

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS

**INSEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE PRETERICIÓN Y
MENOSCABO COMO SUPUESTOS DE CADUCIDAD PARCIAL DE
TESTAMENTOS. CORTE SUPREMA DEL PERÚ, 1987-2002.**

Presentada por:

PAOLA KARINA JAUREGUI IPARRAGUIRRE

Asesor

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

CAJAMARCA, PERÚ

2016

COPYRIGHT © 2016 by
PAOLA KARINA JAUREGUI IPARRAGUIRRE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS APROBADA:

**INSEGURIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE PRETERICIÓN Y
MENOSCABO COMO SUPUESTOS DE CADUCIDAD PARCIAL DE
TESTAMENTOS. CORTE SUPREMA DEL PERÚ, 1987-2002.**

Presentada por:

PAOLA KARINA JAUREGUI IPARRAGUIRRE

Comité Científico

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Mg. Chistopher Quispe Cabrera
Miembro de Comité Científico

Dr. Glen Joe Serrano Medina
Miembro de Comité Científico

Dr. Joel Romero Mendoza
Miembro de Comité Científico

Cajamarca, Perú

2016

DEDICATORIA

A mi madre, por su optimismo, amor y
perseverancia, sin su apoyo no habría
sido posible alcanzar esta meta

EPIGRAFE

Ni tus peores enemigos,
pueden hacerte tanto daño como,
como tus propios pensamientos.

- Siddharta Gautana

ÍNDICE

<i>Ítem</i>	<i>Página</i>
DEDICATORIA.....	iv
EPIGRAFE.....	v
LISTA DE ILUSTRACIONES.....	ix
INTRODUCCION.....	x
ABSTRACT.....	xi
GLOSARIO.....	xii
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	
1.1 Planteamiento del problema.....	14
1.2 Justificación e importancia.....	21
1.3 Delimitación de la investigación.....	22
1.4 Limitaciones.....	22
1.5 Objetivos.....	23
1.6 Hipótesis.....	25
1.7 Operacionalización de los componentes de las hipótesis.....	25
1.8 Ubicación geográfica.....	27
1.9 Tipo de la investigación.....	27
1.10 Métodos de investigación.....	28
1.11 Población, muestra, unidad de análisis.....	29
1.12 Técnicas e instrumentos de recopilación de información.....	30
1.13 Técnicas para el procesamiento y análisis de la información.....	31
1.14 Matriz de consistencia metodológica.....	32

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1	Antecedentes de la investigación o marco referencial.....	33
2.2	Marco doctrinal.....	34
2.2.1	Estado Constitucional de Derecho.....	35
2.2.2	Teoría de los Derechos Fundamentales.....	38
2.2.3	Dimensión de los derechos fundamentales.....	41
2.2.4	Límites al ejercicio de los derechos fundamentales.....	43
2.2.5	Derecho a la herencia.....	45

CAPÍTULO III. LA SUCESIÓN HEREDITARIA

3.1	Sucesión.....	53
3.2	Sucesión testada.....	56
3.2.1	Testamento.....	57
3.2.2	Legítima.....	61
3.2.3	Herederero.....	62
3.2.4	Vicios de la voluntad.....	63
3.2.5	Ineficacia.....	64
3.2.6	Nulidad.....	67
3.2.7	Caducidad.....	69
3.2.8	Formas de ineficacia de las disposiciones testamentarias.....	72
3.2.9	Nulidad del testamento.....	75
3.2.10	Caducidad del testamento.....	77
3.2.11	Preterición.....	81
3.2.12	Menoscabo.....	86

3.2.13 Seguridad jurídica.....	88
3.2.14 Seguridad jurídica testamentaria.....	95
CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
4.1 Presentación de resultados.....	98
4.2 Análisis, interpretación y discusión de resultados.....	103
4.3 Contrastación.....	112
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
PROPUESTA DE LEY.....	118
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	126
APENDICES.....	129

LISTA DE ILUSTRACIONES

	Tablas	Página
1.	Procesos de preterición y menoscabo, Corte Suprema de Justicia. Perú 1987-2002.	81
2.	Fallos emitidos en los procesos de Menoscabo Corte Suprema de Justicia del Perú 1987-2002.....	82
3.	Fallos emitidos en los procesos de Preterición, Corte Suprema de Justicia. Perú 1987-2002.....	83
	Figuras	
1.	Porcentaje de los procesos de Preterición y Menoscabo, Corte Suprema de Justicia. Perú 1987-2002.....	84
2.	Fallos emitidos en los procesos de preterición y menoscabo emitidos por la Corte Suprema del Perú, periodo 1987-2002.....	85

INTRODUCCIÓN

El Derecho sucesorio es importante, pues se encuentra vinculado a la familia y a la propiedad, instituciones reconocidas en un Estado Constitucional de Derecho. A partir de esta premisa, el presente trabajo permite evidenciar la necesidad de brindar seguridad jurídica al resolver procesos de sucesión testada, pues esto hará que la sucesión testada se torne atractiva a la población, lo que se logrará a través de una correcta interpretación de las instituciones civiles como la caducidad, la nulidad, además de aportar a un mejor entendimiento de figuras jurídicas, de explicar la importancia constitucional del Derecho Sucesorio.

Los Capítulos I y II son introductorios ya que Presenta la información necesaria para entender los siguientes capítulos. En el primero de éstos se muestra la introducción en la que se desarrolla la contextualización y la parte metodológica de la tesis; y, en el segundo, se desarrolla el conjunto de ideas, procedimientos y teorías que sirven para desarrollar la investigación, para que en el Capítulo III se aprecia los resultados obtenidos; pues allí, se desarrolla el argumento principal de la tesis, a fin de poder abordar a las conclusiones y recomendaciones.

ABSTRACT

The inheritance law is important, because it is linked to the family and to property, recognized institutions in a Constitutional State of Law. Based on this premise, the present work makes it possible to demonstrate the need to provide legal certainty in solving tried and tested processes, as this will make the succession tested attractive to the population, which will be achieved through a correct interpretation of the Civil institutions such as expiration, nullity, in addition to contributing to a better understanding of legal figures, to explain the constitutional importance of succession law.

Chapters I and II are introductory as it presents the information necessary to understand the following chapters. The first of these shows the introduction in which the contextualization and the methodological part of the thesis is developed; And, in the second, the set of ideas, procedures and theories that serve to develop research are developed, so that Chapter III shows the results obtained; Because there, the main argument of the thesis is developed, in order to be able to approach the conclusions and recommendations.

GLOSARIO

Caducidad. La caducidad es aquella ineficacia funcional, que deviene en una sanción, por la falta de ejercicio oportuno de un derecho dentro de un plazo establecido por ley.

Causante. El causante es la persona de quien otro deriva su derecho¹, en el derecho sucesorio causante es, el actor de la sucesión, o sea quien la causa, quien la origina.

Consecuencia jurídica. La Consecuencia jurídica viene a ser el resultado o efecto jurídico, de la aplicación o inaplicación de una norma o figura jurídica.

Corte Suprema. La Corte Suprema de Justicia de la República es el máximo órgano jurisdiccional del Perú. Su competencia se extiende a todo el territorio del país. La Corte Suprema sólo conoce, como órgano de instancia de fallo, las apelaciones en los procesos que se interpongan ante las Salas Superiores, o los procesos que se interpongan ante la misma Corte Suprema. También conoce exclusivamente los Recursos de Casación, los que no constituyen de ninguna manera una tercera instancia de fallo.

Fallos. Entiéndase que el fallo judicial es el apartado final de una sentencia en la que el juez resuelve el objeto del pleito planteado y especifica la decisión tomada y las consecuencias de la misma para las partes litigantes.

Heredero forzoso. Son aquellos que no pueden ser excluidos de la sucesión, pues su derecho a ser incluidos en la sucesión radica en la ley.

Legítima. Es la parte de la herencia que está separada, por disposición de la ley a cierta clase de herederos; y de ella no pueden ser despojados más que por las causas expresas establecidas en la ley.

Menoscabo. El menoscabo se presenta en un testamento cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hecha en el testamento no es proporcional, impidiendo de este modo que alguno de los legitimarios perciba el quantum a que tendría derecho.

Nulidad. La nulidad es aquella ineficacia estructural, mediante la cual el acto jurídico no cumple los efectos jurídicos deseados por las partes que lo celebraron, por faltarle algún requisito de validez.

Orden Público. Son aquellos los principios organizadores del sistema jurídico, de las diversas ramas del derecho o de las diversas instituciones jurídicas, por tanto constituye límites de la autonomía de la voluntad, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Preterición. La preterición se presenta, cuando un heredero legitimario no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado.

Rectificación. Tiene su origen en el error de cálculo, a través de la rectificación se vuelve a calcular la cantidad o quantum, esta figura opera en virtud a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil.

Inseguridad Jurídica. La inseguridad jurídica, se refiere cuando no hay certeza del derecho, la protección y confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas.

Sucesión hereditaria. Se origina en la muerte de una persona, cuyas relaciones jurídicas no se extinguen sino que se transmiten a la titularidad de otra persona. Esta transmisión se da en bloque. Se habla en este sentido, de la sucesión hereditaria o mortis causa.

Testamento. El testamento es el documento que recoge la voluntad del testador, mediante el cual este ordena su sucesión, dicho documento, permite que los bienes del testador pasen a destinatarios elegidos por este, además crea relaciones jurídicas.

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Contextualización.

La sucesión testada es una figura que no goza de gran acogida por la sociedad, ello se debe a diversos factores tales como, que la población no conoce las virtudes de ordenar su sucesión mediante un testamento, por el prejuicio de pensar que otorgar un testamento es muy oneroso, y que por este motivo sólo testan personas adineradas.

Otro de los factores es que las sociedades industriales modernas han determinado el nacimiento y utilización de mecanismos a través de los cuales se transfiere la titularidad de los bienes más allá de la muerte de la persona, y que no se ajustan a las fórmulas tradicionales (vgr.: cesión de cuotas de participación en sociedades, cuentas de ahorro indistintas, seguros para causa de muerte, constitución de fundaciones). Al mismo tiempo que este fenómeno, con seguridad conectado a la acrecida importancia y a la emergencia de nuevas formas de titularidad y de control de la riqueza, y al evidente deseo de escapar de los resultados de una política fiscal gravosa, se produce otro en paralelo, y es el de que en el importantísimo sector social del trabajo

subordinado hay minuciosas regulaciones de aspectos concretos conectados con la muerte de una persona, que salen de los esquemas tradicionales reglados por el Derecho civil: piénsese en los seguros sociales en caso de muerte del trabajador, en la normativa de la Seguridad Social relativa a la pensión de viudedad, etc. A decir verdad, los fenómenos antes reseñados inciden sobre las instituciones tradicionales de la sucesión *mortis causa* de forma muy señalada: reducen cada vez más el papel del testamento, en cuanto aparecen manifestaciones de la autonomía privada, distintas estructuralmente a él, pero que se subrogan en sus funciones; alteran profundamente el orden de los llamados en la sucesión *ab intestato*, en la medida de que se defieren bienes fuera del círculo tradicional de la familia; y en muchos casos, no dejan espacio a la autonomía de la voluntad, por tratarse de regulaciones de derecho necesario (...). Todo ello nos conduce a constatar la vigencia actual del Derecho de Sucesiones, tal como a lo largo de siglos ha llegado a estar configurado, aunque ciertamente haya que tomar nota de una cierta pérdida de importancia de la sucesión *mortis causa* en el actual contexto económico, y que reconsiderar, ante la aparición de los nuevos fenómenos apuntados, la fundamentación y estructura de algunos de los institutos del Derecho sucesorio tradicional (López Y López, 1994).

Estos factores, entre otros, son las razones por las cuales, actualmente la preterición y el menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, al ser figuras de la sucesión testada, no son pretensiones

solicitadas al órgano jurisdiccional, esto conlleva a que los doctrinarios no tengan interés en tratar temas sobre testamentos, menos aún sobre caducidad parcial de los mismos, a pesar de que como estudiosos y conocedores del Derecho saben de las enormes ventajas que tiene la sucesión testada, a las que lamentablemente no accede la población.

Es necesario considerar que la caducidad parcial de testamentos es una figura jurídica que pertenece a la sucesión testada, pues se origina cuando, un testamento pierde su fuerza como tal, en este caso parcialmente, de acuerdo a ciertos supuestos normativos que se presentan luego de la elaboración del testamento, en virtud de los cuales quedan sin efecto o sin valor jurídico, las disposiciones testamentarias que instituyen a uno o más herederos. Consideramos que esta figura no ha sido muy desarrollada en la doctrina, y no sólo por el hecho de pertenecer a la sucesión testada, sino también porque la categoría de caducidad doctrinariamente, puede ser de dos tipos, la primera es la caducidad de acciones y derechos; que es la más estudiada y la segunda, la caducidad de instituciones y actos, que no ha sido muy investigada, y es precisamente ésta última a la que pertenece la caducidad parcial de testamentos. Es decir que la caducidad parcial de testamentos no ha sido objeto de análisis, como figura jurídica de la sucesión testada, ni como figura jurídica de la caducidad de instituciones y actos.

En cuanto a su ubicación en el Código Civil vigente, la caducidad parcial de testamentos (que incluye las causales de preterición y de menoscabo) es una figura que se encuentra dispersa en el libro de sucesiones, lo que genera desorden cuando se trata de estudiar y analizar la figura. Si bien es cierto el Capítulo II del Libro de Sucesiones, tiene por título Caducidad, lo que en él se desarrolla, en los tres artículos 805, 806, 807, sólo hace referencia a la caducidad parcial de testamentos, ya que la caducidad total de testamentos se encuentra regulada en las formalidades de los testamentos.

Como ya lo dijimos, la caducidad parcial de testamentos nace por imperio de la ley a fin de dejar sin efecto parcialmente a un testamento, sin embargo creemos que ciertos supuestos como la preterición de herederos forzosos y el menoscabo, desarrollados en los artículos 806, 807 del Código Civil peruano como causales de caducidad parcial de testamentos, no tienen su origen en la ley, sino en la voluntad del testador, además que no se presentan al transcurrir del tiempo, sino en el momento en el que el testador otorga el testamento. Es decir que éstos supuestos establecidos como caducidad parcial de testamentos en el Código Civil, carecen de temporalidad, característica propia de la naturaleza jurídica de la caducidad, a través de la cual ciertos elementos jurídicos son sometidos a la extinción por el transcurso del tiempo. Por tanto, si algunos supuestos de caducidad parcial de testamentos no se presentan al transcurrir el tiempo, entonces creemos que, estos establecidos en el Código Civil como causales de caducidad parcial de testamentos, distan de ser

verdaderos supuestos de caducidad, pues se apartan de las características propias de la categoría de caducidad.

Consideramos que la irregularidad con la que ha sido tratada la caducidad parcial de testamentos en nuestro Código Civil se debe a dos razones, donde una conlleva a la otra, la primera es la falta de uso de la sucesión testada en nuestro país y la segunda es la falta de investigación y estudio dedicado a esta figura del Derecho Sucesorio, hecho que se evidencia en la poca investigación de esta figura y el estudio descriptivo que realizan la mayoría de autores en sus textos al tratar la caducidad parcial de testamentos. Lo que genera inseguridad jurídica, esto es notorio cuando los magistrados deben resolver sobre procesos de caducidad parcial de testamentos, por ejemplo, en procesos de preterición, es decir cuando un heredero forzoso no ha sido incluido en el testamento, algunos magistrados declaran la caducidad de la institución de herederos, y otros, en cambio, declaran la nulidad del testamento. Esto torna en incierta la figura, pues se están emitiendo fallos contradictorios respecto del mismo supuesto, lo que genera que esta figura sea insegura, contribuyendo así a que la ciudadanía se ausente de optar por un testamento para ordenar su sucesión.

Creemos que, esta es una de las razones por la que no se utiliza la sucesión testamentaria, lo que se ratifica con el hecho que desde el año 1988, a la actualidad, en la ciudad de Cajamarca únicamente ha existido un proceso de

caducidad parcial de testamento, por preterición, cuyo expediente es el 1461-1988 del Primer Juzgado Civil, que obra en el Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, el que culmina con una transacción entre las partes, proceso en el que claramente se evidencia que el demandado acepta tácitamente que en el testamento de su padre se ha preterido a su hermano. Incluso si nos detenemos a revisar jurisprudencia de la Corte Suprema, los magistrados al resolver sobre procesos de caducidad parcial de testamentos, emiten fallos totalmente contradictorios e incongruentes, ello se puede evidenciar en los expedientes 506-1995, y 2916-2002, donde se aplica algunas veces el Código Civil, cuyas causales no son verdaderos supuestos de caducidad, y otras veces, los fallos se apartan del Código Civil, pero el criterio de porque se apartan es totalmente correcto doctrinariamente, generándose, en efecto, inseguridad jurídica, que debe ser superada.

