5 Cabanellas (1979, V: 761) señala: “La jurisprudencia española ha fijado el fundamento del retracto legal no en la codicia privada sino en un elevado interés social de consolidar los dominios desmembrados o indivisos, de terminar con la parcelación de la propiedad; por lo cual procede contra los extraños a los intereses protegidos” Por nuestra parte debemos resaltar la diferencia con la “colación”: esta es la acción frente a los coherederos “mejorados” ilegalmente.

6 Esto es una característica de las sociedades agrarias, como puede verse en el Levítico 25 o en las leyes de Solon, cancelando las *horoi* para impedir la ejecución de las garantías inmobiliarias (Cf. Austin y Vidal-Nacquet, 1973).

Pero no solamente el “retracto” evidencia esa tendencia a la concentración familiar, sino también las instituciones que conforman la “vocación hereditaria”: “herederos forzosos”, “legítima”, “mejora”, “libre disposición”, “bienes gananciales” y “grado de parentesco colateral”. Esos conceptos, en su evolución histórica⁷, constituyen el sujeto de la discusión.

El carácter de “heredero forzoso”, usualmente reservado para descendientes y ascendientes, en el más puro sentido agnaticio, es la figura que impide tanto la desheredación, como la intromisión de extraños del grupo familiar. El “grado de parentesco colateral” y el tratamiento de los “bienes gananciales”, especialmente en los derechos hereditarios de la mujer, tienen el mismo sentido de consolidación del núcleo familiar primigenio⁸.

Pero la institución más compleja, a mi modo de ver, es la “mejora” y la “legítima”, esta última correspondida por la “libre disposición”. Es esta parte que no resulta clara en la historiografía. Así, por ejemplo, en un excelente y reciente trabajo sobre un pleito en el siglo XVII (Mallo y Lagunas, 2005), se menciona al “mejorado”, sin precisar la magnitud de la “mejora” y asignando un “50%” a la viuda, interpretación que presume al difunto careciendo de bienes propios y aplicando un “criterio moderno” a la sociedad conyugal.

El aspecto controversial nos parece plasmado en la siguiente cita que refiere el problema en el período republicano temprano, cuando aún estaban en gestación los Códigos Civiles de inspiración “liberal”:

Acostúmbrase en nuestro país a deducir el *tercio* y *quinto* que en las testamentarias se deja de *mejoras*, de esta manera: primeramente se rebaja la *quinta parte* del caudal común; en seguida se saca la *tercera del residuo*; luego se subdivide éste en tantas porciones iguales como son las herencias, y después se procede a las demás estaciones de la partición. Práctica ésta muy antigua y que se observa tanto en nuestra República como en otras naciones; más ella está declarando la guerra, en mi concepto, a la voluntad del testador, a las legítimas de los herederos, y aun a los mismos mejorados entre sí cuando son distintos. Digo lo primeros, porque

7 Sobre el sentido histórico de categorías como la “propiedad” ver Congost, 2003.

8 Por ejemplo, en el *Liber Iudicium* de Rescenvito del 654, reproducido en el *Fuero Juzgo* de 1247, el cónyuge heredaba después el 7° grado de descendencia colateral.

disponiendo el testador que del cuerpo de todos sus bienes sé *tercio* y *quinto* a uno o más de sus hijos, no aparece razón legal para deducir un quebrado íntegro de todo el caudal, y el otro diminuto. Digo lo segundo, porque girándose la cuenta del modo expuesto, hay exceso a favor de las mejoras que precisamente grava las legítimas; y digo lo tercero, porque es imposible que el *mejorado* en el *tercio* perciba su legado cabal, desde que se ha rebajado la quinta parte de todos los bienes para entregarla al que es mejorado en ella⁹.

Modernamente, no todos los Códigos Civiles no hacen esa distinción que, sin embargo, es relevante para la historia colonial y la republicana temprana. Entre una y otra interpretación hay 1/15 de diferencia que afecta la legítima pero, más importante aún es que el “control” sobre las propiedades por el mejorado: a esos efectos no es lo mismo tener 7/15 que 8/15, dado que, en este supuesto, frente a una herencia indivisa, el “mejorado” podía tener más del 50%

La familia como “comunidad”

La denominación de “tierras del común” fue la nomenclatura utilizada por los españoles para conceptuar la organización productiva indígena, especialmente en el caso andino al que están referidas nuestras investigaciones (Cf. Noejovich, 1996, 2003).

