PRETERICION. SOBRE LAS FUENTES QUE INFLUYEN EN EL ART. 1218 DEL CCCh.

por

Italo Merello Arecco

I. El art. 1218 del CCCh. fija el régimen de la preterición en nuestra legislación sucesoria. La citada norma establece: *El haber pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado.*

Es objeto de este trabajo proponer una hipótesis sobre las posibles fuentes —tanto inmediatas como mediatas— que habrían gravitado en el contenido y en la redacción de aquel precepto.

La disposición transcrita ofrece dos ideas fundamentales que conviene retener desde un comienzo, a fin de precisar el influjo de las fuentes incidentes en su contenido: 1) Fija un régimen único y general para quienquiera sea el legitimario que el testador olvidara en su testamento, y 2) La solución adoptada en tal caso no consiste en la apertura de la sucesión abintestato, puesto que la persona pasada en silencio, se entiende instituida en su legítima.

II. En la legislación castellana normas expresas sobre la preterición las hay en las *Partidas* y en las *Leyes de Toro.* Al no existir disposiciones especiales sobre esta materia en el derecho indiano, aquéllas fueron también las fuentes que hubieron de regular dicha figura en Chile hasta la entrada en vigencia del CCCh. en 1857.

Sabido es que una de las características salientes de las *Partidas* es la enorme cantidad de definiciones que contiene, entre las que no falta naturalmente la de preterición. Dice P. 6.7.10 que *Praeteritio... quiere dezir en romance como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mencion en el testamento de los que auian de heredar lo suyo por derecho.* Se trata de un concepto de gran fineza técnica, lo cual es más sorprendente si consideramos que una definición de dicha figura no se conoce en libros legales anteriores al código alfonsino. En esta última obra, tan intensamente influenciada por la culta tradición boloñesa, la preterición vino a recobrar el genuino significado que originariamente tuvo, el cual por diversos motivos se había relajado en el derecho tardío occidental. En efecto, en la época posclásica se produce un gradual acercamiento entre la preterición y el desheredamiento,[1] y en las

[1] Nov. 115 marca el hito final de la evolución del sistema sucesorio romano contra testamento. En conformidad a ella se permite preterir —lo mismo que desheredar— por motivos de ingratitud *(ingratitudinis causa)* que son comunes a ambas figuras, de modo que si esas causas se prueban, el olvido del legitimario no afecta a la integridad del testamento. En Nov. 115 cap. 3 se señalan los motivos por los que los ascendientes pueden excluir de la herencia a los descendientes, y en el cap. 4, aquellas por las que los descendientes pueden excluir

fuentes romano-vulgares se califica incluso de preterido al legitimario a quien el testador instituye en menos de la *portio debita*,[2] de guisa que la preterición llegó a confundirse también con la inoficiosidad.[3]

a los ascendientes. Igualmente el recurso en favor del omitido y desheredado sin justa causa es ahora una común acción de nulidad sometido al nuevo procedimiento imperial. De este modo preterición y desheredamiento, que eran figuras paralelas e independientes en el derecho clásico, terminan por perder gran parte de su autonomía. Varios son los motivos que van a producir la paulatina caída de la preterición en su perfil clásico, entre ellos: la caída de la *heredis institutio* como fundamento del testamento, y la absorción de los antiguos recursos de reforma del testamento —*bonorum possessio contra tabulas* y *querella inoficiosi testamenti*— por el común procedimiento de la *cognitio extraordinem*.

[2] Así en IPS. 4.5.2; CTh. 5.1.4.3; 2.19.6; RB 45.7. Incluso los efectos de la preterición se obtienen a través del recurso de la oficiosidad, a lo que hay que añadir todavía que, confundida también la *pars debita* con la *pars legitima* (de la *lex Falcidia*), *infra* n. 3, se crea el conflicto de saber si a quién no se le instituye en la parte debida ha de obtener toda la porción intestada (según el esquema de la *querella*) o tan sólo la cuarta legítima (según el esquema de la *lex Falcidia*). Sobre esta materia: *Samper, F., Pars debita en el derecho romano-vulgar*, en *SDHI* 37 (1971), p. 80 ss.