Pensamos que si la sucesión testamentaria en nuestro país tendría un tratamiento correcto en el sistema jurídico, los testamentos serían documentos confiables para la población, a través de los cuales se ordenaría la sucesión de las personas, y sobre todo documentos que reflejen la voluntad del causante, esto conllevaría a que la sociedad los prefiera frente a la sucesión intestada, disminuyéndose así, la carga procesal que genera la sucesión intestada, los conflictos entre familiares, así mismo tendríamos una propiedad debidamente saneada, sobre todo un país más ordenado y con seguridad jurídica.

1.1.2 Descripción del problema.

La preterición y el menoscabo son supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil peruano de 1984, sin embargo éstos se originan en la voluntad del testador y no en la ley; además, éstos no se presentan al transcurrir el tiempo, sino en el momento en el que el testador otorga el testamento, es decir, que éstas causales establecidas en el Código Civil peruano de 1984 como supuestos de caducidad parcial de testamentos, difieren de ser verdaderos supuestos de caducidad parcial de testamentos, lo que genera inseguridad jurídica, pues no cumplen con las características de la caducidad, lo cual ocasiona que la Corte Suprema emita fallos contradictorios cuando resuelve procesos de preterición y de menoscabo, generando inseguridad jurídica y contribuyendo así a que la población no utilice la institución de sucesión testada, incrementándose los procesos de sucesión intestada.

1.1.3 Formulación del problema.

¿Cuál es la consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, en los años 1987 al 2002?

1.2 Justificación e importancia

1.2.1 Justificación científica.

Este trabajo es importante porque ilustra sobre algunas instituciones jurídicas como la sucesión, la caducidad y la nulidad además, entre otras; esta investigación ayuda a hacer un uso adecuado de las instituciones jurídicas, teniendo en cuenta la naturaleza de las figuras jurídicas, en este caso de la preterición y el menoscabo. De ahí que la justificación científica, radica en el resultado de la investigación que arribará en una propuesta legislativa, a fin de que las figuras de preterición y menoscabo, tengan un correcto tratamiento jurídico y judicial.

1.2.2 Justificación técnica-práctica.

Como consecuencia del estudio de figuras jurídicas relacionadas a la preterición y al menoscabo, este trabajo permite tener conceptos claros de figuras jurídicas como sucesión (testada o intestada), caducidad, nulidad; definir cuándo se está frente a una causal de caducidad y cuando se está frente a una causal de nulidad, esto es de utilidad para los estudiosos del Derecho.

1.2.3 Justificación institucional y personal.

Este trabajo justifica la investigación, pues ayuda a la Corte Suprema de Justicia a tener un criterio unívoco, cuando tenga que resolver procesos de

preterición y menoscabo, atendiendo su naturaleza jurídica, lo que generará seguridad jurídica y brindará confianza a la población en la figura de la sucesión testamentaria, además de reducir la carga procesal del Poder Judicial en los procesos de sucesión intestada.

Asimismo, permite ampliar el conocimiento no sólo a nivel doctrinario en temas como sucesión, nulidad, caducidad; sino también busca que el órgano jurisdiccional al resolver aplique de manera coherente las instituciones jurídicas en los procesos de caducidad y preterición, generando confianza a la población en la sucesión testada.

1.3 Delimitación de la investigación

- a) Territorial: La presente investigación abarca el territorio nacional, ámbito de competencia jurisdiccional de la Corte Suprema del Perú.

- b) Temporal: El periodo a investigar comprende los procesos de preterición como los de menoscabo en los que falla la Corte Suprema en los años 1987 al 2002.

1.4 Limitaciones

Considerando que la sucesión testada no es muy utilizada en nuestro país, no hay cuantiosa investigación sobre esta figura. La mayoría de autores realizan un estudio

descriptivo de la caducidad parcial de testamentos, en la que se encuentra inmersas las figuras de la preterición y el menoscabo. Además, teniendo en cuenta que los ciudadanos no optan por ordenar su sucesión mediante testamento, la Corte Suprema ha resuelto pocos procesos de preterición y menoscabo, es por eso la escases de fallos y la poca jurisprudencia relacionada con la sucesión testada, en especial sobre las causales de menoscabo y preterición como supuestos de caducidad parcial de testamentos.

Además, otra de las limitaciones, es que las causales de caducidad parcial de testamentos, como son la preterición y el menoscabo, corresponden al tipo de caducidad de instituciones y actos, tipo de caducidad que no ha sido muy desarrollada por los autores, pues la mayoría de ellos se ha dedicado a estudiar la caducidad de acciones y derechos, por tanto no se cuenta con vastas fuentes de investigación al respecto.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo general.

Determinar la consecuencia jurídica que generan los fallos emitidos por la Corte Suprema del Perú en los procesos de preterición y menoscabo, en la sucesión testamentaria, en los años 1987-2002.

1.5.2 Objetivos específicos.

- a) Establecer el fundamento jurídico de los procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad.

- b) Determinar el fundamento jurídico de procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como rectificación.

- c) Establecer el fundamento jurídico de los procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad.

- d) Determinar el fundamento jurídico de procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como nulidad.

- e) Elaborar una propuesta normativa, que permita garantizar la seguridad jurídica en los procesos de preterición y menoscabo.

1.6 Hipótesis

La consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, es la inseguridad jurídica.

1.7 Operacionalización de los componentes de las hipótesis

1.7.1 Variable Nominal.

Fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos.

1.7.1.1 Definición conceptual.

La preterición se presenta cuando un heredero legítimo no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado. Así mismo, el menoscabo se presenta en un testamento cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hecha en el testamento no es proporcional, impidiendo de este modo que alguno de los legítimos perciba el *quantum* a que tendría derecho

1.7.1.2 Definición operacional.

Será medido a través del siguiente indicador:

- a) Fallos emitidos por la Corte Suprema: en las sentencias de los procesos de preterición y menoscabo.

1.7.2 Variable Nominal.

La inseguridad jurídica que se genera en la sucesión testamentaria.

1.7.2.1 Definición conceptual.

La inseguridad jurídica, se refiere cuando no hay certeza del derecho, la protección y confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas.

1.7.2.2 Definición operacional. Será medido por:

Fallos contradictorios que resuelven los procesos de preterición y menoscabo, medido a través de los siguientes indicadores:

- a) Procesos en los que frente a los mismos hechos y la aplicación de las mismas normas la Corte Suprema falla argumentando que la preterición es caducidad o nulidad.
- b) Procesos en los que frente a los mismos hechos y la aplicación de las mismas normas la Corte Suprema falla argumentando que el menoscabo es caducidad o rectificación de acto jurídico.

1.8 Ubicación geográfica

- a) Territorial: La presente investigación abarca el ámbito de competencia jurisdiccional de la Corte Suprema del Perú.

- b) Temporal: El periodo a investigar comprende los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos de los años 1987 al 2002.

1.9 Tipo de investigación

El trabajo de investigación es explicativo, pues va más allá de la simple descripción de conceptos y fenómenos o el establecimiento de conceptos, están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales; pues en el presente trabajo además de desarrollar figuras jurídicas como: la caducidad, la preterición, el menoscabo, la seguridad jurídica, etc., se centra en explicar cuál es la causa que origina que la Corte Suprema en los procesos de preterición y menoscabo emita fallos contradictorios, generándose así inseguridad jurídica en la sucesión testamentaria. Además es correlacional porque mide la relación que existe entre los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos y la seguridad jurídica (Pilar, Carlos, & Roberto, 1999).

A la vez, la presente investigación es de tipo propositiva, pues se fundamenta en una necesidad de unificar los fallos emitidos por la Corte Suprema, respecto a los procesos de preterición y menoscabo; para ello una vez que se estudie la información descrita, se realizará una propuesta de ley mediante la cual se argumente la derogación de los artículos 806 y 807 del Código Civil; a fin de dar una solución dentro de un contexto específico.

1.10 Métodos de investigación

La investigación que hemos realizado se basa en los siguientes métodos:

1.10.1 Dogmático, consiste en el proceso racional y sistemático que utiliza la doctrina¹ para la interpretación de las instituciones jurídicas contenidas en el Derecho positivo. En esta investigación se ha estudiado la doctrina nacional sobre los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos.

1.10.2 Interpretativo, lo aplicamos al momento de analizar cómo se regulan los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos en el Código Civil.

1.10.3 Analítico, se analiza la diversa jurisprudencia, sobre los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos,

¹ Entiéndase por doctrina al conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes. Véase al respecto (Cabanelas, 1998).

a fin de determinar cómo se resuelven los procesos de esta materia y cuáles son las consecuencias.

1.10.4 Argumentación Jurídica, a través del razonamiento jurídico se logra determinar cuál es la naturaleza jurídica de los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos.

1.11 Población, muestra, unidad de análisis

1.11.1 Población.

La presente investigación tiene como universo los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, en los años 1987 al 2002.

1.11.2 Muestra.

La muestra está constituida por un universo de 10 fallos de preterición y menoscabo.

1.11.3 Unidad de Análisis.

La unidad de análisis en la presente investigación son los fallos de la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos en el período 1987-2002.

1.12 Técnicas e instrumentos de recopilación de información

1.12.1 Técnicas.

- a) Fichaje. Esta técnica es utilizada en la investigación a fin de recolectar y almacenar información, para luego analizarla y sistematizarla, por lo que se ha elaborado las fichas debidamente, pues éstas nos han permitido obtener la mayor información; coadyuvando a ahorrar tiempo, espacio y dinero.

- b) Análisis documental. Esta técnica viene a ser el estudio de un documento, independientemente de su soporte (audiovisual, electrónico, papel, etc.). Se realiza de dos maneras primero por su soporte documental. Es decir mediante un análisis formal o externo; y mediante un análisis del contenido o interno del documento; es decir, estudiamos su mensaje, sobre lo que trata. En esta investigación se ha realizado un análisis documental del contenido de un conjunto de fallos² emitidos por la Corte Suprema en los procesos preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos.

² Entiéndase que el fallo judicial es el apartado final de una sentencia en la que el juez resuelve el objeto del pleito planteado y especifica la decisión tomada y las consecuencias de la misma para las partes litigantes.

1.13 Técnicas para el procesamiento y análisis de la información

Para recolectar la información se ha consultado bibliografía especializada, en el internet y en textos.

Para determinar el resultado de los fallos emitidos por la Corte Suprema respecto a los procesos de preterición y menoscabo, se elaboró un instrumento que consta de dos partes. La primera Aspectos generales y corresponde al número de expediente, año, materia de menoscabo o preterición y fallos. La segunda parte contiene la naturaleza de la pretensión, este a su vez es respecto a la Preterición: puede ser nulidad o caducidad y respecto del Menoscabo puede ser caducidad o rectificación.

1. Aspectos generales

1.1 Número de Expediente

1.2 Año

1.1. Materia de menoscabo o preterición.

2. Fallos

2.1 Dependiendo de la naturaleza de la pretensión:

Preterición:

- Nulidad
- Caducidad

Menoscabo

- Caducidad
- Rectificación

1.14 Matriz de consistencia metodológica

Título La inseguridad jurídica, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos. Corte Suprema del Perú, 1995-2007.								
Formulación del problema	Objetivos	Hipótesis	Variables categóricas	Dimensiones factores	Indicadores/cualidades	Fuente o instrumento de recolección	Metodología	Población y muestra
Pregunta general ¿Cuál es la consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, en los años 1999 al 2007?	Objetivo general - Determinar la consecuencia jurídica que generan los fallos emitidos por la Corte Suprema del Perú en los procesos de preterición y menoscabo, en la sucesión testamentaria, en los años 1987-2002.	La consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, es la inseguridad jurídica.	Variable Nominal. Fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos.	La preterición. Se presenta, cuando un heredero legítimo no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado.	Fallos emitidos por la Corte Suprema: en los procesos de preterición.	El instrumento elaborado consta de 2 partes: la primera Aspectos generales y corresponde al número de expediente, año, materia de menoscabo o preterición y fallos. La segunda parte contiene la naturaleza de la pretensión, este a su vez es respecto a la Preterición: puede ser nulidad o caducidad y respecto del Menoscabo puede ser caducidad o rectificación.	- Dogmático, al estudiar la doctrina nacional a cerca de los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos. - Interpretativo, lo aplicamos al momento de analizar cómo se regulan los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos en el Código Civil. - Analítico, se analizarán las diversas jurisprudencias, sobre los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos a fin de determinar cómo se resuelven los procesos de esta materia y cuáles son las consecuencias. -Argumentación Jurídica, puesto que a través del razonamiento jurídico se logrará determinar cuál es la naturaleza jurídica de los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos.	La muestra está constituida por el total del universo 10 fallos de preterición y menoscabo.
	Objetivos específicos - Establecer el fundamento jurídico de los procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad. - Determinar el fundamento jurídico de los procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como rectificación. - Establecer el fundamento jurídico de los procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad. - Determinar el fundamento jurídico de los procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como nulidad. - Elaborar una propuesta normativa, que permita garantizar la seguridad jurídica en los procesos de preterición y menoscabo.		Variable Nominal. La inseguridad jurídica que se genera en la sucesión testamentaria	La inseguridad jurídica, se refiere cuando no hay certeza del derecho, la protección y confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas.	Fallos en los que frente a los mismos hechos y la aplicación de las mismas normas la Corte Suprema falla argumentando que la preterición es caducidad o nulidad. Fallos en los que frente a los mismos hechos y la aplicación de las mismas normas la Corte Suprema falla argumentando que el menoscabo es caducidad o rectificación de acto jurídico.			

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación o marco referencial

La caducidad parcial de testamentos, es una figura jurídica que no ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina, por tratarse de un tema de sucesión testamentaria, institución, que no es muy utilizada en nuestro país; sin embargo, cuando diferentes autores explican ciertas causales sobre caducidad de testamentos, consideran que no se tratan precisamente de una figuras de caducidad pues no tienen las características de esta; por ejemplo, señalan que la preterición (considerada según nuestro Código Civil como causa de caducidad) no constituye una causal de caducidad sino de nulidad, y ciertas causales como el menoscabo (igualmente considerada como causal de caducidad) tampoco es una causal de caducidad, además que esta figura que no es muy analizada, respecto de su naturaleza jurídica. Esto genera que cuando se aplique los artículos que contienen estas causales de caducidad parcial de testamentos se ocasione un mal tratamiento de estas figuras en el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, algunos autores con Guillermo Lohmann Luca de Tena, Augusto Ferrero, entre otros, cuestionan algunas causales de caducidad parcial de

testamentos como la preterición y el menoscabo, sosteniendo que su naturaleza no es precisamente la caducidad, estas apreciaciones son analizadas en la presente investigación.

1.2 Marco doctrinal

La escuela sociológica alemana, nace en Alemania durante la segunda mitad del siglo XIX y tuvo como máximo exponente a Weber, quien aborda el tema de la separación entre norma y hecho, emplea el método empírico causal propio de las disciplinas histórico- sociales, que hace referencia a “las causas y a los efectos de la existencia fáctica de un orden legal, de una institución legal concreta o de una relación jurídica”. Para obtener la aproximación científica- sociológica al Derecho utiliza un método empírico causal, puesto que trata de analizar las causas y efectos de la “existencia” fáctica de un orden jurídico.

El presente trabajo se ha desarrollado de acuerdo al enfoque sociológico del Derecho, al tener como hipótesis que, los supuestos de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos al ser aplicados en casos concretos, generan inseguridad jurídica, debido a que estos, por su naturaleza jurídica, no son causales de caducidad, por lo que a la hora de aplicarlos la Corte Suprema falla de manera contradictoria.

Es decir en este trabajo se ha estudiado la consecuencia principal de la aplicación de la preterición y el menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos, a fin de poder determinar si la Corte Suprema en los procesos de caducidad de testamentos, sobre preterición y menoscabo, cuenta con un grado de previsibilidad y unicidad en el resultado de las decisiones judiciales, el mismo que otorgue seguridad jurídica; o es que la aplicación de estas categorías genera inseguridad en el sistema jurídico y de ser así, cuál es la causa de la falta de unicidad en los fallos.

1.2.1 Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho se define por el carácter vinculante de la constitución política, la supremacía jerárquica de la constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la constitución, la garantía jurisdiccional de la constitución. Este Estado tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos y tiene como antecedente el Estado de Derecho, en el cual prima la ley es decir el principio de legalidad, se rige por un sistema que nace del Poder Legislativo, además de la separación de poderes del Estado.