En este ámbito, los españoles tuvieron una clara conciencia, tanto de la falta de continuidad en la ocupación de tierras por una misma persona, como de la inexistencia de un derecho de propiedad, a imagen y semejanza de aquel que estaban acostumbrados a reconocer y respetar (Noejovich, 1996:212).

La siguiente cita de Matienzo (1967 [1567]) ilustra el caso: “... a cada uno en particular debe darse tantos topos *que sepa y entienda que son suyos* y que nadie se las ha de poder quitar ni tomar...” ...”porque hasta aquí *no han poseído tierras propias antes el cacique se las reparte como él quiere*” (Noejovich, 1996:57; cursiva mía).

9 Carta de don Joaquín Bernardo Sapiain, *El Araucano* N° 482, 22.11.1839. En: Chile, 1966: 51. (Cursiva mía).

Remontándonos a la época arcaica romana, la única comunidad o dominio indiviso, era el *consortium erecto non cito*, que se instauraba entre los hermanos, de pleno derecho, a la muerte del padre (Burdese, 1975:350). Era una especie de sociedad, propia de los ciudadanos romanos, que se formaba legal y naturalmente, sin necesidad de previo consentimiento para asociarse¹⁰.

Esta es la visión romana que heredamos a través de *De bello gallico* de César y la *Germania*, de Tácito, cuando ellos describen la “comunidad agraria” de los germanos (Ourliac, 1952:63).

Hay implícita una idea de “sociedad”, que también se encuentra en la península ibérica medieval¹¹. Esta fue la concepción que prevalecía entre los cronistas y funcionarios españoles, cuando mencionaban las “tierras de comunidad” o las “tierras del común”. Ello es totalmente ajeno en los Andes, especialmente por los repartos anuales de tierra y la agricultura de secano.

El vínculo familiar en la España medieval se reflejaba en la comunidad no solamente de los herederos, sino entre padres e hijos, que tienen una masa patrimonial común que permanece indivisa, cuyo antecedente más remoto aparece en Asturias en 868 (Montanos Ferrin, 1980:170-171); de otro lado, la protección de la legítima aparece inicialmente como limitación a las liberalidades *ex anima* a órdenes religiosas (Montanos Ferrin, 1980: 309).

Concuerda con el antiguo derecho germánico, donde el padre administraba los “bienes de la madre” fallecida, reteniendo el usufructo hasta la mayoría de edad de los hijos, extinguiéndose por segundas nupcias; pero aún así, el hijo casado solo recibía dos tercios y el soltero la mitad, siempre del usufructo (Calabrus Lara, 1991:116-117). Contrariamente, la mujer concurría con los hijos sobre los “bienes del padre”, también bajo

10 Gayo. *Instituciones*. III, 154a, 154b.

11 En el caso andino, por ejemplo, los repartos anuales de tierras y la administración de pisos ecológicos hacía discontinua la territorialidad. Pease (1984), nos relata como los caciques “compraban” tierras para reconstruir su “hábitat” alterado por las reducciones toledanas. Podemos encontrar en la intención una similitud con el “retracto” que mencionáramos, aun cuando la idea de comunidad es distinta en España y en el Perú (Cf. Arguedas, 1992).

la modalidad del usufructo¹².

Beneyto Pérez (1930, II:129) señala que el Derecho germánico construyó la teoría de sucesiones según un concepto de comunidad. Adicionalmente, en opinión de Arrizuy Galárraga (1977:129) aquel era extraño a las disposiciones de última voluntad, que solo fue reconocido con finalidad *pro anima*, predominando la sucesión legítima de herederos forzosos. Refuerza el autor citado el carácter “familiar comunitario”, manifestando: “La evolución del Derecho altomedieval tiende hacia una nueva forma hereditaria, donde, por las circunstancias especiales en las que la vida se desenvuelve la comunidad familiar adquiere una excepcional importancia. En este contexto, la sucesión voluntaria era algo carente de sentido y el recurrir al testamento innecesario (Galárraga, 1977:132).

Quedaría más o menos evidenciado, por los autores citados, que el mentado “quinto”, era una liberalidad cuyo destino original era la Iglesia y/o las órdenes religiosas, al menos en las leyes forales de la Alta Edad Media.