[3] Hasta fines de la república o comienzos del principado no existió en el derecho hereditario romano una "parte debida", esto es, la obligación que asiste al testador de asignar una cuota determinada de sus bienes a favor de ciertas personas, figura que el derecho moderno conoce con el nombre de legítima. Solamente se dio una suerte de sucesión forzosa formal, vale decir el deber de nombrar a ciertas personas en el testamento, en general descendientes *sui* e hijo emancipado del testador, ya para instituirlas o desheredarlas, aunque en este último caso no se requería expresión de causa. Tan sólo hubo una situación muy particular de sucesión forzosa material: la cuota hereditaria que el liberto sin hijos debía dejar a su patrono en el testamento. Fuera de este caso, en consecuencia, existió una amplísima libertad de testar, de modo que no se puede hablar en esa época de legítima, en la acepción que ese término tiene en el derecho actual. A lo más, la sucesión legítima como las expresiones derivadas de ella —*pars legitima, heres legitimus*— suponen la regulación que en materia sucesoria hace la ley de las XII Tablas a falta de testamento. En Roma el adjetivo *legitimus* quiere decir conforme a la ley, aproximándose a lo que modernamente se entiende por legal, sólo que el término *legalis* muy rara vez se emplea en el lenguaje jurídico clásico. En consecuencia, hasta ese momento sólo podían reclamar del testamento los preteridos, pero no los desheredados sin justa causa, ni los instituidos en una cuota ínfima, ya que éstos habían sido nombrados en el testamento.

Recién a fines de la república o comienzos del principado, con el aparecimiento de la *querella inofficiosi testamenti*, surge la sucesión forzosa material, o sea, el deber de asignar una determinada porción de la herencia a ciertas personas, cuya cuantía se fija en un equivalente a la cuarta parte de lo que al heredero forzoso le correspondería intestado. La alocución *pars debita* o *portio debita* sirvió entonces para designar dicha cuota forzosa, hablándose también de *quarta debita* con alusión a su cuantía. Pero en el derecho romano tardío se produjo una confusión entre dicha *pars debita* o *portio debita* con el contenido de la *lex Falcidia*, de fines de la república, cuya finalidad era proteger a los herederos frente a los legados excesivos, disponiendo que éstos no podían sobrepasar las 3/4 partes del caudal hereditario, con lo que reservaba a los herederos 1/4 del patrimonio del causante *(quarta falcidia)*. Así, no obstante ser la *quarta debita* y la *quarta falcidia* cosas bien distintas, se confundieron ambas, a raíz de lo cual se observa cómo en las fuentes romano-vulgares se comenzó a dar la denominación de *legitima* (de la *lex Falcidia*) a la *pars debita* o *portio debita*, y legitimarios a los titulares de la *querella*, *Vid.* SAMPER, F., *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, en *AHDE* (1968), p. 120 ss., 201 ss.; *op. cit.*, supra n. 2, p. 76 ss.; 86 ss. Se podría sostener en consecuencia que la expresión "legítima" —*pars legitima*— conoció dos acepciones en la historia del derecho sucesorio romano: en un principio con ella se designó a la cuota que la ley asigna al heredero a falta de testamento, y tardíamente sirvió para denominar a la parte que el testador debe asignar a ciertos familiares, siendo éste último el sentido con que dicha voz ha pasado al derecho moderno.

La citada ley de P. 6.7.10 señala a continuación dos ideas adicionales a dicho concepto, ambas igualmente inspiradas muy de cerca en el derecho romano: una, relativa a cómo se produce la preterición, y otra, a los efectos que ésta acarrea. El testador incurre en preterición, dice, cuando *el padre estableciesse algund estraño o otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredandolo nin desheredandolo.*[4] Este pasaje recuerda muy claramente las dos formas clásicas de mencionar a un heredero forzoso, vale decir, de no preterirlo: instituyéndolo heredero o desheredándolo, de modo que, cuando tal no hace el testador, se incurre en el olvido tratado. En cuanto respecta a los efectos que produce la preterición, ella es la nulidad total del testamento: el acto testamentario no se rectifica —quebranta—, sino que cae íntegramente y junto con él todas las otras disposiciones: ...*Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera non valdria...*,[5] añadiendo P. 6.8.1 que *tal testamento como este non se quebrantaria, pero non vale, nin es nada...*

En síntesis: las *Partidas* establecen un régimen unitario de la preterición, de la misma manera como lo había hecho la reforma final de Justiniano establecida en Nov. 115. Pero, no obstante esta afirmación, cabe sostener que el criterio material adoptado por el texto castellano no es el mismo de la novela, puesto que el primero generaliza la solución que el viejo *ius civile* ofrecía para la preterición del hijo varón *suus*.