Considerando que el Estado viene a ser el conjunto de los poderes públicos; acepción en que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto este constituye la encarnación personal de aquel, su órgano ejecutivo. La representación política de la colectividad nacional; para oponerlo a nación, en

sentido estricto o conjunto de personas con comunes caracteres, culturales, históricos y sociales regidos por las mismas leyes y un solo gobierno (Cabanellas, 1998).

El Estado tiene una naturaleza pública, esto se aprecia más cuando nos referimos al Estado de Derecho, el mismo que según (Ferrajoli, 2004) consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos; asimismo (Pérez, 2010) señala que para el profesor Elías Díaz el Estado de Derecho es el imperio de la ley, perspectiva que exige la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado incluso los poderes no estatales, sociales, económicos, y, por supuesto, de todos los ciudadanos; sin embargo tal como lo hace notar este autor, no siempre Estado de Derecho significa estar en democracia, sino que pueden ser comunes a una dictadura, porque también los regímenes totalitarios invocan el imperio de la ley y tienen a sus “doctos y dóciles juristas” a su servicio, quienes se encargan de legitimar el discurso para que parezca sincronizado con la concepción de Estado de Derecho.

En consecuencia, es necesario que el Estado no refleje únicamente el imperio de la ley; sino que el Estado, se someta a lo establecido en la Constitución tornándose en un Estado Constitucional de Derecho cuya validez del derecho no sólo depende de la formalidad, sino del respeto a todos los derechos

fundamentales no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho, tal como lo señala (Ferrajoli, 2004).

Es decir que el Estado Constitucional de Derecho es aquel que se identifica por la supremacía de la Constitución, como fuente de derecho, pues en ella se gestan los derechos fundamentales, que constituyen un límite al poder estatal, además de comportarse como una garantía para los ciudadanos, evitando totalitarismo alguno, por tanto se prefieren los derechos fundamentales por encima de la ley, además del reconocimiento de principios y valores; en consecuencia, en un Estado de Derecho todos están obligados a respetar la Constitución.

Siendo así, la Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. (Castillo, 2007).

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando: la supremacía de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en dos vertientes: una objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre la norma legal; y una subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos ni la de la colectividad en general puede desvincularse de los contenidos de la Constitución³.

La fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: i) una fuerza activa, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infraconstitucionales que resulten incompatibles con ella; ii) una fuerza pasiva, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infracosntitucionales que pretendan contravenir sus contenidos⁴.

1.2.2 Teoría de los Derechos Fundamentales

Según (Guastini, 2001) señala que la expresión “derechos fundamentales” parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el

³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0005-2007-PI/TC.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00047-2004-AI.

fundamento del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; y la segunda una doctrina *ius naturalista*.

En cuanto a los derechos fundamentales se pueden formular teorías históricas, filosóficas, sociológicas, según (Alexy, 1993) pueden ser:

a) La teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

Es la teoría de los derechos fundamentales positivamente válidos (...) El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales. Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teórico- jurídicos y, por otra, contribuir a ellos a través del análisis de su materia.

b) La teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

Es en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto jurídica. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que es realmente practicado como ciencia

del derecho y es designado como “dogmática jurídica” o “jurisprudencia”, es decir la ciencia del derecho en sentido estricto y propiamente dicho. En este caso, es posible distinguir tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica (consieración sistemático conceptual del derecho válido, se extiende desde el análisis de los conceptos fundamentales, la construcción jurídica es decir la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones a los derechos fundamentales, hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico y la fundamentación sobre las bases de los derechos funamentales), la empírica (tiene un doble significado con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, considerándose no sólo el derecho legislado sino tambien el derecho judicial) y la normativa (se va más allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido, se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial. Para ella es constitutiva la cuestión de saber cual es, en el caso concreto y sobre la bases del derecho positivo válido, la desición correcta).

c) La teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

Es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestaciones. Su contrapartida en una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares.

1.2.3 Dimensión de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales presentan modernamente una doble dimensión subjetiva y objetiva.

Tal como lo establece (Hernandez Valle, 2006) señala que los derechos fundamentales constituyen una limitación al poder público a fin de tutelar los intereses individuales y se han convertido en un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el ordenamiento infraconstitucional.

Este autor señala que en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos. Al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. De esta

forma, tales derechos tienden a proteger la libertad, la autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad (...). Según Jellinek, los derechos fundamentales se desglosaban en cuatro estados: a) *status subjectionis*, que determina la situación pasiva de los destinatarios de la normatividad del poder público; b) el *status libertatis*, que comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos, sea, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias; c) el *status civitatis*, el que los ciudadanos puedan ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que implica poder reclamar un compromiso positivo de los poderes políticos para la defensa de los derechos civiles y d) el *status activae civitatis*, situación activa en la que el ciudadano goza de derechos políticos, lo que le permite participar activamente en la formación de la voluntad del Estado en cuanto miembro de la comunidad política. Todos estos estados o situaciones jurídicas tienen en común el hecho de concebirse como instrumentos de defensa exclusivamente de intereses individuales.

En el horizonte del constitucionalismo actual de los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional al partir

de la cual su contenido, debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados (Pérez Luño, 1998).

1.2.4 Límites al ejercicio de los derechos fundamentales

Los límites a los derechos fundamentales son:

a) El orden público.

Según (Hernandez Valle , 2006) es importante distinguir entre el orden público constitucional y el de carácter administrativo, los que son susceptibles de ser diferenciados tanto en cuanto a su contenido como en relación al sujeto de imputación. En efecto, mientras el orden público administrativo está referido al Estado persona en relación con los denominados poderes de policía y de seguridad interna, el orden público normativo o constitucional se refiere al Estado ordenamiento, en el sentido de sistema unitario y coherente de principios y normas.

b) La moral y las buenas costumbres.

El autor antes citado señala que las buenas costumbres son aquel conjunto de reglas de moralidad media que la opinión pública reconoce como válidas en un momento histórico determinado. La moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a los miembros de la sociedad.

c) Los derechos de tercero.

Este límite a los derechos fundamentales significa que no se puede perjudicar un derecho de un tercero ya sea derechos públicos o privados.

d) Los deberes constitucionales.

En términos generales, se entiende por deberes, aquellos comportamientos, de carácter positivo o negativo, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no le son propios, sino más bien de otros sujetos o intereses que pertenecen a toda la comunidad (Hernandez Valle, 2006).

1.2.5 Derecho a la herencia

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2 numeral 16 contempla el derecho a la herencia de toda persona; este derecho es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico contitucional desde la Constitución Política de 1979.

Ferrero, señala que el fundamento de la sucesión lo encontramos en los dos principios fundamentales en que se basa el Derecho Romano:

1. La familia, pues en realidad desde un punto de vista social el patrimonio de una persona es familiar, en cuanto es la familia la que disfruta del mismo. Apartarla significaría una desposesión forzosa que se desdeciría con la justicia.
2. La propiedad, en cuanto que si una persona puede disponer de su patrimonio en vida, a título oneroso o gratuito, mal podríamos impedirle el ejercicio de este derecho *mortis causa*, sea por voluntad declarada o presunta.

Existen tres intereses, abogando cada uno de sus titulares por ejercer su derecho: el testador, su libertad de disponer libremente; la familia, su cuota

legitimaria; y el Estado, recogiendo la herencia a falta de herederos (Augusto Ferrero Costa, 2005).

La expresión herencia proviene del griego *juros* (despojados) y del latín *heres* (heredero). La referencia histórica de este derecho puede encontrarse en el Digesto (533 d.C.) allí se expresó que es *suciesio in universum ius defunctis babuerit* (la herencia no es otra cosa que la sucesión que haya tenido el difunto). Asimismo, en Las Partidas (1263 d.C) se consigna que “la heredad e los bienes e los derechos de algún finado, sacando las debidas deudas e las cosas y fallare” en puridad, hace referencia al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingue por su muerte. Se compone de un activo compuesto por los bienes y derechos de una persona fallecida, y de un pasivo formado por las deudas dejadas por este. La transmisión sucesoria se genera a partir de la muerte de una persona; así, los bienes, derechos, etc.; que constituyen la herencia se trasladan a sus sucesores (García Toma, 2008).

En el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú contra la sentencia de la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Tribunal Constitucional⁵ al resolver, ha señalado que “por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte. Añadamos

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03347-2009-PA/TC

que, *prima facie*, la garantía de la herencia se formula conjunta y unitariamente con la de la propiedad: conjunción y unidad que determina la función social que delimita el ejercicio de estos derechos. De este mandato constitucional se desprende una disciplina constitucional de la herencia, y la necesidad que este Colegiado pueda plantear algunos parámetros del Derecho Sucesorio. Así, conforme a lo dispuesto por los artículos 686° y 690° del Código Civil vigente, por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Para conformación a partir y desde la Constitución, el Derecho Sucesorio debe encontrarse acorde con las instituciones y valores en materia de organización económica y social; enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, pues el Estado puede obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que sus disposiciones puedan desenvolverse en el sentido que al interés público convenga. Ello es así atendiendo a que confluyen una serie de intereses merecedores de una tutela especial. Así, en el orden individual patrimonial se tiene el correspondiente al titular fallecido, y a su posibilidad de determinar más allá de la muerte el destino de sus bienes; de orden familiar, respecto a la distribución del patrimonio del fallecido; y los de orden colectivo en el mantenimiento del orden público constitucional (confiabilidad del régimen testamentario, satisfacción de las deudas del causante y exacción del impuesto sucesorio). Como tal, el legislador puede regular el Derecho Sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del ordenamiento y las

estructuras constitucionales fundamentales. Significa ello que tiene que extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales, y cuáles, en cambio, son más bien detalles técnico jurídicos, y por consiguiente, no esenciales. La decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho Sucesorio moderno gozan de un aseguramiento constitucional tiene que ser tomada con utilización, por un lado, de un estricto contexto valorativo de la institución sucesoria, y por otro, en referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: son éstas, en esencia, la propiedad privada. Así, corresponde establecer que la naturaleza de las cláusulas testamentarias mantiene una relación unívoca con el contenido mismo del derecho de propiedad. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a esa función social que el propio derecho de propiedad comprende, integra e incorpora, en su contenido esencial. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación. De allí, que el bien común y el interés general sean principios componentes de la función social de la propiedad y de la herencia. En este punto, cabe preguntarnos por la naturaleza jurídica que se le otorga a la herencia. Es posible establecer, en principio, que ella queda delimitada en el plano de lo abstracto y general como una garantía

institucional, cuya formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace; y, en el concreto, como derecho subjetivo, un derecho que tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, se trata de una garantía institucional que se funda en un derecho subjetivo, en tanto, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. La relación entre garantía institucional y derecho subjetivo no es un compartimiento estanco, viniendo a estar claramente configuradas las vertientes de la protección de la herencia como el aspecto genérico y el aspecto específico de esa misma protección, con la existencia por tanto de una interrelación permanente y recíproca entre los mecanismos de determinación de una y otra, entre el contenido “institucional” de la garantía acuñado por el rostro histórico, y la reserva de ley y el contenido esencial como límites que el legislador puede poner al ejercicio de los derechos subjetivos en la sucesión a causa de muerte [LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M.. “La garantía institucional de la herencia”. En: Derecho Privado y Constitución, Año 2, Nº 3, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 49]. La relevancia constitucional de las garantías comprendidas en la herencia, determina que si bien la interpretación de los testamentos, así como el control de su contenido, por regla general, son materias reservadas a los procesos civiles y, por ende, una labor propia de la jurisdicción ordinaria, en algunas situaciones, cuando se encuentre comprometida las garantías de

configuración constitucional directa que la integran, así como la vigencia efectiva de los derechos fundamentales o la supremacía de la Constitución, la jurisdicción constitucional puede asumir, excepcionalmente, dicha función (...).”.

El derecho a la herencia constituye en sí una garantía institucional, (López Y López, 1994) cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la que este órgano colegiado afirma: "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado o fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que las regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981).

En este sentido, el derecho a la herencia al ser considerado como una garantía institucional. Como tal está dirigida principalmente al legislador, el cual puede regular el Derecho sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del Ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales. Significa ello que tiene que extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales, y cuáles, en cambio, son más bien detalles técnico jurídicos, y por consiguiente, no esenciales. La decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho hereditario moderno gozan de un aseguramiento constitucional tiene que ser tomada con utilización, por un lado, de un estricto contexto valorativo de la institución sucesoria, y por otro, en referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: son éstas, en esencia, la propiedad privada y la familia. De acuerdo con estas medidas de orden valorativo y de acuerdo con los enlaces funcionales de la organización de las garantías de la propiedad y la familia con la garantía de la herencia se acuñarán las estructuras jurídico-hereditarias que no pueden ser fijadas por el legislador ordinario. Estos enlaces valorativos se pueden agrupar (y ya anticipamos alguna conclusión, sin perjuicio de su más pormenorizada demostración) del siguiente modo: por una parte, la garantía de duración y aprovechamiento de la propiedad, que trae consigo un correlativo poder de disposición *mortis causa* y la correlativa libertad de testar; y por otra la vinculación familiar del patrimonio, que implica un correlativo derecho a la herencia de los parientes más próximos (López Y López, 1994).

En consecuencia siendo el derecho a la herencia una garantía institucional, regulada por la Constitución Política, debe ser tutelado por el ordenamiento infraconstitucional, pues se trata de un derecho vinculado al derecho a la propiedad, que resguarda el patrimonio familiar. El presente trabajo permite apreciar como regula el Código Civil figuras del derecho sucesorio (preterición y menoscabo) además de determinar los criterios que tiene la Corte Suprema cuando resuelve procesos de preterición y menoscabo.

CAPITULO III

LA SUCESIÓN HEREDITARIA

3.1 Sucesión

3.1.1 Generalidades.

En la terminología jurídica, la palabra sucesión admite dos acepciones, una extensa y otra restringida.

La sucesión, en una acepción amplia, significa ocupar el lugar que le correspondía a otra persona en una determinada situación o relación jurídica. De modo que donde haya una transmisión de derechos u obligaciones habrá sucesión, por ejemplo cuando el comprador sucede al vendedor en la titularidad de una cosa.

En cambio, la acepción restringida tiene su origen en la muerte de una persona, cuyas relaciones jurídicas no se extinguen sino que se transmiten a la titularidad de otra persona. Esta transmisión se da en bloque. Se habla en este sentido, de la sucesión hereditaria o *mortis causa*.

En el presente trabajo se ha desarrollado la acepción restringida de la sucesión.

3.1.2 Concepto.

La sucesión *mortis causa*, acepción restringida de sucesión, se da únicamente en aquellos casos en que la muerte de un sujeto genera la transmisión de los derechos y obligaciones a otro, de acuerdo a la ley o a su voluntad.

Por esta razón, Ferrero (Ferrero, Manual de Derecho de Sucesiones, 1999) define a la sucesión como el hecho jurídico por el cual los derechos y obligaciones pasan de unas personas a otras.

Aunque en el lenguaje jurídico común, como lo precisa (Echecopar García, 1999), se usa habitualmente la palabra sucesión con conexión a la herencia. Sin embargo dichos conceptos jurídicamente son diferentes.

3.1.3 Fundamento.

La sucesión hereditaria es una figura controvertida, ya que al igual que la propiedad privada, con la que está íntimamente conectada, tiene detractores y defensores.

No obstante, la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluyendo los del orden socialista, la reconocen con diversas limitaciones.

El Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar. Ello explica la existencia de lo que se ha denominado un principio de vinculación familiar del patrimonio a la hora de la sucesión *mortis causa* (López Y López, 1994). Es decir que el fundamento principal que justifica la sucesión se vincula a la necesidad de proteger a la familia, que tiene un cierto derecho a disfrutar del patrimonio construido por uno de sus miembros. De este modo, la propiedad transmitida por herencia permite que una persona pueda cumplir, incluso después de su muerte, con sus deberes morales y sociales, dando participación a sus herederos en el goce del patrimonio transmitido y también al Estado y a la sociedad en general que se aprovecha mediante la imposición de tributos a la citada transmisión.

3.1.4 Elementos.

Según (Ferrero, Manual de Derecho de Sucesiones, 1999), los elementos de la sucesión son tres: el causante, los sucesores y la herencia.

El causante es la persona de quien otro deriva su derecho (Cabanellas, 1998), en el derecho sucesorio causante es, el actor de la sucesión, o sea quien la causa, quien la origina.

Los sucesores son los causahabientes o sea las personas llamadas a recibir la herencia, que pueden ser herederos o legatarios.

La herencia está constituida por el patrimonio dejado por el causante, entendiéndose por tal, al activo y al pasivo del cual es titular el causante, nótese que es un concepto totalmente distinto al de sucesión ya estudiado.