La legislación en la baja Edad Media y la transformación borbónica

El *Fuero Juzgo* (1841 [1241]) extendía también la herencia hasta el 7º grado colateral¹³; la madre concurre con los hijos¹⁴, en tanto “que las ganancias hechas durante el matrimonio entre marido y mujer se partan conforme cada uno trajo al matrimonio”¹⁵. Aparece también el concepto de “tercio y quinto” en forma separada y una concepción de los “bienes gananciales” diferente a las legislaciones modernas: “Que los hijos, y los nietos, son herederos forzosos, y así el padre y abuelo no lo pueden desheredar sin causa, ni puede el padre ni abuelo disponer de sus bienes en su testamento, sino es de la *tercera parte* entre sus hijos y nietos y la *quinta* por su anima y entre extraños...” (Libro 4º, Título 4º, Ley I; cursiva mía).

12 Siguiendo ese precepto como línea de investigación, una hipótesis a revisar y contrastar, es la *indivisión de la “nuda propiedad”*

13 Libro 4º, Título 1º, Ley VII.

14 Libro 4º, Título 2º, Ley XV.

15 Libro 4º, Título 2º, Ley XVII.

Es aquí donde se inicia el conflicto interpretativo que indicáramos líneas más arriba, se hace también confuso en las *Leyes de Toro*.

El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador no se saque de las dotes y donaciones propter nupcias...” (Ley 25, cursiva mía).

Si el padre ó la madre en testamento ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por otro algún contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que los *mejoren en el tercio ó en el quinto*, entiendese que le *mejorarán en el tercio y quinto* de sus bienes y que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro pueda *mejorar* mas de lo que mas fuere el valor de dicho *tercio y quinto* (Ley XXVI, cursiva mía).

Según las interpretaciones del siglo XVIII sobre las *Leyes de Toro* (Gómez, 1785), contemporánea con la *Novísima Recopilación de Carlos III*, aparentemente se debía deducir primero el *quinto* y del remanente se tomaba el *tercio*, como surge de la siguiente cita:

Debiéndose deducir primero el quinto que el tercio, obstante de estar primero en el orden de quantas leyes hablan de mejoramiento, por quanto costeándose regularmente el quinto los sufragios para el alma del testados, haya mayor fondo para aun fin tan piadoso lo qual cesa quando el padre o madre previniese lo contrario; porque siendo lo primero en su beneficio, puede justamente renunciarlo; lo mismo si hubiese precedido mejora del tercio irrevocable hecha por el padre; porque entonces se sacará del resto del caudal á causa de ser inalterable el derecho que se le adquirió al mejorado en el tercio, en virtud del motivo que produjo la irrevocación (nota a la Ley XVII).

Sin embargo, el texto que antecede parece indicar dos posibilidades: (i) *mortis causa* el orden sería primero el *quinto* y luego el *tercio*; (ii) *inter vivos*, la mejora del *tercio* quedaba firme, si era irrevocable. En efecto, la Ley XVII establecía la revocabilidad del *tercio*, supuestamente otorgado en vida, hasta la “hora de su muerte”, si se hubiese reservado ese derecho, especialmente si hubiese transferido el bien en vida¹⁶. Esta distinción no se encuentra en la doctrina contemporánea sobre la materia, que sostiene el privilegio del *quinto* sobre el *tercio* (Ots Capdequí, 1943, I :49/150).

16 Similar a aquello que modernamente conocemos como “anticipo de legítima”.

Aquello que se trasluce de la *Novísima Recopilación* es la Ley III del Título X, referida a una Cédula dada por Fernando e Isabel y Granada en 1501, ratificada por Carlos y Juana en Valladolid en 1523, por la cual dejando intestados a hijos y parientes hasta el 4º grado “no lleven de ella el quinto de ellos los Ministros de las Ordenes de la Trinidad y Merced ni de la Cruzada” que *ese “quinto” se trataba no solamente de una disposición, sino también una costumbre.*

Maldonado y Fernández Toro (1944) señala que esa costumbre viene del derecho visigótico, con Chindavinto, atribuyendo la doctrina a San Agustín (29-30), mientras Lacoste (1911) la señala como cuota obligatoria en “razón del alma”, apoyándose en la Ley 214 del Estilo (211), en tanto que Valdeavellano insiste sobre el carácter tradicional proveniente del Derecho visigótico (1932:129-176). De cualquier forma esa “*manda*¹⁷ *pro anima*” se transforma *ad pias causas* durante los siglos XVI y XVII, aun cuando la especificidad del alma ya no se encuentra en las *Partidas*¹⁸ y puede ser destinada también a la *mejora* (Maldonado y Fernández del Toro, 1944:132-134).

Es claro que la acumulación del *tercio* y el *quinto* en un solo heredero, especialmente el primogénito, permitía la fundación de mayorazgo, ya sea por *mejora del tercio ínter vivos* o *mejora del tercio testamentaria*, acumulando ambas con el *quinto mortis causa*¹⁹. Si bien los mayorazgos formales *de iure* fueron suprimidos por Decreto de Carlos III, del 28 de abril de 1789, ratificado por Cédula del Consejo Real el 14 de mayo de 1789 (*Novísima Recopilación*, Ley XII), acumulando ambas mejoras se concentraba igualmente el patrimonio, de facto, en una suerte de “mayorazgo informal”, al menos por “una vida”. Suponiendo que el heredero repitiese la misma operación en un término de 20 años y una renta anual del 5%, por ejemplo, y además se transformase en una “tradicón familiar”, la concentración perviviría²⁰.

17 Manda = gravamen o carga de los herederos.

18 Nos referimos a las *Partidas de Alfonso el Sabio*.

19 En un caso sería $8/15 = 53.33\%$ y en el otro $7/15 = 46.67\%$ promediando ambas el 50% del acervo hereditario.

20 Ese capital sería 2.65 veces al heredado; a esa tasa se necesita 14 años para duplicarse.

comunidades, herencia y codificación “liberal”

Los efluvios republicanos y de inspiración republicana, se dirigieron hacia las *comunidades indígenas* en búsqueda de su parcelación; esta, como veremos luego respecto de la *herencia*, buscaba la “desconcentración” y la “ex vinculación” de aquellas, en tanto que respecto de la concentración familiar la tendencia no resultaba clara, salvo la desvinculación de la propiedad eclesiástica.

Un ejemplo temprano es el *Decreto de Simón Bolívar del 8 de abril de 1824* (Oviedo, 1881/70 II:23-24; C.L.D.O, 1842-53, II:129 N°131), que en sus considerandos señala:

Que a pesar...nunca se ha verificado la *repartición de tierras con la proporción debida*.

Que la mayor parte de los naturales *han carecido del goce y posesión de ellas*
Que mucha de las tierras aplicables a los llamados Indios se hallan usurpadas por varios pretextos por caciques y recaudadores.

Que el *uso precario que les concedió el Gobierno Español*.

Que la Constitución de la República *no reconoce la autoridad de los caciques* sino de los intendentes (cursiva mía).

Volvemos a aquellos elementos que mencionáramos al inicio, especialmente los atinentes a la asignación periódica de tierras y la función de los caciques, asimilándola a la usurpación; aun cuando en muchos casos esto fuera así, no puede generalizarse y, antes bien, se trata de imponer un sistema.

En el artículo 2º, del acotado, se indica: “En la *masa repartible* se incluirán aquellas de que se han aprovechado los caciques y recaudadores por razón de su oficio...” (cursiva mía).

Como ya señalara:

Resulta bastante obvio, independientemente de los abusos innegables, que existía una *masa repartible*, es decir tierra sin cultivar; sabemos que esto era parte del sistema rotativo de cultivos y de la siembra en distintos pisos ecológicos, pero que nuestros predecesores no lo entendían, o no querían entender. ¿Qué es eso de masa repartible? ¿Sobraba tierra?

Este es un punto muy importante que se repetirá de tiempo en tiempo en la legislación analizada, evidenciando, para mí, una dualidad de comportamiento del Estado... (Noejovich, 1991: 48-49).

El 1° de diciembre de 1829, a petición de don Domingo Cirio, para que se pronuncie sobre la posesión de bienes antiguamente *vinculados*, el Congreso resuelve: "...que los poseedores de bienes vinculados desde la publicación de la constitución son obligados al cumplimiento de los contratos que hayan celebrado, en la parte que la ley sobre enajenaciones les conceda la disposición libre" (Oviedo, 1830-42, III:241).