3.1.5 Clases.

En general, la sucesión se clasifica en testada e intestada. La primera se presenta cuando el causante de la herencia ordena su sucesión mediante testamento. La segunda, en cambio, se presenta cuando la ley tiene que suplir la voluntad del testador, que precisamente ha fallecido sin dejar testamento.

En el presente trabajo sólo nos ocupamos de la sucesión testamentaria.

3.2 Sucesión testada

La sucesión testamentaria es aquella que se confiere por la voluntad del causante, expresada en el testamento.

El Derecho de Sucesiones está regido por un principio fundamental, la voluntad del causante.

Este es el elemento que prima para determinar la forma y entre quienes debe distribuirse el patrimonio hereditario. Sin embargo, dicha declaración está condicionada a ciertas formalidades, a fin de garantizar que, en efecto, el testamento recoge la voluntad del causante, y también por ciertas limitaciones, para proteger a las personas más allegadas a éste.

La voluntad debe concederse mediante un testamento.

3.2.1 Testamento.

El testamento es el acto jurídico a través del cual una persona dispone, para después de su muerte, de su patrimonio.

El testamento permite que los bienes hereditarios pasen a destinatarios elegidos y designados por el testador.

Desde una perspectiva puramente formal, puede decirse también que el testamento es el documento que recoge la voluntad del testador, mediante el que ordena su sucesión. Además se debe considerar que también está dirigido a crear relaciones jurídicas y que su dación trasciende a la esfera patrimonial.⁶

El testamento tiene validez desde que se otorga. Sin embargo, éste sólo surte efectos cuando quien lo otorgó fallece.

A través del testamento, el testador puede disponer de sus bienes y expresar su voluntad sobre asuntos de índole extra-patrimonial, por ejemplo: una declaración de orden familiar o el reconocimiento de hijo extramatrimonial.

El testamento tiene las siguientes características:

⁶ Por ejemplo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, artículo 190 del Código Civil; nombramiento de tutor o curador, artículos 503 y 572 del Código Civil, rehabilitación del indigno, artículo 669 del código Civil; etc.

- b) Es unilateral. Para la dación del testamento sólo basta la declaración de voluntad del testador.
- c) Es solemne. El testamento será eficaz sólo cuando la declaración de voluntad que contiene, se ajuste a los requisitos de forma prescritos por la ley.
- d) Es personalísimo. Porque el testamento debe ser otorgado única y exclusivamente por el causante, sin la intervención de terceros.
- e) Es revocable. El testador puede modificar el testamento, pues este depende de su voluntad.

Las formalidades generales que debe contener un testamento son:

- a) Forma escrita.
- b) Nombre del testador.
- c) Firma del testador.
- d) Capacidad civil del testador.

En nuestro Código Civil se reconocen las siguientes clases de testamentos:

- e) Testamento en Escritura Pública.
- f) Testamento Cerrado.
- g) Testamento Ológrafo.
- h) Testamento Militar.
- i) Testamento Marítimo.

También se reconoce a los testamentos otorgados en el extranjero.

¿Cuáles son los beneficios de hacer tu testamento?⁷

- ✓ El testamento garantiza que los derechos sobre tu propiedad se puedan transmitir en forma ordenada y pacífica a quien tú lo decidas.
- ✓ Mediante el testamento, si lo deseas, puedes designar al tutor que se hará cargo de tus hijos menores de edad o incapaces o designar el albacea (representante legal) que administre los recursos económicos de ellos hasta su mayoría de edad.
- ✓ A través del testamento, si se requiere, se puede reconocer a los hijos procreados y las deudas contraídas.
- ✓ Protege el patrimonio de la familia al asegurar que tu propiedad permanece en el seno familiar.
- ✓ Se define con precisión quién heredará los derechos, lo que evita posibles conflictos, gastos económicos, pérdida de tiempo y alteraciones en la tranquilidad familiar.

¿Cuáles son las desventajas de no dejar testamento?

Es necesario tener en cuenta que si una persona muere sin dejar testamento, la ley dispone de su propiedad, a través de la sucesión intestada. Al momento de realizar la distribución la ley no hace favoritismos, pues para la distribución se tiene en cuenta qué tan cercanos los herederos están relacionados con la persona fallecida. Por ello el morir sin haber otorgado testamento puede traer

⁷ Véase: <http://www.forbes.com.mx/abc-de-la-importancia-del-testamento/#gs.DbNyG=Y>

resultados no deseados, costos y retrasos inesperados; pues los procesos de sucesión intestada son prolongados.

Al fallecer sin un testamento, se corre el riesgo que la propiedad no sea distribuida como el fallecido hubiera deseado.

En la sucesión intestada no se puede instituir un legatario⁸, pues la ley distribuye el patrimonio respecto de los herederos más cercanos al causante, sin tener en cuenta amistad alguna con el causante.

Al no dejar testamento, el proceso de distribución de bienes es por un tiempo indeterminado, primero se tiene que realizar un proceso en el Poder Judicial para determinar quiénes son los herederos, en algunas circunstancias limitadas es posible clarificar el título de los bienes; sin embargo muchas veces es necesario localizar a los herederos, hacer un inventario de los bienes, clasificar y pagar las deudas y reclamos en contra del patrimonio, y la distribución de la propiedad entre los herederos. Asimismo se debe tener en cuenta que debido a la carga procesal del Poder Judicial, también de los costos y costas generados en el proceso, igualmente de conflictos entre los familiares.

⁸ Persona a quien por testamento deja un legado.

3.2.2 Legítima.

Según (Cabanellas, 1998), la legítima es aquella parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos. La parte de los bienes que comprende la legítima está asegurada sobre los bienes de una persona, a sus herederos en línea directa, y de ella no pueden ser despojados más que por las causas expresas establecidas en la ley.

Es decir que en la sucesión testada el causante (Aguilar Llanos, 2011) tiene parientes próximos y directos o cónyuge, se le impone la obligación de instituirlos como herederos, pues en caso contrario el testamento puede ser atacado invocándose la preterición, es decir, el olvido o exclusión de los herederos forzosos del causante. En uno u otro caso siempre están presentes los familiares para concurrir a la sucesión de su causante familiar.

El Código Civil dispone en su artículo 723 que “La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”. Es decir, un causante no puede dejar de lado a sus herederos forzosos, pues la legítima tiene carácter de orden público, tal como hacen ciertos autores como Ferrero Acosta y Lanata entre otros. Según (Hernandez Valle , 2006) el orden público, en consecuencia, está integrado por los principios fundamentales de carácter económico, social, político, ético, etc., que se derivan de los valores y principios que informan las respectivas

Cartas Políticas (...) el orden público podría conceptuarse como el conjunto de principios que, por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en su justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social.

3.2.3 Heredero.

Los herederos por la calidad de su derecho pueden ser:

3.2.3.1 Forzosos.

Se les llama así en relación al causante, pues éste no los puede excluir de la sucesión, salvo por causales de indignidad o desheredación, considerando que la fuente del derecho a ser incluidos en la sucesión radica en la ley.

El instituir a herederos forzosos, es uno de los límites que pone la ley al testador, y de no respetarse dicho límite se genera la ineficacia del testamento.

3.2.3.2 No forzosos.

Son aquellos herederos a los que el testador puede dejarlos fuera del testamento, pues el ordenamiento jurídico no exige que estos sean instituidos como herederos en el testamento.

3.2.4 Vicios de la voluntad.

Andrés Eduardo Cusi⁹ señala que los vicios de voluntad, son situaciones que inducen al sujeto a declarar una voluntad que no corresponde a sus verdaderas intenciones. Lo ideal es que en la celebración de un acto jurídico exista correspondencia entre lo deseado y lo expresado, entre la voluntad y lo manifestado.

3.2.4.1 Causas.

La voluntad o el consentimiento pueden ser viciados por:

- a) Error
- b) Dolo
- c) Violencia.

⁹Cusi Arredondo, A. (29 de junio de 2015). Vicios de la voluntad. Recuperado de <http://andrescusi.blogspot.com/2014/07/vicios-de-la-voluntad-andres-cusi.html>

3.2.4.2 Error.

Se presenta cuando el concepto sobre un hecho u objeto no coincide con este, es decir se presenta una discordancia entre la representación intelectual y la cosa. Existiendo muchas clases de error según el Código civil vigente.

En la presente investigación nos centraremos en el error de cálculo¹⁰ que es aquel que no da lugar a la anulación del acto jurídico, sino únicamente a su rectificación.

3.2.5 Ineficacia.

Ramírez Jiménez (Ramírez, 2003) sostiene que la ineficacia, por definición, hace referencia a la privación de los efectos de los actos jurídicos en general, y en particular, de los contratos.

En consecuencia, la ineficacia, en esta investigación es entendida, como una categoría general que hace referencia a todas las circunstancias que impiden u obstaculizan el desenvolvimiento de los efectos que nacen de un acto jurídico.

¹⁰ Véase al respecto, el artículo 204 del Código Civil, el mismo que señala, que el error de cálculo no da lugar a la anulación del acto jurídico, sino únicamente a su rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.

La categoría general de la ineficacia comprende, como se ha dicho, diferentes supuestos o circunstancias que impiden u obstaculizan el desenvolvimiento de los efectos que nacen de un acto jurídico, los que han sido agrupados por la doctrina más autorizada (Taboada Córdoba, 2002) en dos grandes clases:

3.2.5.1 Ineficacia Estructural.

Es aquella que determina la privación de los efectos de un acto jurídico por defectos relacionados con su estructura de validez. (Effio Arroyo, 2007), siguiendo las indicaciones de Taboada Córdoba, precisa que la ineficacia estructural también se denomina ineficacia originaria.

No existe; sin embargo, consenso suficiente en la doctrina nacional respecto de las figuras especiales que representarían casos de ineficacia estructural. Taboada Córdoba, por ejemplo considera a la nulidad y anulabilidad como los únicos supuestos comprendidos dentro de esta clase (Taboada Córdoba, 2002). Effio Arroyo, por su parte, además de las figuras anteriormente nombradas, incluye dentro de la ineficacia estructural a una que llama “ineficacia en sentido estricto”, que se refiere al caso comprendido en el artículo 161 del Código Civil (Effio Arroyo, 2007). Aliaga Díaz, por su parte sostiene

que la ineficacia estructural comprende a la nulidad, la inexistencia, la anulabilidad y con reservas, a la rescisión (Aliaga Díaz, 2007).

3.2.5.2 Ineficacia Funcional.

Es aquella en la que la pérdida de los efectos de un acto jurídico está determinada por eventos ajenos a su estructura y sobrevivientes a su celebración (Taboada Córdoba, 2002).

En el campo contractual, el ejemplo típico de la ineficacia funcional viene a ser la resolución del contrato, provocada, como se sabe, por el incumplimiento de una de las partes.

Aun cuando exista cierta imprecisión en el uso doctrinal y normativo de la categoría ineficacia funcional, nosotros creemos que en esta clase debe comprenderse a todos los hechos posteriores al nacimiento de un acto jurídico que impiden que dicho acto surta sus efectos o que obligan a dejar de surtirlos.

De este modo, podemos incorporar dentro de la categoría de ineficacia funcional a los casos de revocación, prescripción, caducidad, no realización de la condición suspensiva, vencimiento

del plazo, resolución y conclusión del contrato. En todos estos casos siempre tendremos algún evento posterior al acto jurídico que determina la pérdida de sus efectos.

En la revocación, propia de los actos unilaterales, el hecho posterior es la propia voluntad del autor. En la resolución y conclusión del contrato, los hechos posteriores son el incumplimiento de las obligaciones o la aparición sobrevenida de ciertas causales previstas en la ley, como los casos comprendidos en artículo 1705 del Código Civil para el contrato de arrendamiento.

La prescripción, la caducidad y el vencimiento del plazo son causales de ineficacia derivadas del transcurso del tiempo, asociadas a otras condiciones previstas en la ley.

3.2.6 Nulidad.

3.2.6.1 Concepto.

Como se ha señalado la nulidad viene a ser aquella ineficacia estructural, mediante la cual el acto jurídico no cumple los efectos jurídicos deseados por las partes que lo celebraron. Es decir, se dice

que el acto jurídico es nulo (Torres Vásquez, 2007) cuando le falta algún requisito de validez (los señalados en el art. 140¹¹), o cuando adolece de simulación absoluta, o es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, o cuando la ley lo declare nulo.

3.2.6.2 Nulidad virtual.

Es aquella llamada también nulidad tácita, viene a ser aquella que se infiere por contravenir el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas. Es decir según Aníbal Torres (Torres Vásquez, 2007) la nulidad virtual se da cuando la ley no utiliza el término “nulo”, pero prohíbe el acto o utiliza expresiones como, “se considera no puesta”, no surte efecto, no valdrá, no tendrá validez, no surte eficacia, etc., por ejemplo el caso de los artículos 171, 743, 757, 759, 798, 806, 1099, 1399, 1497, 1629, 1964, el contrario *sensu* de los artículos 1250, 1480, 1497, 1966.

¹¹ El Código Civil define como requisitos de validez del acto jurídico a: 1. Agente Capaz; 2. Objeto física y jurídicamente posible; 3. Fin lícito; 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

3.2.6.3 Causales de Nulidad.

Las causales de nulidad se encuentran contempladas en el artículo 219 del Código Civil, siendo estas las siguientes:

- a) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- b) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- c) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- d) Cuando su fin sea ilícito.
- e) Cuando adolezca de simulación absoluta.
- f) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- g) Cuando la ley lo declara nulo.
- h) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

3.2.7 Caducidad.

3.2.7.1 Concepto.

La palabra caducidad proviene del latín *cadere*, que significa caer. Etimológicamente, caducidad significa pérdida o extinción de un derecho.

Caducidad es, así, la acción de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, sea por falta de uso, por terminación del plazo u

otro motivo, alguna ley, decreto, costumbre, instrumento público, etcétera (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1992).

La caducidad pertenece, en consecuencia, al campo del dejar de ser. O sea, que se trata de una figura de ineficacia funcional, tal como lo hemos dejado establecido anteriormente. Doctrinariamente, se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho dentro de un plazo establecido por ley. Según (Puig Brutau, 1996) la caducidad “se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo...”

A la vez (Rubio Correa, 1997), sostiene que en lo que se refiere a la caducidad, ella tiene dos variantes: existe la que se refiere a instituciones y actos, y la que se refiere a acciones y derechos.

La caducidad de instituciones y actos, consiste en la extinción de este tipo de figuras jurídicas. Así el Código peruano dice que caducan los poderes (artículos 264) y los testamentos (artículos. 715 a 720).

De esta manera, la diferencia entre los dos tipos de caducidades viene dada por la naturaleza de los elementos jurídicos sometidos a la

extinción por el tiempo: en ciertos casos, hablamos solo de instituciones y actos; en otros casos hablamos de acciones y derechos.

No obstante esta realidad normativa, la doctrina no ha desarrollado la teoría de la caducidad de instituciones y actos, concentrándose casi exclusivamente en la caducidad de acciones y derechos, tal como puede verse en los trabajos de (Rubio Correa, 1997) y (Vidal Ramírez, 1999).

3.2.7.2 Plazos.

Los plazos de caducidad son fijados por ley y durante su transcurso no son pasibles de suspensión ni de interrupción, salvo en el caso previsto en el artículo 1994 inciso 8) del Código Civil, que establece que es posible la suspensión del plazo de caducidad mientras sea imposible reclamar ante un Tribunal peruano.

El fundamento de la caducidad radica tanto en el orden público como en la seguridad pública, pues al Estado le es beneficioso buscar la solución a los problemas jurídicos y terminar con situaciones

pendientes. Ésta es la razón por la que el Juzgador puede aplicar la caducidad de oficio.

Debe tenerse en cuenta que existen también plazos de caducidad fijados de manera convencional. Algunas disposiciones legales reconocen la posibilidad de que los particulares en uso de su autonomía privada señalan plazos para el ejercicio de algunos derechos (Puig Brutau, 1996).

3.2.8 Formas de ineficacia de las disposiciones testamentarias.

En la doctrina se consideran diversas formas de ineficacia de los testamentos. Aun cuando los autores nacionales denominen impropriamente a estas formas generales de ineficacia como formas de invalidación de testamentos (Ferrero, Manual de Derecho de Sucesiones, 1999) y (Echecopar García, 1999).

Nosotros, apartándonos de esta denominación tradicional, preferimos utilizar la categoría general de ineficacia, por ser más adecuada para comprender la verdadera naturaleza de cada uno de los supuestos contemplados en nuestra ley.

Según nuestro Código Civil existen tres formas de ineficacia testamentaria:

3.2.8.1 Revocación.

Es el acto por el cual una persona, voluntariamente, deja sin efecto, en todo o en parte, un testamento anterior.

Debemos tener en cuenta que la revocabilidad constituye una característica esencial del testamento y es un derecho irrenunciable del testador.