He aquí un criterio de "desvinculación" limitado por la "libre disposición", a partir del cual por la "regla de la analogía", podemos interpretar un paralelismo con los derechos hereditarios respecto de la conservación del patrimonio familiar y formular una hipótesis de comportamiento social en el contexto de la época. Desde ese ángulo, los derechos de la "comunidades indígenas", formada a partir de los *ayllus* adquieren un "sentido gentilicio".

Durante el interregno que representó la Confederación Peruano-Boliviana, entre 1836-39, se sancionó el *Código Civil de Santa Cruz de 1836*. El artículo 299° estableció que: "Bienes comunes son aquellos a cuya propiedad y producto tienen un derecho adquirido los habitantes de una o muchas comunidades"

Aquí la doctrina de la parcelación bolivariana es sustituida y no exige la desvinculación²¹; al mismo tiempo y, respecto de la *herencia* mantiene la libre disposición del "quinto de sus bienes entre sus hijos, parientes o extraños"²², como así también faculta a "disponer del tercio entre todos

21 Que recién aparecerá en Bolivia durante la dictadura de Melgarejo, con los decretos de 1866 y 1868, autorizando la venta de tierras comunales y sobrantes en provecho del Estado; la parcelación se produce a raíz de la *Ley de Ex vinculación de 1874* (Cf. Demelas Bohy, 1999:129 y ss.). En el caso peruano no solamente se impidió en los hechos la parcelación, sino que las comunidades indígenas fueron reconocidas por la Constitución de 1920 y como sujetos de derecho privado en el Código Civil de 1936 (Cf. Noejovich, 1991); ese reconocimiento fue motivo de arduas polémicas desde posiciones antagónicas, como las de Villarán (1907) y Eguiguren (1916).

22 *Código Civil Boliviano de Santa Cruz* (1906 [1831]), antecedente del *Código de la Confederación de Santa Cruz de 1836*, artículo 559 —numerado como 570 en la edición aquí citada.

los hijos”²³. Es interesante señalar, respecto del problema del *tercio* y el *quinto*, esta legislación interpreta en el mismo sentido que señalamos anteriormente: “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 la del tercio*”²⁴

Estas y otras disposiciones contenidas en la obra legislativa de Santa Cruz en materia civil, tenían como fuente la *Novísima Recopilación* y no tanto en el *Code Napoleon*, como es de creencia general, sino que tuvieron en cuenta la realidad americana, tanto en el reconocimiento de las estructuras ancestrales, como la herencia del Derecho Indiano y el Derecho Castellano (Cf. Abecia, Valdivieso, 1977)²⁵.

En el *Proyecto Vidaurre* para el Código Civil Peruano (1836) no aporta mayores especificaciones, limitándose a señalar que “el padre tiene la libre disposición en el *tercio* y en el *quinto* de los bienes”²⁶. Por su parte, el *Proyecto Andrés Bello* (1890, XIII), establecía ciertas “jerarquías” para la *herencia ab intestato*. Hijos legítimos excluyen naturales, salvo al cónyuge²⁷ y a falta de estos la legítima es de 3/5 para los ascendientes, 1/5 para el cónyuge y 1/5 para los naturales²⁸, en tanto que si hubiese hermanos, cónyuge e hijos naturales la distribución es de 1/3 para cada uno²⁹.

Para el caso testamentario, la normatividad es también compleja: establece el derecho a la “porción conyugal”, asignación patrimonial “que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para

23 *Código Civil Boliviano de Santa Cruz* (1906 [1831]), artículo 560 —numerado como 571 en la edición aquí citada.

24 *Código Civil Boliviano de Santa Cruz* (1906 [1831]), artículo 566 —numerado como 577 en la edición aquí citada.

25 *Code Napoléon* (Roger, 1873) Establecía que la libre disposición era de 1/2, si dejaba un hijo; 1/3, si dejaba dos; 1/4 si dejaba tres. Esas liberalidades eran tanto testamentarias como *intervivos* (artículos 913, 914 y 915; los antecedentes se remiten a los Reyes Francos). De otro lado los colaterales heredan hasta el 12° grado (artículo 755), disposición que muestra el espíritu familiar imperante.

26 *Code Napoléon*, 3ª parte, Título 2º, artículo 4º.

27 *Code Napoléon* artículo 1149

28 *Code Napoléon*, artículo 1151

29 *Code Napoléon*, artículo 1152

su sustentación”³⁰. Introduce también el concepto de “legítima rigurosa” fijada en $\frac{1}{2}$ y a falta de descendientes legítimos, la distribución es $\frac{1}{2}$ para los ascendientes, $\frac{1}{4}$ para los hijos naturales y $\frac{1}{4}$ de libre disposición³¹, deduciendo del $\frac{1}{2}$ de los ascendientes la “porción conyugal”. En la práctica la concentración del 50% que señalamos continúa prevaleciendo, toda vez que concuerda el concepto de “legítima rigurosa” sigue siendo $\frac{1}{2}$ ³².

En el caso del *Código Civil del Perú de 1852* (1870) el *quinto* es de libre disposición, salvo que hubiese hijos naturales u otros descendientes alimentarios, pero la mejora del *tercio* es excluyente del *quinto si hubiese hijos legítimos*; solo es acumulable en el caso de hijos naturales, concurriendo la mujer hasta con los colaterales de 4º y a falta de ella, el derecho hereditario se extiende hasta el 6º grado.

Revisando otras legislaciones, encontramos que el *Código Civil de la República Oriental del Uruguay de 1867* (1907), introduce el concepto de “porción conyugal” y la “legítima” se gradúa según el número de herederos legítimos³³ y la “vocación hereditaria” de colaterales se extienden hasta el 10º grado³⁴. Asimismo, el *Código Civil del Ecuador de 1857* (1930) concuerda con el *Proyecto Andrés Bello de 1847*, con la peculiaridad de fijar la “porción conyugal” en $\frac{1}{4}$ ³⁵.

Es interesante acotar que el *Código Civil de España de 1889* establece como “legítima” los $\frac{2}{3}$ del patrimonio, pero que se puede “utilizar la mitad” para mejorar, sin perjuicio de $\frac{1}{3}$ de “libre disposición”; en la práctica esto significa que existe la posibilidad de concentrar en un heredero forzoso el 66.66%. Tanto este criterio, como el de las legislaciones citadas, contrasta con la línea seguida por Vélez Sarsfield en materia de derechos hereditarios testamentarios³⁶.

30 *Code Napoléon*, artículo 1332

31 *Code Napoléon*, artículo 1345

32 Siguiendo el *Proyecto Andrés Bello*, el *Código Civil de Chile* (1961 [1857], artículo 1184 (incluye modificación por Ley 10271 del 2 de abril de 1952): $\frac{1}{4}$ de mejora + $\frac{1}{4}$ de libre disposición. Concuerda con los comentarios de Lastarria (1864).

33 Si hay un heredero legítimo, legítima = 50%; si hay dos = $\frac{2}{3}$; si hay tres o más = $\frac{3}{4}$ (artículo 862).

34 *Código Civil de Chile* artículo 1003.

35 *Código Civil de Chile* Ibídem, artículo 1168.

36 Dentro de la variedad de tópicos pendientes de investigar, está el caso argentino.

Finalmente, si nos referimos a Códigos modernos, el *Código Civil Boliviano de 1975*, sigue pautas semejantes al peruano y al argentino, mientras el *Código Civil Colombiano de 1887*, sigue la línea del proyecto Andrés Bello y de los Códigos derivados señalados más arriba. Es interesante destacar, que el *Código Civil de México DF de 1928*, solo cubre como “legítima” los derechos alimentarios, dejando implícitamente al testador en libertad de disponer de sus bienes.

Reflexiones finales

Mis pretensiones están orientadas a generar un marco conceptual para futuras investigaciones documentales; las interpretaciones aquí ofrecidas, indudablemente, hacen necesaria su contrastación con fuentes documentales. Las primeras apreciaciones sugieren:

- (1) Tanto en la sociedad medieval ibérica, como en la prehispánica andina, el sentido de “comunidad” entendida como concentración de recursos era un rasgo común.
- (2) Si bien en ambos casos el sustento es el vínculo de parentesco, en el caso ibérico se encuentra inmerso en un sistema patrimonial regulado por los derechos hereditarios.
- (3) Las instituciones ibéricas, mediante la testamentaría y las prerrogativas regulatorias para la distribución de bienes concedidas al testador, robustecen ese proceso de concentración.
- (4) La secuela de las reformas borbónicas en América del Sur y las reformas de legislación “liberal” del siglo XIX, fueron congruentes con la tendencia a la concentración familiar de los patrimonios, promovida a través de la regulación de los derechos hereditarios.
- (5) Bajo esa tesitura, las “reformas liberales” para permitir la división y circulación de la tierra, no parecen haber tenido como objetivo ser

dirigidas a la legislación hereditaria sino, antes bien, se orientaron principalmente hacia la desamortización eclesiástica y financiera laica, exteriorizada a través de la dependencia hacia los censos y capellanías.