Esto es así, porque el testamento debe representar la última y libre voluntad del causante. Siendo además reconocida la revocación como la forma propia para dejar sin efectos un acto unilateral, como lo es el testamento.

3.2.8.2 Nulidad.

Un testamento es nulo cuando se han omitido los requisitos necesarios para su validez por alguna causa existente al momento de su otorgamiento.

En nuestro Código Civil se reconocen causales de nulidad y anulabilidad, relacionadas con la ausencia o presencia defectuosa de

algunos de los componentes de la estructura de validez del acto testamentario, como son la incapacidad del otorgante, la falta de libertad del testador sometido a violencia, intimidación o dolo, y la omisión de formalidades exigidas en la ley bajo sanción de nulidad.

Se trata, en efecto, de nulidades típicas, por estar expresamente sancionadas en la ley. Lo cual quiere decir que, respecto de los testamentos, no puede invocarse causales virtuales de nulidad.

3.2.8.3 Caducidad.

Doctrinalmente y según el concepto que utilizamos en esta investigación, un testamento caduca cuando queda sin efecto, en todo o en parte, por una causal sobreviviente y totalmente independiente a la voluntad del testador.

Esta debe ser entendida como la ineficacia dispuesta por la ley en razón de circunstancias sobrevinientes al momento del testamento. (Eduardo A. Zannoni, 1999)

Sin embargo, nuestra ley utiliza la categoría caducidad de una manera poco precisa, tal como lo mostraremos en el análisis subsiguiente.

3.2.9 Nulidad del testamento.

La nulidad se presenta al momento de la elaboración del testamento, tornándolo en inválido y produciendo la ineficacia del mismo. Considerando que el testamento es en sí un acto jurídico, por tanto son de aplicación para su validez los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil. Además se debe tener en cuenta si la nulidad afecta a todo el testamento (Nulidad Total del Testamento) o a una o varias disposiciones testamentarias (Nulidad Parcial del Testamento).

Es necesario considerar que el Código Civil distingue entre el testamento nulo y el testamento anulable. El testamento nulo es aquel afectado de nulidad absoluta, que subsume al acto inexistente, es otra categoría de los actos imperfectos; sin embargo el testamento anulable es el afectado de nulidad relativa.

El Código Civil en los siguientes artículos establece las causales de nulidad:

- a) Artículo 808, señala que es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada.
- b) Artículo 810, señala que cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior,

valdrá este y se tendrá por no otorgado aquel, si resulta falsa la noticia de muerte.

- c) Artículo 811, señala que el testamento es nulo de pleno derecho, por defectos de forma, si es infractorio de lo dispuesto en el artículo 695¹² o en su caso, de los artículos 696¹³ , 699¹⁴ y 707¹⁵, salvo lo previsto en el artículo 697¹⁶.

¹² El artículo 695, dispone que las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades especiales de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a las de otra.

El artículo 697, dispone que si el testador es ciego analfabeto deberá leerse el testamento dos veces una por el notario y la otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es sordo el testamento será leído en alta voz por el mismo, en el registro del notario. Si el testador no sabe o no puede firmarlo hará a su ruego del testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

¹³ El artículo 696, dispone las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

- 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
- 2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
- 3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
- 4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
- 5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
- 6.- *Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad.* (*)

(*) Numeral modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012, cuyo texto es el siguiente:

"6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete."

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

¹⁴ El artículo 699 dispone que las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

- 1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta. Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo."
- 2.- Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
- 3.- Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.
- 4.- Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

¹⁵ El artículo 707 que son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.

Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

¹⁶ El artículo 697 dispone que si el testador es analfabeto, deberá leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leerse el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro

- d) Artículo 813, señala que los testamentos especiales son nulos de pleno derecho cuando falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos. Son anulables en el caso del artículo 812.
- e) Artículo 814, dispone que es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

3.2.10 Caducidad del testamento.

La caducidad testamentaria es aquella situación jurídica que tiene su origen en determinados supuestos normativos, en virtud de los cuales queda sin efecto o sin valor jurídico, parcial o totalmente, una disposición testamentaria, especialmente aquella mediante la que se instituye a uno o más herederos.

La caducidad se produce por circunstancias a las que la ley otorga esa fuerza, es decir como consecuencia de hechos sobrevinientes a la voluntad del causante, ya que la caducidad como institución jurídica, en este caso de los testamentos, consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad de los testadores. Es decir la caducidad actúa como una condición resolutoria (Ferrero Acosta, 1999).

del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Es necesario tener en cuenta que la caducidad admite sólo los supuestos que se encuentran señalados en la norma, es decir sólo esos supuestos y no más, ya que la caducidad debe aplicarse rigurosa y restrictivamente por tratarse de un *numerus clausus*, puesto que aquí no cabe la interpretación extensiva.

Según ALAS, DE BUEN y RAMOS En algunos casos la caducidad se usa para indicar la pérdida o no consolidación de un derecho por falta de algún requisito considerado esencial, por omitirse alguna diligencia complementaria o por desaparecer las circunstancias excepcionales en que un acto fue otorgado (Puig Brutau, 1996).

3.2.10.1 Caducidad Total.

Es aquella que afecta la totalidad del testamento, es decir caduca la integridad de la institución. Esta figura no se encuentra regulada en el capítulo sobre caducidad de nuestro Código, sino que se encuentra referida en una forma un tanto dispersa, dentro de las formalidades de los testamentos.

3.2.10.2 Caducidad Parcial.

La caducidad parcial de testamentos no afecta la totalidad del testamento, sino solamente aquellas disposiciones que han incurrido en causal señalada en la Ley, por lo que todas las demás causales surtirán sus efectos.

3.2.10.3 Caducidad parcial de testamento

La caducidad parcial de testamento consiste en la pérdida de eficacia de algunas de las disposiciones del testamento, no por la declaración del testador, sino por sobrevenir circunstancias de hecho a las que la ley atribuye tal efecto.

Según (Armasa Galdos, 2007) rige en la caducidad el principio de legalidad. Solo por ley caduca el testamento, en el sentido que el hecho tiene que hallarse expresamente contemplado en la norma.

La caducidad parcial de testamento, aunque denominada genéricamente como caducidad, según el Código Civil, se da en los siguientes supuestos:

- a) Preterición: Que es aquella causal en la que el testador, al momento de dictar su testamento, omite considerar a un heredero forzoso, sin desheredarlo, esto es sin justificar su omisión.

Caducidad de la institución herederos¹⁷: Dentro de esta categoría general, se distinguen los siguientes supuestos:

- b) Caducidad por supervivencia de herederos forzosos, que es el caso que se presenta cuando con posterioridad a la confección del testamento, nacen herederos forzosos.
- c) Caducidad por renuncia del heredero, que es aquella causal en la que el causahabiente rechaza, de manera libre y voluntaria, la herencia, sin dejar, a su vez, herederos que lo representen.
- d) Caducidad por muerte del heredero, que es aquella causal en que el heredero instituido en el testamento fallece antes que se apertura la sucesión. Se trata del caso de la premoriencia, en el que el heredero fallece sin dejar, a su vez, herederos que lo representen.
- e) Caducidad por divorcio y separación del cónyuge culpable, que refiere a los casos en los que, por hechos atribuibles a la

¹⁷ Es importante precisar que cuando aquí hablamos de “institución de herederos”, hacemos referencia a la parte del testamento en la que el causante designa o señala quiénes son sus herederos.

conducta del cónyuge instituido como heredero en el testamento, se declara posteriormente el divorcio o la declaración judicial de cuerpos, sancionándose con la pérdida de los derechos hereditarios al cónyuge culpable del mencionado decaimiento del vínculo matrimonial.

- f) Caducidad por menoscabo, que es la disminución de la legítima que corresponde de los herederos forzosos, derivado de un mal cálculo del patrimonio hereditario o de una reducción subsiguiente del mismo.

3.2.11 Preterición.

El artículo 806 del Código Civil establece que la preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Para comprender cabalmente esta norma es preciso recordar en qué consiste la preterición.

La preterición se presenta, en efecto, cuando un heredero legitimario no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado. Tiene su origen en la voluntad del testador, pues éste deja de lado a su heredero legitimario al momento de otorgar el testamento.

Según la doctrina, la preterición puede ser hecha de manera absoluta o total y de manera relativa o parcial:

3.2.11.1 Preterición Total.

Se presenta cuando el testador, en lugar del preterido, instituyó a un heredero voluntario¹⁸, heredero que sucede por voluntad del causante y no por mandato de la ley, sin tener en cuenta que para nombrar herederos voluntarios no se debe tener herederos forzosos, de acuerdo al artículo 737 del Código Civil.

La preterición total invalida totalmente la institución de los herederos, de acuerdo con el artículo 806 del Código sustantivo.

3.2.11.2 Preterición Parcial.

Este caso se presenta cuando el testador, aparte del preterido tenga otros herederos legitimarios, a quienes se les dio demás, por haber omitido al legitimario preterido. En tal caso, los efectos de la preterición son sólo por el exceso, a fin de que se le dé a cada uno de los legitimarios lo que les corresponda.

¹⁸ Son aquellos que voluntariamente puede instituir el testador cuando no tiene herederos forzosos. En tal virtud puede ser cualquiera de los herederos no forzosos o personas sin parentesco con el causante a quienes la ley no les atribuye la condición de herederos. Véase al respecto Ferrero, Augusto 1999, 120.

La preterición parcial, también llamada menoscabo, sólo autoriza a la reducción de lo que hubieran recibido en exceso los demás legitimarios.

El artículo 806, contemplado en el capítulo sobre caducidad de testamentos, establece que la preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos.

De lo establecido por el artículo citado se puede apreciar que la llamada caducidad por preterición tiene por finalidad proteger la legítima (Osorio, 1998) que les corresponde a los herederos forzosos.

Según (Lohmann Luca de Tena, 1998) sostiene que la regla habría que leerla así: hay preterición, y en este caso, podrá ser invalidada la institución de heredero cuando el testador omita mencionar al legitimario y además, precisamente por la omisión, lesione la legítima del heredero forzoso preterido.

Entonces, según lo aclarado por el autor citado, la preterición se produce en el momento en que el testador otorga el testamento omitiendo al legitimario y, por ende, lesionando su legítima. Circunstancia que, por afectar una institución de orden público sucesorio¹⁹, deberá ser declarada ineficaz, y más precisamente inválida o nula de pleno derecho.

En consecuencia, la invalidez del testamento que contiene una preterición puede ser declarada en atención a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, concordante con lo dispuesto en el artículo 219 inciso 8 del mismo Código.

Al respecto, debe considerarse que la caducidad es aquella situación jurídica que tiene su origen en determinados hechos sobrevinientes a la voluntad del causante y ajenos a la estructura de validez del acto testamentario.

¹⁹ En el Derecho Civil, el orden público no debe confundirse con el orden interno (paz social o tranquilidad pública), ni tampoco con la noción de normas imperativas. El orden público refiere más bien a los principios organizadores del sistema jurídico, de las diversas ramas del derecho o de las diversas instituciones jurídicas, Y en tanto tales, constituyen verdaderos límites de la autonomía de la voluntad, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Véase, al respecto (Aliaga Díaz, 2007).

Entonces, si esto es así, no podemos decir que la preterición sea causal de caducidad de un testamento, pues ésta no se da por hechos sobrevinientes, sino por voluntad del testador al momento de otorgar el testamento, que afecta, como también lo hemos demostrado, a un elemento de la estructura de validez como es la causa o fin, lo que la aparta totalmente de la figura de caducidad parcial de testamentos.

Tal como lo señala (Aguilar Llanos, 2011) como sabemos, “la caducidad ataca la eficacia del testamento y no su validez como sí ocurre con la nulidad, asimismo, la caducidad se da por hechos sobrevinientes a su otorgamiento; ahora bien, si hacemos un análisis somero de la forma cómo ha regulado el legislador la preterición (preterir es olvidar, omitir, pasar por alto), vamos a concluir que es extraña y curiosa, en tanto que la preterición se da en el momento en que se testa, por lo tanto es coetánea al nacimiento del testamento. Por otro lado la preterición implica violentar derechos de los legitimarios que son protegidos por la ley, en consecuencia se está yendo contra normas de orden público. Todo ello debe conducirnos no a la caducidad sino a la nulidad del acto que lo contiene. Pues bien, aparentemente nuestros legisladores han regulado la figura de la preterición como un supuesto de invalidez, y así nos lo hace conocer en el artículo 806

del Código Civil cuando señala que: La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos...". Sin embargo, y como vamos a ver más adelante, se ha regulado el supuesto de la preterición en el título de caducidad”.

3.2.12 Menoscabo.

Al hablar de menoscabo nos referirnos a la reducción, acortamiento o disminución de algo.

En este sentido, hablamos de menoscabo en un testamento cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hechas en el testamento no son proporcionales, impidiendo de este modo que alguno de los legitimarios perciba el *quantum* a que tendría derecho. Por lo que, en ese caso, tendría derecho a una rectificación de tal error, a los efectos de recibir lo que, en justicia, le corresponde.

Por eso, el artículo 807 del Código Civil, ubicado en el capítulo sobre caducidad testamentaria, establece que las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos, se reducirán a petición de éstos, en lo que fueren excesivas.

En consecuencia, el remedio que la ley confiere contra el menoscabo de la legítima, implica reorganizar el mecanismo sucesoral testamentario. Pero ello no implica que se reduzcan las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima (porque no se reducen solas), sino que éstas serán reformadas, a petición del heredero afectado.

Según (Lohmann Luca de Tena, 1998), tiene razón, entonces, cuando dice que esta figura nada tiene que ver con la caducidad. Ni caducidad del testamento, ni de disposiciones testamentarias, ni de invalidez alguna. Pues se trata de una simple reducción de las disposiciones que menoscaban la legítima.

Nosotros coincidimos con el autor citado. Y pensamos, además, que el menoscabo es una típica manifestación del error de cálculo, que conforme a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil, no da lugar a la anulación del acto, sino solamente a su rectificación, la misma que se hace, en este caso, a solicitud del afectado.

No estamos ante un caso de caducidad, además, porque el menoscabo no es un hecho posterior al otorgamiento del testamento, sino que está presente en dicho momento. Mal puede hablarse, en consecuencia, de caducidad que es una institución que tiene que ver con el transcurso del tiempo. Asimismo, consideramos que tampoco se puede hablar de un supuesto de nulidad, pues no

invalida la institución testamentaria sino únicamente deviene en rectificar la legítima, por tanto no coincidimos con lo señalado por (Aguilar Llanos, 2011), pues no se está afectando una norma de orden público, pues si bien es cierto la legítima es intangible, en este caso sólo se procederá a rectificar el *quantum*.

En conclusión, el menoscabo no puede considerarse como causal de caducidad parcial del testamento. Pues éste no se declara ineficaz, sino que es rectificado cuantitativamente en aquello que, por error, hubiera afectado la legítima.

3.2.13 Seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es la certeza del derecho, la protección y confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto significa que las personas pueden confiar, que si su comportamiento, se sujeta en el Derecho vigente, éste será reconocido por el ordenamiento jurídico, generándose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados.

Es decir que, la seguridad jurídica es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el “saber a qué atenerse” es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de

sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (Pérez Luño A. E., 1994).

Pues tal como lo establece este autor *“si se parte de que las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principales motores de la historia jurídica. La seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido e intensidad, en los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad”*. Es decir que la seguridad jurídica ha sido forjada por la lucha social, la misma que anhela realizar sus diferentes relaciones protegida por una seguridad. Sin embargo, tal como se hace referencia en la obra ya citada, existe sociedades como la china en la que no se considera a la seguridad jurídica como valor, pues para ellos el promulgar las normas no les genera seguridad, sino más bien el riesgo de que los individuos se arroguen derechos, dejando de lado sus principios. Ello significa que la seguridad jurídica como valor dependerá de la concepción que tenga la sociedad de esta.

Es necesario considerar que en ciertos casos se ha utilizado a la seguridad jurídica como que a través de esta se justifica la inquebrantabilidad e

ineludible cumplimiento de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial, contribuyendo así a la concentración del poder y del abuso por parte de los que lo ostentan. Tornándola en una seguridad jurídica sectaria y vacía que se aleja de la protección de los derechos y libertades. Por ello es muy importante que se entienda que la seguridad jurídica más allá de proteger el cumplimiento de la ley, garantiza el respeto de los derechos fundamentales.

Podemos señalar que el valor de la seguridad, puede concebirse de dos maneras:

- a) La seguridad jurídica propiamente dicha, o vertiente objetiva, que es aquella seguridad que el individuo tiene frente a todo lo que atente contra sus derechos, que otros conciben como la certidumbre fundada y garantizada que la norma será cumplida.