- (6) El sistema hereditario español, aun después de la abolición de los mayorazgos, dejó un camino abierto para la concentración patrimonial.

- (7) Finalmente, y pensando en futuras investigaciones, especialmente las de género, habría que contrastar estas ideas respecto de la situación patrimonial de la mujer, respecto de los conceptos de bienes dotales, parafernales y gananciales, aspecto muy prometedor.

Creemos haber contribuido a las investigaciones en el área con la revisión comparativa latinoamericana, a nuestro juicio no suficientemente desarrollada y usualmente enfocada localmente; asimismo el aporte es establecer un marco conceptual para futuras incursiones en el área.

Bibliografía

Fuentes

- Bello, Andrés, *Proyecto inédito del Código Civil*. En: *Obras completas de Andrés Bello* volumen XIII. Santiago: Imprenta Pedro G. Ramírez. 1890 [1847].
- C.L.D.O., *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde su Independencia*, T. I a VII. Lima: Masías, 1830-42.
- Código Civil del Ecuador*. Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1930 [1857].
- Código Civil de Chile*. Madrid, Instituto de la Cultura Hispánica, 1961 [1857].
- Código Civil de España*. Madrid, Instituto de la Cultura Hispánica, 1959 [1889].
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Montevideo, A. Barreiro y Ramos, 1906 [1867].
- Código Civil (Confederación Peruano-Boliviana)*. Lima, José Masías, 1836.
- Código Civil de Bolivia*. Cochabamba, Editorial Serrano, 1976.
- Código Civil para el Distrito Federal*. Porrúa, México, 1980 [1928].
- Código Civil de Colombia*. Bogotá, Legis S.A., 2006 [1887].
- Chile. Comisión nacional de conmemoración de la muerte de Andrés Bello. *La prensa chilena y la codificación 1822-1878: antecedentes para la historia del código civil de Chile*. Santiago, La Comisión, 1966.
- Fuentes, M. A. y Lama, M. A. (Ed.) *Código Civil del Perú*. Lima, Imprenta del Estado, 1870.
- Gómez, Antonio. *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*. Madrid, Imprenta de D. Joseph Doblado, 1785.
- López, Gregorio (Ed.). *Las partidas del sabio Rey Alfonso el Nono nuevamente Glodadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*. Salamanca MDLV, 1555.
- Malleu Balboa, Enrique (Ed.) *Código Civil Boliviano*. La Paz, Imprenta Velarde Yanacochoa, 1906 [1831].
- Novísima recopilación de las leyes de España divididos en XII libros en que se reforma la recopilación publicada por el Sr. Felipe III, en el año 1567*. Madrid, Sachs, 1805/29.
- Oviedo, Juan (Ed), *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. 16 volúmenes. Lima, F. Bailly, 1861/70.

- Roger, Auguste (Ed). *Codes et lois usuelles classées par ordre alphabétique collationnés sur les textes officiels présentant en note sous chaque article des codes ses différentes modifications, la corrélation des articles entre eux, la concordance avec le droit romain, l'ancienne législation française et les lois nouvelles*. París, Garnier Frères, 1873.
- Vidaurre, M. L. *Proyecto de Código Civil Peruano*. Lima, Imprenta del constitucional Justo León, 1835.
- Villadiego, Alonso de (Ed.). *El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Madrid, Imprenta de León Amauta, 1841 [1247].

Referencias citadas

- Abecia Baldivieso, Valentín. “La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz”. En: *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia: temas relativos al acto de su instalación y períodos históricos de la vida judicial en la República: comentarios referentes a la nueva legislación civil boliviana*. Sucre, La Corte, 1977: 15-42.
- Arguedas, José María. *Las comunidades de España y del Perú*. Madrid, ICI, 1992 [1968].
- Arvizu y Galárraga, Fernando de. *La disposición “mortis causa” en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.
- Austin, Michel y VidalNaquet, Pierre. *Economie et sociétés dans la Grèce ancienne*. Paris, Colin, 1973.
- Beneyto Pérez, Juan. *Instituciones del Derecho Histórico Español*, volumen II. Madrid, Librería Bosch, 1930.
- Burdese, Alberto. *Manuale de Diritto Privato Romano*. Torino, UTET, 1975.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. 6 volúmenes. Buenos Aires, Heliasta SRL, 1979.
- Calabrus Lara, José. *Las relaciones paternos-familiares en la legislación visigótica*. Granada, Instituto de Historia del Derecho, 1991.
- Congost, Rosa. “Property Rights and Historical Analysis. What Rights? What History? *Past and Present*, N°181 (Oxford, 2003): 73-106.
- Demelas Bohy, Marie Danielle. “La desvinculación de las tierras comunales en Bolivia S. XIX-XX”. En: PRIEN, Hans-Jürgen y Rosa María Martínez de Codes (Comp.). *El proceso desvinculador y desamortizador de bienes eclesiásticos y comunales en la América española. Siglos XVIII y XIX*. AHILA, Cuadernos de historia latinoamericana, 1999: 129-155.

- Egiguren, Luis. *El ayllu peruano y su condición legal*. Lima, La Opinión Nacional, 1914.
- Lacoste, Pierre. "Essai sur les 'mejoras' aux avantage légitimaires". En: *Le Droit espagnol ancien e moderne*. París, A. Rousseau, 1911: 25-32.
- Lastarria, José. *Instituto del Derecho Civil chileno*. Gante, Vanderhaeghen, 1864.
- Maldonado y Fernández del Toro, José. *Herencias a favor del alma en el derecho español*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944.
- Mallo, Silvia y Lagunas, Cecilia. "Imágenes, mujeres y justicia. Pleitos civiles entre dos mundos, siglo XVII" En: Barrera, Darío y Carzolio, María Inés (Comp.). *Política, Cultura, Religión. Del Antiguo Régimen a la formación de los Estados Nacionales. Homenaje a Reyna Pastor*. Rosario, Prohistoria Ediciones, 2005: 28-42.
- Montanos Ferrin, Emma, *La familia en la alta edad media española*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1980.
- Noejovich, Héctor Omar, «Las relaciones del Estado Peruano con la población indígena en el siglo XIX, a través de su legislación». En: *Histórica*, XV:1, Fondo Editorial PUCP (Lima, 1991): 43-62.
-
- Los albores de la economía americana. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1996.
-
- "La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes". *Derecho*, 56, PUCP, Fondo Editorial PUCP (Lima 2003): 989-1014.
-
- "La desvinculación y la desamortización de la propiedad en América: una visión del caso peruano a través de su legislación". *Ponencia presentada en el XIV Congreso Internacional de AHILA*, Castellon de Plana, 2005.
- Ots Capdequi, José María. *Manual de historia del Derecho Español en las Indias*. Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943.
- Ourliac, Paul. *Historia del Derecho*. Puebla, Cajica, 1952.
- Pease, Franklin, "Índice de los registros notariales de Moquegua. Una introducción". En: Masuda, Soso (Ed.). *Contribuciones a los Estudios de los Andes Centrales*. Universidad de Tokio, 1984: 149-173.
- Salles, Estela Cristina y Noejovich, Héctor Omar. "La herencia femenina andina prehispánica y su transformación en el mundo colonial En: *Bulletin de l'Institute Française d'Études Andines*, 35 (1), Instituto Francés de Estudios Andinos (Lima, 2006): 37-53.

Valdeavellano, Luis García de. “La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media. En: *Anuario de Historia del Derecho Español* Tº IX, 1932: 129-176.

Villaran, Manuel, *Condición legal de las Comunidades de indígenas*. Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1907.

RECIBIDO: 18-6-2012 • APROBADO: 30-1-2013

Datos del autor: Héctor Omar Noejovich (Buenos Aires, 1941) Egresado de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA), Magister en Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Diplôme d’Etudes Approfondie (DEA) en Historia y Civilización y Doctor por la Ecole d’Hautes Etudes en Sciences Sociales. Actualmente ejerce la docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Correo electrónico: hnoejov@pucp.edu.pe