- b) La certeza jurídica o certeza del Derecho, vertiente subjetiva, que es la perceptibilidad cierta de la norma jurídica, la certidumbre de que se trata del contenido del Derecho vigente, situación que precave al ciudadano de las modificaciones arbitrarias de este Derecho.

El presente trabajo enfatiza a la seguridad jurídica como aquella certeza jurídica de la norma vigente, como la predictibilidad jurídica, frente a un suceso o acontecimiento. Es decir teniendo en cuenta la vertiente subjetiva de

la seguridad jurídica, la misma que genera perceptibilidad cierta de la norma jurídica.

La certeza jurídica, o certeza del Derecho, en su vertiente subjetiva viene a manifestarse en aquella certeza del Derecho, es decir en la posibilidad de poder predecir las posibilidades jurídicas de los actos de los ciudadanos, esto genera confianza en el sistema jurídico y garantiza la vigencia del ordenamiento jurídico, para que este brinde seguridad jurídica, es necesario que el sistema jurídico cuente con normas claras y de conocimiento público, que permitan que los ciudadanos puedan cumplirlas y que den la certeza de que ante supuestos similares obtendrán respuestas similares del sistema jurisdiccional, lo que da a entender que se aplica las normas de manera justa.

Tal como lo señala (Pérez Luño A. E., 1994) cuando dice que un amplio e importante capítulo de decisiones en materia de amparo constitucional se refieren, en efecto, al mantenimiento de una coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución de supuestos iguales.

Es por ello necesario precisar que el sistema judicial juega un papel muy importante cuando se trata de mantener la seguridad jurídica, pues son los jueces y tribunales quienes imparten justicia y sus fallos deben adecuarse al sistema normativo, el mismo que tiene como primera fuente a la Constitución y no necesariamente adecuarse a una sistema legalista sino más bien reflexivo,

pues la seguridad jurídica viene a significar una condición necesaria para garantizar un sistema de derechos fundamentales.

Se debe tener en cuenta que la seguridad jurídica permite que se realicen los derechos de la persona como²⁰:

- a) La certeza del Derecho, es decir, el conocimiento relativamente cierto de cuál es la norma o normas jurídicas aplicables a su caso.

- b) Algún grado de certeza igualmente acerca de cuál es la interpretación uniforme dada por jueces y tribunales a dichas normas, en aras de salvaguardar el principio de igualdad en general, lo mismo que el Principio de la igualdad ante la ley, que no sólo demanda la similitud de trato para todas las personas de parte de la Administración de Justicia, sino la de obtener decisiones similares frente a situaciones fácticas similares.

Esto significa que la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta de acuerdo al derecho, frente a los diferentes conflictos jurídicos que se pudieran presentar, es por ello que el ordenamiento jurídico establece un sistema de fuentes de Derecho y jueces y tribunales capaces de resolver estos conflictos, a fin de que estos impartan justicia.

²⁰ Trabajo de posesión como miembro correspondiente del Dr. Álvaro Echeverry Uruburu http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20echeverry%20uruburu (consultado: el 02 de setiembre, 2012).

Esta precisamente es la razón fundamental de la existencia de tribunales de “cierre” en cada jurisdicción (doble instancia), que ante todo, más que enmendar los eventuales errores en los cuales hayan podido incurrir las instancias judiciales inferiores, buscan impartir una interpretación uniforme de la normatividad vigente en las distintas áreas del Derecho, en desarrollo, precisamente, del principio de seguridad jurídica.

Es decir que tal como se establece en la cita anterior la seguridad jurídica implica que las Salas Jurisdiccionales al momento de impartir las normas tengan un criterio uniforme, que evidencie que se ha obtenido decisiones similares frente a situaciones fácticas similares, lo que para la ciudadanía significa salvaguardar el principio de igualdad en general.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional²¹: *“La seguridad jurídica como principio constitucional. En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.*

²¹ Al resolver el Expediente EXP. N. ° 0016-2002-AI/TC citado en la página <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>.

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no

manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

3.2.14 Seguridad jurídica testamentaria.

Teniendo en cuenta que la sucesión testamentaria se origina en la voluntad del causante, quien está facultado por el ordenamiento jurídico a ordenar su propia sucesión, para después de su muerte, esta es la razón por la cual el ordenamiento jurídico se basa en principios y normas que garantizan que el testamento recoja la última voluntad del causante, respetando las formalidades y limitaciones que la ley le impone a esta facultad, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a la sucesión testamentaria.

Por tanto la seguridad jurídica en la sucesión testamentaria se presenta cuando el causante al elaborar el testamento respeta los principios de orden público impuestos, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento vigente.

Un principio del orden público sucesorio es la legítima, que es aquella porción de la que el testador no puede disponer libremente, pues por que esta les corresponde únicamente a sus herederos forzosos. Es decir que si el testador dispone de la legítima en su testamento, estaría vulnerando una norma de orden público sucesorio, contraviniendo el ordenamiento jurídico, ya que no puede disponer de ella, pues la legítima es una institución que protege a la familia más directa del causante, y según nuestro ordenamiento jurídico sucesorio esta le corresponde únicamente a sus herederos forzosos, en consecuencia si el testador dispone de la legítima estaría desconociendo a la familia, que al igual que la legítima es una institución protegida por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la seguridad jurídica testamentaria también se presenta cuando frente a las controversias o incertidumbres jurídicas, que se muestren en los testamentos, éstas al ser resueltas por el órgano jurisdiccional sean resueltas de acuerdo a Derecho, aplicando las normas y la doctrina de manera coherente, con un criterio uniforme a fin de generar en el ciudadano confianza en la sucesión testamentaria, pues tal como se ha explicado la seguridad jurídica se

evidencia cuando en un proceso judicial se ha obtenido decisiones similares frente a situaciones fácticas similares.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Presentación de resultados.

En la muestra recopilada en la presente investigación, en cuanto los fallos emitidos por la Corte Suprema en los procesos de preterición y menoscabo, como supuestos de caducidad parcial de testamentos, según el Código Civil vigente, se encontró lo siguiente:

Tabla 1. Procesos de preterición y menoscabo, Corte Suprema de Justicia. Perú 1987-2002.

Procesos	Número	Porcentaje
Menoscabo	03	30%
Preterición	07	70%
Total	10	100.00

Fuente: elaboración propia.

En el cuadro se aprecia que, de los 10 fallos emitidos por la Corte Suprema estudiados, el 70% corresponde a proceso de preterición, es decir que según el cuadro se presentan más procesos de preterición que de menoscabo; la preterición se presenta

cuando un heredero legítimo no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado; y, el 30% de los fallos corresponde a procesos de menoscabo el mismo que se presenta en un testamento cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hecha en el testamento no es proporcional, impidiendo de este modo que alguno de los legítimos perciba el *quantum* a que tendría derecho.

Tabla 2. Fallos emitidos en los procesos de Menoscabo Corte Suprema de Justicia del Perú 1987-2002.

Fallo	Procesos de menoscabo	Porcentaje
Rectificación	01	33%
Caducidad	02	67%
Total	03	100%

Fuente: elaboración propia

En el Cuadro N° 2 se aprecia que, de los 3 casos estudiados sobre los procesos de menoscabo, en el 67% de los procesos la Corte Suprema falla como caducidad es decir que consideran al menoscabo como supuesto de caducidad parcial de testamento de acuerdo a lo regulado por el Código Civil; y el 33% falla como procesos de rectificación, en el que únicamente se corregirá el *quantum* que le corresponderá a cada instituido en el testamento.

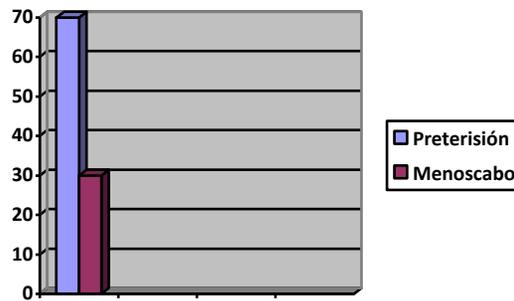
Tabla 3. Fallos emitidos en los procesos de Preterición, Corte Suprema de Justicia. Perú 1987-2002.

Fallo	Procesos de preterición	Porcentaje
Caducidad	02	29%
Nulidad	05	71%
Total	07	100%

Fuente: elaboración propia

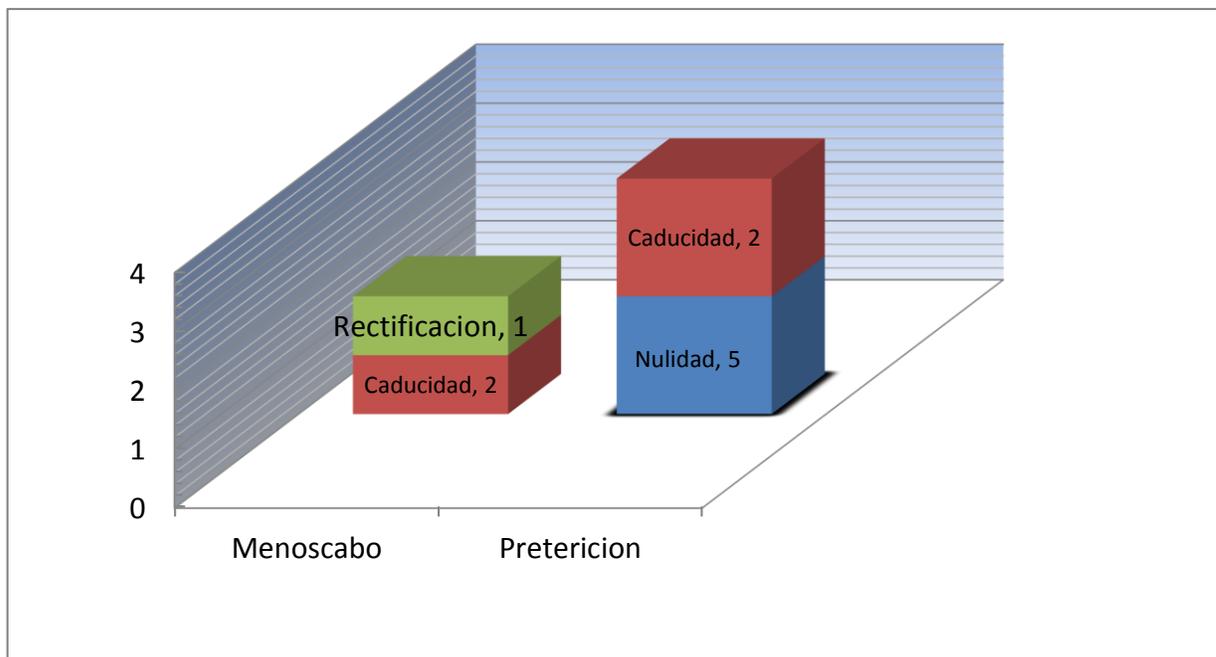
En el cuadro se aprecia que, de los 07 fallos emitidos por la Corte Suprema, sobre los procesos de preterición, el 29% falla como caducidad acogiéndose a lo regulado por el Código Civil, es decir que considera a la preterición como supuesto de caducidad parcial de testamento; sin embargo, el 71% de los fallos de preterición la Corte Suprema falla como procesos de nulidad, apartándose del Código Civil y considerando que el hecho de dejar de lado un heredero forzoso al momento de la dación del testamento, genera la invalidez de este, por estar preteriendo a un heredero legítimo, la misma que puede ser declarada en atención a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, cuya disposición señala “es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres”;

Gráfico 1. Porcentaje de los procesos de Preterición y Menoscabo, Corte Suprema de Justicia. Perú 19987-2002



En el gráfico se aprecia que, del 100% de los procesos de preterición y menoscabo, el 30% son procesos de menoscabo y el 70% son procesos de preterición. Es decir que la Corte Suprema conoce de más procesos de preterición que de procesos de menoscabo.

Gráfico 2. Fallos de los procesos de preterición y menoscabo, emitidos por la Corte Suprema del Perú, periodo 1987-2002.



En el gráfico se aprecia que la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 ha resuelto más procesos de preterición que de menoscabo, sin embargo tal como se observa, de manera clara, no existe un criterio unívoco al momento de resolver los procesos de menoscabo, pues en algunos casos la Corte Suprema los resuelve como si se tratara de procesos de caducidad, respetando lo establecido en el Código Civil y en otros casos la Corte Suprema resuelve como si se tratase de rectificación, lo que torna en incierta la figura del menoscabo, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil.

De igual manera en los procesos de preterición la Corte Suprema no tiene un mismo criterio al momento de resolver los procesos de preterición, pues en algunos casos

falla como si la preterición se tratase de una causal de caducidad, acogiéndose a lo dispuesto en el Código Civil, en otros casos como si se tratase de una causal de nulidad, atendiendo a que se ha afectado la legítima, considerando que el hecho de dejar de lado un heredero forzoso al momento de la dación del testamento, genera la invalidez de este, por estar preteriendo a un heredero legítimo, la misma que puede ser declarada en atención a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala “es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres”. Es decir que la Corte Suprema al no tener un solo criterio al momento de resolver los procesos de preterición genera inseguridad jurídica, pues no tiene un criterio uniforme al emitir sus fallos.

4.2 Análisis, interpretación y discusión de resultados

El porcentaje de procesos de preterición resueltos por la Corte Suprema es de 70% y el porcentaje de procesos de menoscabo resueltos por la Corte Suprema es de 30%, en los años 1987-2002. Es decir que de la información recopilada se tiene que la Corte Suprema resuelve más procesos de preterición que de menoscabo; pues, luego de compilar las casaciones de los procesos de preterición y menoscabo emitidos por la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002, se tiene 07 procesos de preterición y 03 procesos de menoscabo.

Es necesario indicar que la preterición se presenta cuando un heredero legítimo no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado; y, el

menoscabo se presenta en un testamento cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hecha en el testamento no es proporcional, impidiendo de este modo que alguno de los legitimarios perciba el *quantum* a que tendría derecho.

De los tres casos estudiados sobre los procesos de menoscabo, en dos de ellos la Corte Suprema falla como caducidad es decir que consideran al menoscabo como supuesto de caducidad parcial de testamento acogándose a lo regulado por el Código Civil y ordenando se corrija el *quantum* sin tener en cuenta que el menoscabo de por sí, no cumple con las características propias de la caducidad, pues este se presenta al momento en el que se otorga el testamento y no se presenta por a efecto del transcurso del tiempo; sin embargo en un proceso de menoscabo la Corte Suprema falla como rectificación de acto jurídico, en el que únicamente se corregirá el *quantum* que le corresponderá a cada instituido en el testamento, con lo que estamos de acuerdo, puesto que únicamente se trata de un error de cálculo que se presenta al momento de la dación del testamento.

Consideramos que el disponer en ciertos casos que el menoscabo se trata de una causal de caducidad y en otros casos disponer que el menoscabo, genera únicamente una rectificación, por ser un error de cálculo, crea inseguridad jurídica; pues se está emitiendo fallos diferentes, frente a un mismo hecho; pues se trata de procesos de menoscabo con fallos diferentes y considerando que la seguridad jurídica mide en el grado de previsibilidad en el resultado de las decisiones judiciales se evidencia que la Corte Suprema no tiene un mismo criterio al momento de resolver, lo que genera inseguridad jurídica cuando se tiene un proceso de menoscabo, pues no se sabe cómo

emitirá su fallo la Corte Suprema; pues al emitir fallos diferentes en los procesos de menoscabo no se tiene procesos resueltas de acuerdo a Derecho, aplicando las normas y la doctrina de manera coherente, con un criterio uniforme y no se genera en el ciudadano confianza en la sucesión testamentaria, pues la seguridad jurídica se evidencia cuando en un proceso judicial se ha obtenido decisiones similares frente a situaciones fácticas similares.

De lo recopilado en la presente investigación se aprecia que la Corte Suprema en algunos procesos como en la Casación N° 2916-2002.16/05/2003, falla de la siguiente manera; *“El testamento no es nulo a pesar del menoscabo en el derecho del actor debido a la desproporción entre la legítima asignada a cada uno de los herederos forzosos, pues ello no se encuentra incurso en ninguna de las causales de nulidad previstas legalmente, más si comporta la causal de caducidad de las disposiciones testamentarias, en cuanto contiene una indebida disposición de la masa hereditaria en menoscabo de uno de los herederos, la cual debe ser reducida”*. En este fallo se aprecia que La Corte Suprema entiende al menoscabo como una causal de caducidad, (a pesar de que la disposición de la masa hereditaria se originó al momento de la dación del testamento, por un error de cálculo del testador) sin embargo, a pesar de que indica que el menoscabo es causal de caducidad, no se tiene en cuenta que el menoscabo, tal como se indicó, no reúne las características de la caducidad y además señala que al existir una indebida disposición de la masa hereditaria en perjuicio de uno de los herederos, debe reducirse, es decir debe realizarse un nuevo cálculo.

No obstante, la Corte Suprema en la Casación N° 64 -1998.16/05/2003, falla: *“Al haberse disminuido indebidamente la porción de la legítima debe reintegrarse a ésta la parte que se ha disminuido indebidamente, es decir la parte que se ha excedido, pues nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento, de tal manera que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.”* En este proceso, se señala que se ha causado un menoscabo a la legítima debido a que el testador se excedió en una donación, que es inválida en su exceso, por tanto la Corte Suprema ordena una rectificación debiendo reintegrarse a la legítima lo que se le ha disminuido, evidenciándose que se entiende al menoscabo como si se tratase de una rectificación de acto jurídico; apartándose por completo de concepción que el menoscabo constituye una causal de caducidad, lo cual consideramos acertado pues el menoscabo se presenta al momento de la dación del testamento y no tiene las características propias de la caducidad.

Tal como hemos apreciado la Corte Suprema no resuelve de la misma forma en los procesos de menoscabo, pues en algunos casos resuelve conforme al Código Civil, señalando que el menoscabo constituye una causal de caducidad, a pesar que este se presenta al momento de la dación del testamento, por tanto no cuenta con el requisito de temporalidad, propia de la caducidad. Más aún si se tiene en cuenta que la caducidad parcial de testamentos es una figura jurídica que pertenece a la sucesión testada, pues se origina cuando, un testamento pierde su fuerza como tal, en este caso parcialmente, de acuerdo a ciertos supuestos normativos que se presentan luego de la dación del testamento, en virtud de los cuales quedan sin efecto o sin valor jurídico, las disposiciones testamentarias que instituyen a uno o más herederos; sin embargo

tal como se ha señalado el menoscabo se presenta al momento de la dación del testamento, pues el menoscabo dista de ser una causal de caducidad por lo que no debería resolverse como tal, sino más bien debe resolverse considerando lo establecido en el artículo 204 del Código Civil, por ser una típica manifestación del error de cálculo, que conforme a lo dispuesto en el no da lugar a la anulación del acto, sino solamente a su rectificación. De lo antes indicado se evidencia que no existe un criterio unívoco cuando se resuelve procesos de menoscabo, lo que genera incertidumbre cuando se tiene que esperar un fallo, pues no evidencia que se ha obtenido decisiones similares frente a situaciones fácticas similares, lo que nos aleja del principio de igualdad en general.

De la información obtenida se tiene que los fallos emitidos en los procesos de preterición de la Corte Suprema, en los años 1987-2002 son siete, de los cuales en cinco de los procesos analizados la Corte Suprema falla considerando a la preterición como causal de nulidad y en dos procesos falla considerando a la preterición como causal de caducidad.

Es decir que La Corte Suprema no tiene el mismo criterio cuando emite sus fallos en los procesos de preterición pues en ciertas ocasiones resuelve como si se tratara de una causal de caducidad y otras veces resuelve como causal de nulidad. La Corte Suprema en ciertas ocasiones como en el Expediente N° 3923-1997.06/03/1998, falla de la siguiente manera: *“(...) que de conformidad con el artículo 724 del Código Civil los hermanos no son herederos forzosos por lo que la no inclusión de la hermana de la causante, en el testamento que ésta otorgó no ha causado la*

*preterición que sirve de sustento para solicitar la caducidad de dicha memoria testamentaria (...)*²², en este caso, tal como se evidencia, la Corte Suprema tiene claro que la hermana no es una heredera forzosa, pues esta debe ser excluida por otros herederos que si tienen la calidad de herederos forzosos, en este proceso la Corte Suprema entiende a la preterición como una causal de caducidad parcial de testamentos, a pesar de que hace referencia a que la preterición se habría causado en el momento en que se otorgó el testamento, es decir que el transcurso del tiempo no generó la ineficacia, evidenciándose que la Corte Suprema falla de acuerdo a lo establecido en el Código Civil (que entiende a la preterición como una causal de caducidad parcial de testamentos) a pesar que la preterición se ocasionó al momento de la dación del testamento. Sin embargo, la Corte Suprema en el Proceso. N° 182-1998.14/09/1999, falla de la siguiente manera: *“en caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la cual está constituida por la parte de la herencia de la que no se puede disponer libremente el testador cuando tiene heredero forzoso, permitiéndose a quien tiene cónyuge, de disponer libremente del tercio de sus bienes”*. En este fallo se evidencia que la Corte Suprema concibe a la preterición como una causal de nulidad del testamento (no de caducidad tal como se hizo notar en el caso anterior), pues el testamento adolece de una ineficacia estructural, porque el testador dejó de lado a un heredero forzoso, a pesar de su condición, al momento de la dación del testamento y dicha causal se origina en la voluntad del testador, afectándose así la legítima, figura

²² Citada también en la página web <http://carpioabogados.com/INFO/INFOCIVIL/juriscivil/Derecho%20de%20Sucesiones.pdf> (consultado: el 02 de setiembre, 2012)

protegida por el Derecho Sucesorio, por tanto dicho testamento deviene en nulo, pues el testador contaba con un heredero forzoso.

De los fallos emitidos por la Corte Suprema, sobre los procesos de preterición, el 29% falla como caducidad acogiéndose a lo regulado por el Código Civil, es decir que considera a la preterición como supuesto de caducidad parcial de testamento, como si esta se produjera por un hecho sobreviniente a la dación del testamento y completamente ajeno a la voluntad del testador; sin embargo, el 71% de los fallos de preterición la Corte Suprema falla como procesos de nulidad, apartándose del Código Civil y considerando que el hecho de dejar de lado un heredero forzoso al momento de la dación del testamento, genera la invalidez de este, por estar preteriendo a un heredero legitimario, la misma que puede ser declarada en atención a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala “es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres”; pues debe tenerse en cuenta que la legítima constituye un límite a la voluntad del testador, ya que este únicamente puede disponer libremente de un tercio de sus bienes²³ respetando los dos tercios de sus bienes a favor de sus herederos forzosos.

En consecuencia, correspondería declarar la nulidad y no la caducidad, más aún cuando la preterición ha sido ocasionada al momento de la dación del testamento y no por un hecho sobreviniente a la dación del testamento. Al igual que en el menoscabo, donde la Corte Suprema tampoco tiene un criterio unívoco al emitir sus fallos, el que

²³ De acuerdo con lo establecido en el artículo 725 del Código Civil, el mismo que señala: el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes.

la Corte Suprema en la mayoría de fallos de los procesos de preterición, 71%, considere que esta constituye un supuesto de nulidad y el 29% de fallos de los procesos de preterición considere que se trata de un supuesto de caducidad genera inseguridad jurídica, pues no existe certeza en el derecho, es decir no existe predictibilidad, si se tiene en cuenta que frente a los mismos hechos se falla de manera distinta y la Corte Suprema no tiene un criterio uniforme al momento de resolver, en este sentido no se está garantizando que la norma se cumpla, es decir no hay una predictibilidad jurídica, aun así de cumplirse lo establecido en la norma, tal como lo han hecho notar varios autores como: Guillermo Lohmann Luca de Tena, Benjamín Aguilar Llanos, Augusto Ferrero Acosta, entre otros, la naturaleza jurídica de la preterición y el menoscabo no es la caducidad, pues ambos supuestos se presentan al momento de la dación de testamento, por tanto estas no se generan por alguna causal posterior a la dación del testamento, es decir distan de ser supuestos de caducidad, pues tal como se ha mencionado la caducidad es causal de ineficacia derivada del transcurso del tiempo, asociadas a otras condiciones previstas en la ley; y tanto en la preterición como en el menoscabo el transcurso del tiempo no determina la ineficacia, pues ambos supuestos la preterición y el menoscabo se presentan al momento de elaborar el testamento.

De los fallos emitidos en los procesos de preterición y menoscabo se puede ver que no existe una previsión de una respuesta de acuerdo al derecho, frente a los diferentes conflictos jurídicos que se pudieran presentar, pues los tribunales no cuentan con el mismo criterio al momento de resolver, consideramos que esto se debe a que en el Código Civil no se cuenta con una correcta regulación del menoscabo y de la

preterición, pues se los considera como causales de caducidad parcial de testamento, esto genera que los tribunales en ocasiones falle acogiéndose al Código Civil y otras veces fallen de acuerdo a lo que establece la doctrina donde claramente se puede evidenciar si el menoscabo y la preterición son supuestos de caducidad; esto genera que el sistema se torne impredecible cuando se tiene que esperar un fallo de la Corte Suprema en estos procesos civiles, pues ante supuestos similares se debería obtener respuestas similares del sistema jurisdiccional, lo que significaría que se se aplica las normas de manera justa; generándose coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución en los procesos de preterición y menoscabo.

4.3 Contrastación de hipótesis

4.3.1 Hipótesis.

Como se puede apreciar en el Capítulo III del presente trabajo, se ha formulado una hipótesis al problema planteado y este nos ha permitido desarrollar la investigación, por tanto corresponde establecer si la hipótesis es confirmada o negada. La hipótesis formulada fue la siguiente:

La consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, es la inseguridad jurídica.

4.3.2 Contrastación.

La preterición se presenta cuando un heredero legitimario no aparece en el testamento del causante, ni como instituido ni como desheredado; es decir que un heredero forzoso es dejado de lado por el testador al momento de la elaboración del testamento, esta figura según nuestro Código Civil es tratada como causal de caducidad, a pesar de que dadas sus características debe ser resuelta como una causal de nulidad, pues la preterición ocasiona una ineficacia estructural, al ser generada al momento de la dación del testamento y por afectar la legítima, la misma que es reservada únicamente a los herederos forzosos, por tanto debería declararse la nulidad total del testamento, atendiendo a lo contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, si hubiera sido preterido el único heredero forzoso o la nulidad parcial del testamento (únicamente de la cláusula donde se instituye a los herederos) si se hubiera preterido a uno de los herederos forzoso, a fin de incorporarlo en el testamento. El tratamiento errado que le da el Código Civil a la preterición ha ocasionado que La Corte Suprema en ciertas ocasiones resuelva los procesos de preterición con fallos de caducidad, tal como lo establece el Código Civil y otras veces resuelve los procesos de preterición con fallos de nulidad, apartándose del Código Civil y atendiendo a una correcta interpretación de la naturaleza de la preterición, pues como ya se mencionó la preterición se origina al momento de la dación del testamento, además de que esta afecta a la legítima, cuota hereditaria que por ley le corresponde a los herederos forzosos. Esto genera inseguridad jurídica, pues la

Corte Suprema no cuenta con un único criterio al momento de resolver procesos de preterición lo que torna en incierta la figura pues la caducidad y la nulidad no tienen los mismos efectos jurídicos en el testamento.

El menoscabo se presenta cuando, por error o ignorancia del testador, la distribución de bienes hecha en el testamento no es proporcional, impidiendo de este modo que alguno de los legitimarios perciba el *quantum* a que tendría derecho. Esta figura según nuestro Código Civil es tratada como causal de caducidad, a pesar de que dadas sus características se presenta al momento de la elaboración de testamento, por tanto no cuenta con la característica de temporalidad propia de la caducidad, por tanto no debe ser resuelto como si se tratara de una causal de caducidad parcial de testamento, es decir el menoscabo debe ser resuelto considerando lo establecido en el artículo 204 del Código Civil, por ser una típica manifestación del error de cálculo, que conforme a lo dispuesto en el no da lugar a la anulación del acto, sino solamente a su rectificación. El tratamiento errado que le da el Código Civil al menoscabo ha generado que la Corte Suprema en ciertas ocasiones resuelva los procesos de menoscabo con fallos de caducidad, tal como lo establece el Código Civil y otras veces resuelve los procesos de menoscabo declarando que únicamente se rectifique el *quantum* que le corresponde a cada heredero, apartándose del Código Civil y atendiendo a una correcta interpretación de la naturaleza del menoscabo; pues como ya se mencionó el menoscabo se origina al momento de la dación del testamento, además de que este afecta únicamente

el *quantum* que le corresponde a cada heredero. Esto genera inseguridad jurídica, pues la Corte Suprema no cuenta con un único criterio al momento de resolver procesos de menoscabo lo que torna en incierta la figura, pues no se emiten fallos con el mismo criterio.

De los resultados obtenidos se tiene que la hipótesis ha sido confirmada en la presente investigación, pues se evidencia que la consecuencia jurídica de los fallos emitidos por la Corte Suprema, en los procesos de preterición y menoscabo como supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil de 1984, es la inseguridad jurídica, al no haber unicidad en los fallos emitidos por la Corte Suprema lo que torna en inciertas las figuras de la preterición y el menoscabo.

CONCLUSIONES

1. El fundamento jurídico de los procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad, es dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 807 del Código Civil, sin embargo el menoscabo no constituye en sí una causal de caducidad, pues se presenta al momento de la dación del testamento, por tanto constituye una rectificación del acto jurídico y debe ser resuelto aplicando el artículo 204 del Código Civil.
2. El fundamento jurídico de los procesos de menoscabo de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como rectificación es considerar que se ha menoscabado la legítima, por tanto debe rectificarse respecto al *quantum*.
3. El fundamento jurídico de los procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como caducidad, es dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 806 del Código Civil; sin embargo, la preterición constituye en sí una causal de nulidad de testamento, al haberse afectado la legítima.

4. El fundamento jurídico de los procesos de preterición de la Corte Suprema del Perú, en los años 1987-2002 que han sido resueltos como nulidad, es que se ha afectado la legítima, al dejar de lado un heredero forzoso.

5. La consecuencia jurídica que generan los fallos emitidos por la Corte Suprema del Perú en los procesos de preterición y menoscabo, en la sucesión testamentaria, en los años 1987-2002 es la inseguridad jurídica, por tratarse de fallos que no son unívocos al momento de resolver procesos de preterición y procesos de menoscabo.

6. Los procesos de caducidad parcial de testamentos por los supuestos de preterición y menoscabo deben ser resueltos atendiendo a la naturaleza jurídica de la preterición y del menoscabo, inaplicando los artículos 806 y 807 del Código Civil.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el Poder Legislativo emita una ley, mediante la cual se derogue los artículos 806 y 807 del Código Civil de 1984 que regulan las figuras de preterición y menoscabo como causales de caducidad parcial de testamentos.
2. La Corte Suprema, a través de la Sala Suprema Civil, emita un pleno casatorio donde resuelva que los procesos de menoscabo deben ser solucionados aplicando lo establecido en el artículo 204 del Código Civil, a fin de uniformizar las decisiones jurisdiccionales.
3. La Corte Suprema, a través de la Sala Suprema Civil emita un pleno casatorio donde resuelva que los procesos de preterición deben ser resueltos aplicando el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, concordante con lo dispuesto en el artículo 219 inciso 8 del mismo Código.
4. El Ministerio de Justicia en coordinación con las Facultades de Derecho de las Universidades implementen campañas informativas, mediante afiches, conferencias públicas, módulos informativos en los órganos encargados de la administración de justicia y medios de comunicación; para difundir las ventajas que trae ordenar la sucesión hereditaria mediante testamento, a fin de evitar de los procesos de sucesión intestada que generan carga procesal al Poder Judicial, además de evitar posibles conflictos familiares.

PROPUESTA DE LEY

Como resultado del presente trabajo nos permitimos plantear el siguiente proyecto de ley que deroga los artículos 806 y 807 del Código Civil de 1984. Consideramos que la siguiente propuesta normativa, tienen como finalidad que los fallos emitidos por la Corte Suprema en los procesos de preterición y menoscabo generen seguridad jurídica. Teniendo en cuenta que el proyecto de ley propuesto va a generar que se deje sin efecto ambos artículos, pues tanto el artículo 806 y el 807 del Código Civil se encuentran bajo el título de caducidad y estos pertenecen a la categoría de nulidad de acto jurídico, considerando que las figuras de preterición y menoscabo no tienen la característica de temporalidad, por tanto no pueden ser reguladas como supuestos de caducidad.

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE DEROGAR LOS ARTÍCULOS 806, 807 DEL CODIGO CIVIL DE 1984.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTOS

La sucesión testada es una figura que no goza de gran acogida por la sociedad peruana, por diversos factores como: la población no conoce sus virtudes, el prejuicio de pensar

que otorgar un testamento es muy oneroso. Esto ocasiona que el tipo de sucesión hereditaria más utilizado en nuestro país sea la sucesión intestada, la misma que priva a la población las ventajas propias de la sucesión testada por ejemplo que el testador no pueda instituir un legatario; además la sucesión intestada genera incertidumbre en la propiedad de los bienes, pues se tiene que realizar un proceso en el Poder Judicial para determinar quiénes son los herederos. Incluso por la carga procesal del Poder Judicial, los procesos se tornan costosos, además de la posibilidad de presentarse conflictos entre los familiares.

La caducidad parcial de testamentos es una figura jurídica que pertenece a la sucesión testada, pues se origina cuando un testamento pierde su fuerza como tal, en este caso parcialmente, de acuerdo a ciertos supuestos normativos que se presentan luego de la elaboración del testamento, en virtud de los cuales quedan sin efecto o sin valor jurídico, las disposiciones testamentarias que instituyen a uno o más herederos. La preterición y el menoscabo son supuestos de caducidad parcial de testamentos, establecidos en el Código Civil peruano de 1984, sin embargo éstos se originan en la voluntad del testador y no en la ley; además, no se presentan al transcurrir el tiempo, sino en el momento en el que el testador otorga el testamento, ambas difieren de ser verdaderos supuestos de caducidad parcial de testamentos. Esto ocasiona que la Corte Suprema emita fallos contradictorios cuando resuelve procesos de preterición y de menoscabo, generando inseguridad jurídica y contribuyendo a que la población no utilice la sucesión testada, incrementándose los procesos de sucesión intestada.

La Corte Suprema en algunos procesos como en la Casación N° 2916-2002.16/05/2003, falla de la siguiente manera; *“El testamento no es nulo a pesar del menoscabo en el derecho del actor debido a la desproporción entre la legítima asignada a cada uno de los herederos forzosos, pues ello no se encuentra incurso en ninguna de las causales de nulidad previstas legalmente, más si comporta la causal de caducidad de las disposiciones testamentarias, en cuanto contiene una indebida disposición de la masa hereditaria en menoscabo de uno de los herederos, la cual debe ser reducida”*. Donde se aprecia que La Corte Suprema entiende al menoscabo como una causal de caducidad, sin tener en cuenta que el menoscabo no reúne las características de la caducidad y además señala que al existir una indebida disposición de la masa hereditaria en perjuicio de uno de los herederos, debe reducirse, es decir debe realizarse un nuevo cálculo.

No obstante, la Corte Suprema en la Casación N° 64 -1998.16/05/2003, falla: *“Al haberse disminuido indebidamente la porción de la legítima debe reintegrarse a ésta la parte que se ha disminuido indebidamente, es decir la parte que se ha excedido, pues nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento, de tal manera que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.”* En este proceso, se señala que se ha causado un menoscabo a la legítima debido a que el testador se excedió en una donación, que es inválida en su exceso, por tanto la Corte Suprema ordena una rectificación debiendo reintegrarse a la legítima lo que se le ha disminuido; se entiende al menoscabo como una rectificación de acto jurídico; lo cual consideramos acertado.

Tal como hemos apreciado la Corte Suprema no resuelve de la misma forma en los procesos de menoscabo, pues en algunos casos resuelve conforme al Código Civil,

señalando que el menoscabo constituye una causal de caducidad; sin embargo tal como se ha señalado el menoscabo se presenta al momento de la dación del testamento, pues el menoscabo dista de ser una causal de caducidad por lo que no debería resolverse como tal, sino más bien debe resolverse considerando lo establecido en el artículo 204 del Código Civil, por ser una típica manifestación del error de cálculo, que conforme a lo dispuesto en el no da lugar a la anulación del acto, sino a su rectificación. Se evidencia que no existe un criterio unívoco al resolver procesos de menoscabo, lo que genera incertidumbre.

En cuanto a los fallos emitidos en los procesos de preterición de la Corte Suprema tenemos el Expediente N° 3923-1997.06/03/1998: “(...) *que de conformidad con el artículo 724 del Código Civil los hermanos no son herederos forzosos por lo que la no inclusión de la hermana de la causante, en el testamento que ésta otorgó no ha causado la preterición que sirve de sustento para solicitar la caducidad de dicha memoria testamentaria (...)*”²⁴, en este caso, tal como se evidencia, la Corte Suprema tiene claro que la hermana no es una heredera forzosa, por tanto debe ser excluida por otros herederos forzosos, en este proceso la Corte Suprema entiende a la preterición como una causal de caducidad parcial de testamentos, la Corte Suprema falla de acuerdo a lo establecido en el Código Civil. Sin embargo, la Corte Suprema en el Proceso. N° 182-1998.14/09/1999, falla de la siguiente manera: “*en caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la cual está constituida por la parte de la herencia de la que no se puede disponer libremente el testador cuando tiene heredero forzoso, permitiéndose a quien tiene cónyuge, de disponer*

²⁴ Citada también en la página web <http://carpioabogados.com/INFO/INFOCIVIL/juriscivil/Derecho%20de%20Sucesiones.pdf> (consultado: el 02 de setiembre, 2012)

libremente del tercio de sus bienes". En este fallo la Corte Suprema concibe a la preterición como una causal de nulidad del testamento, pues el testamento adolece de una ineficacia estructural, porque el testador dejó de lado a un heredero forzoso, al momento de la dación del testamento y dicha causal se origina en la voluntad del testador, afectándose así la legítima, figura protegida por el Derecho Sucesorio, por tanto dicho testamento deviene en nulo, pues el testador contaba con un heredero forzoso.

De los fallos emitidos por la Corte Suprema, sobre los procesos de preterición, en algunos falla como caducidad acogándose a lo regulado por el Código Civil; sin embargo, otras veces la Corte Suprema falla como procesos de nulidad, apartándose del Código Civil, por estar preteriendo a un heredero legitimario, la misma que puede ser declarada en atención a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala "*es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres*"; pues debe tenerse en cuenta que la legítima constituye un límite a la voluntad del testador, ya que este únicamente puede disponer libremente de un tercio de sus bienes²⁵ respetando los dos tercios de sus bienes a favor de sus herederos forzosos. Esto genera inseguridad jurídica, pues no existe certeza en el derecho, es decir no existe predictibilidad, si se tiene en cuenta que frente a los mismos hechos se falla de manera distinta y la Corte Suprema no tiene un criterio uniforme al momento de resolver, en este sentido no se está garantizando que la norma se cumpla, es decir no hay una predictibilidad jurídica, aun así de cumplirse lo establecido en la norma, tal como lo han hecho notar varios autores como: Guillermo Lohmann Luca de Tena, Benjamín Aguilar Llanos, Augusto Ferrero Acosta, entre otros,

²⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 725 del Código Civil, el mismo que señala: el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes.

la naturaleza jurídica de la preterición y el menoscabo no es la caducidad, pues ambos supuestos se presentan al momento de la dación de testamento.

De los fallos emitidos en los procesos de preterición y menoscabo se puede ver que no existe una previsión de una respuesta de acuerdo al derecho, frente a los diferentes conflictos jurídicos que se pudieran presentar, pues los tribunales no cuentan con el mismo criterio al momento de resolver, consideramos que esto se debe a que en el Código Civil no se cuenta con una correcta regulación del menoscabo y de la preterición, pues se los considera como causales de caducidad parcial de testamento, esto genera que los tribunales en ocasiones fallen acogándose al Código Civil y otras veces fallen de acuerdo a lo que establece la doctrina donde claramente se puede evidenciar si el menoscabo y la preterición son supuestos de caducidad; esto genera que el sistema se torne impredecible cuando se tiene que esperar un fallo de la Corte Suprema en estos procesos civiles, pues ante supuestos similares se debería obtener respuestas similares del órgano jurisdiccional, lo que significaría que se aplica las normas de manera justa; generándose coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución en los procesos de preterición y menoscabo.

EFFECTOS DE LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA

Con la presente iniciativa legislativa se busca generar seguridad jurídica en la sucesión testamentaria, considerando la naturaleza jurídica de las figuras jurídicas de preterición y

menoscabo; lo que conlleva a una correcta interpretación de las mismas, que al momento de resolver procesos civiles sobre la preterición y el menoscabo se obtengan fallos uniformes. Se busca que la población utilice la sucesión testamentaria, a fin de que goce de los beneficios de la misma, pues esta permite contar con una propiedad saneada, reduce los procesos de sucesión intestada, por tanto la carga procesal del Poder Judicial, además de evitar los posibles conflictos familiares que genera la sucesión intestada.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

Esta iniciativa legislativa obedece a una necesidad concreta, esta es crear seguridad jurídica a la sucesión testamentaria, a través de una correcta interpretación de las figuras jurídicas de la preterición y el menoscabo; lo que permitirá a contar con fallos uniformes, esto generará que la sucesión testamentaria sea más atractiva a la población, lo que beneficia al Estado pues se evita la carga procesal del Poder Judicial respecto a los procesos de sucesión intestada, también beneficia a la población ya que se previene posibles conflictos familiares.

Por lo expuesto proponemos la siguiente fórmula legal

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la siguiente ley:

Artículo 1.- Deróguese los artículos 806 y 807 del Código Civil.

Artículo 2.- Deróguese las disposiciones que se encuentren contrarias a la presente ley.

Artículo 3.- La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el
Diario Oficial El Peruano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(s.f.). (1992). Enciclopedia Jurídica OMEBA. En *Tomo II* (pág. 481). Buenos Aires: DRISKILL.

Aguilar Llanos, B. (2011). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Ediciones Legales.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aliaga Díaz, C. A. (2007). *Tópicos de Derecho Contractual*. Cajamarca: Sin pie de imprenta.

Armas Galdos, J. (2007). *De la Sucesión Testamentaria*. Arequipa: ADRUS.

Augusto Ferrero Costa. (2005). *La Constitución comentada* (Primera Edición ed., Vol. I). Lima, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Baptista Lucio, Pilar; Fernández Collado, Carlos; Hernández Sampieri, Roberto;. (1999). *Metodología de la Investigación*. Méjico: McGRAW - HILL.

Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Castillo, C. L. (2007). *Los derechos constitucionales*. Lima: Palestra Editores.

Echecopar García, L. (1999). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica .

- Eduardo A. Zannoni. (1999). *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Effio Arroyo, B. (2007). La ineficacia de la representación dierecta sin poder regulada en el artículo 161 de Código Civil. Su autonomía dentro de la ineficacia estructural del acto jurídico. *Gaceta Jurídica* 166, 52.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías*. Roma: Trotta.
- Ferrero Acosta, A. (1999). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferrero, A. (1999). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: GRIGLEY.
- García Toma, V. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. Méjico: Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Hernandez Valle , R. (2006). *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Lohmann Luca de Tena, G. (1998). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Pontificia Universidad Católica.
- López Y López , Á. M. (1994). La garantía institucional de la herencia. *Derecho Privado y Constitución*, 49.

Osorio, M. (1998). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* . Buenos Aires: Heliasta.

Pérez Luño, A. (1998). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

Perez, L. A. (2010). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. *Criterio jurídico garantista.*, 10.

Puig Brutau, J. (1996). *Caducidad, Prescripción Extintiva y Usucapión*. Barcelona: BOSCH.

Ramírez, J. N. (2003). *Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil*. Lima: Normas Legales.

Rubio Correa, M. (1997). *Prescripción y caducidad la extinción de acciones y derechos en el Código Civil* . Lima: Pontificia Universidad Católica Fondo Editorial.

Taboada Córdoba, L. (2002). *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: GRIJLEY.

Torres Vásquez, A. (2007). *Acto Jurídico*. Lima: Idemsa.

Vidal Ramírez, F. (1999). *Prescripción Extintiva y Caducidad* . Lima: Gaceta Jurídica.

APÉNDICES

I. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1. Aspectos generales.

a) Número de Expediente.....

b) Año.....

c) Materia.....

d) Fallo.....

2. Fallo

2.1. Preterición:

- Nulidad
- Caducidad

2.2. Menoscabo

- Rectificación
- Caducidad

II. FICHAS

Análisis de la jurisprudencia nacional sobre los supuestos de preterición y menoscabo.

Ficha 1. En la Casación N° 182-1998.14/09/1999, La Corte Suprema falla en un proceso de Preterición como Nulidad.

Cas. N° 182-1998.14/09/1999

Preterición

En caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la cual está constituida por la parte de la herencia de la que no se puede disponer libremente el testador cuando tiene heredero forzoso, permitiéndose a quien tiene cónyuge, de disponer libremente del tercio de sus bienes.

Lima GACETA JURIDICA, 2009. Pág. 150.

Ficha 2. En la Casación N° 3923-1997.06/03/1998, la Corte Suprema falla en un proceso de Preterición como Caducidad.

Cas. N° 3923-1997.06/03/1998

Preterición

(...) que de conformidad con el artículo 724 del Código Civil los hermanos no son herederos forzosos por lo que la no inclusión de la hermana de la causante, en el testamento que ésta otorgó no ha causado la preterición que sirve de sustento para solicitar la caducidad de dicha memoria testamentaria (...)

Lima GACETA JURIDICA JURISPRUDENCIA ACTUAL 1999 Marianella Ledesma Narvárez Pág. 144.

Ficha 3. En la Casación N° 2119-1987.06/03/1998, la Corte Suprema falla en un proceso de Preterición como Nulidad.

Cas. N° 2119-1987.

Preterición

(...) Esta segunda acción (de nulidad de testamento) es incompatible con la primera (de preterición) por importar necesariamente que el acto jurídico en tanto y en cuanto tal es válido.

Lima FECAT 1998 Alberto Hinostrza Mínguez Pág. 200.

Ficha 4. En la Casación N° 506-1995, la Corte Suprema en un proceso de Preterición como Nulidad²⁶

Cas. N° 506-1995.

Preterición

...La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos en cuanto resulta afectada la legítima que corresponde a los preteridos...

Lima FECAT 1998 Alberto Hinostrza Mínguez Pág. 331.

²⁶ Citada también en la página web
<http://carpioabogados.com/INFO/INFOCIVIL/juriscivil/Derecho%20de%20Sucesiones.pdf>

Ficha 5. En la Casación N° 64-1993, la Corte Suprema en un proceso de Preterición como caducidad.

Cas. N° 64-1993.

Preterición

...Caduca el testamento cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso, en cuanto daña los derechos del preterido...

Lima GACETA JURIDICA, 2011. Pág. 387.

Ficha 6. En la Casación N° 2916-2002.16/05/2003, la Corte Suprema falla en un proceso de Menoscabo como Caducidad.

Cas. N° 2916-2002.16/05/2003

Menoscabo

El testamento no es nulo a pesar del menoscabo en el derecho del actor debido a la desproporción entre la legítima asignada a cada uno de los herederos forzosos, pues ello no se encuentra incurso en ninguna de las causales de nulidad previstas legalmente, más si comporta la causal de caducidad de las disposiciones testamentarias, en cuanto contiene una indebida disposición de la masa hereditaria en menoscabo de uno de los herederos, la cual debe ser reducida.

Lima GACETA JURIDICA, Augusto Ferrero 2009. Pág. 151.

Lima GACETA JURIDICA, 2009. Pág. 150

Ficha 7. En la Casación N° 64-1998.16/05/2003, la Corte Suprema falla en un proceso de Menoscabo como Rectificación.

Cas. N° 64-1998.16/05/2003

Menoscabo

Al haberse disminuido indebidamente la porción de la legítima debe reintegrarse a ésta la parte que se ha disminuido indebidamente, es decir la parte que *se* ha excedido, pues nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento, de tal manera que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida .

Lima GACETA JURIDICA, 2009. Pág. 151.

Ficha 8. En la Casación N° 1026-2002, la Corte Suprema falla en un proceso de Menoscabo como Caducidad.

Cas. N° 1026-2002.Huanuco

Menoscabo

Habiéndose menoscabado la legítima de uno de los herederos forzosos es aplicable el artículo 807 del Código Civil, según el cual las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos se reducirán, a petición de estos, en lo que fueren excesivas, norma prevista para que aquellos herederos forzosos que hubiesen recibido por concepto de legítima menos de lo que les corresponde, puedan a través de esta norma pedir su reintegro, lo que se hará consecuentemente, reduciendo las disposiciones testamentarias.

Lima GACETA JURIDICA, 1999. Pág. 605.

Ficha 9. En la Casación N° 4055-2001, la Corte Suprema falla en un proceso de Preterición como Nulidad.

Cas. N° 4055-2001.Camaná

Preterición

No se puede invalidar el testamento por haberse obviado los derechos de dos coherederos, si estos no han ejercido el derecho de acción orientado a la declaración de nulidad o anulabilidad del testamento.

Lima GACETA JURIDICA, Augusto Ferrero 2009. Pág. 428.

Ficha 10. En la Casación N° 658-1197, la Corte Suprema falla en un proceso de Preterición como Nulidad.

Cas. N° 658-1997.Lima

Preterición

La nulidad de testamento un testamento puede ser accionada no solo por los presuntos herederos excluidos, sino por cualquier persona que pretenda gestionar la vacancia de la herencia.

Lima GACETA JURIDICA, 1999. Pág. 395.