III. En cuanto al tratamiento que el derecho romano presentaba para esta situación, expondremos aquí un esquema muy sumario, que hacemos sólo en la medida que nos sea útil para suministrar algunos datos complementarios de interés para el propósito de este estudio, a saber: para descubrir un poco la historia inicial del problema, como para averiguar a partir de allí por las principales líneas de su evolución posterior, hasta la regulación que de él hizo el CCCh.

Comenzaremos por afirmar que el derecho romano configuró un cuadro bastante complejo de la preterición, ya que la jurisprudencia clásica, acorde con su especial *forma mentis*, no elaboró una doctrina general sobre ella, pues atendido al carácter casuista de su actividad respondiente, se ocupó de distintos casos, a los que dio soluciones dife-

[4] Tenemos ciertos reparos en aceptar la opinión restrictiva de algunos intérpretes en el sentido que la preterición que contempla P. 6.7.10 se refiere sólo a la que incurre el padre respecto del hijo. Nos parece que la excesiva atención prestada al caso que menciona dicha ley, que alude efectivamente al olvido paterno ...*E esto seria como si el padre estableciesse algund estraño o otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredandolo nin desheredandolo...*, unido al afán por volver los ojos a una situación paralela regulada en el derecho romano, ha influido en la interpretación restringida de ese texto. Pensamos sin embargo que la mención hecha por P. 6.7.10 a la preterición del hijo está formulada por vía ejemplar, amén que históricamente este es el caso más común e importante de preterición de un legitimario. De otra parte, P. 6 8.1, que también habla del silenciamiento de un heredero forzoso en el testamento, fija en su parte final un criterio general sobre este punto, no referido exclusivamente al olvido del hijo: ...*Pero si el sobredicho quando estableciesse el heredero, non fiziesse emiente en el testamento de aquel que auia derecho de heredar, heredandolo nin desheredandolo, tal testamento como este non se quebrantaria pero non vale nin es nada. E por ende pues que non deue valer, non se puede quebrantar e deue ser entregada la herencia al fijo o al nieto, de que non fue fecha mencion en el. E lo que diximos en esta ley de los descendientes, entiendese tambien de los ascendientes que fuessen desheredados a tuerto e sin razon o si non fuesse fecha ninguna mencion dellos en el testamento de los descendientes.*

[5] G. LOPEZ, GL. *Non valdria ad.* P. 6.7.10.

rentes. Esta diversidad de régimen depende en lo inmediato de los siguientes factores: la persona que el testador silencia en su testamento, y la fuente —si el derecho civil o el edicto— en que estaba sancionado tal olvido.

Así, en el derecho civil la preterición de un hijo varón *suus* llevaba a la nulidad *ab initio* del testamento,[6] con la consiguiente apertura de la sucesión intestada. Cae el testamento y junto con él no sólo la institución de heredero sino también todas las otras disposiciones contenidas en él: manumisiones, nombramiento de tutor, sustituciones, desheredaciones, legados, fideicomisos. Igual sucede con la preterición de un póstumo, cualquiera fuese el sexo de éste.[7]

Si el preterido en cambio es otro *suus*, vale decir una hija, nieto de uno u otro sexo o *uxor in manu*, el testamento no se invalida, sino que se rectifica en la medida necesaria a fin de permitir la entrada del no mencionado a la herencia; en este caso la cuota del preterido se construye a costa de sacrificar a los instituidos una parte de su asignación (*adcrecio in partem*), de acuerdo con la siguiente regla: de los *sui* instituidos, el olvidado obtiene la cuota que le habría correspondido abintestato, y de los extraños, la mitad de su asignación,[8] cabiendo el entrecruces de ambas pautas si en el testamento viciado de preterición se había instituido a *sui* y extraños a la vez. Se ve de esta forma cómo el resultado a que conduce alguna de estas hipótesis insinúa una importante excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*, pues en estos casos la herencia se regula combinadamente por la voluntad del testador en unión con los principios de la delación intestada.

También el edicto pretorio, lo mismo que el derecho civil, consideró nulo el testamento en que el causante había preterido a un hijo varón, en cuyo caso la distribución de la herencia se hacía conforme con el sistema de la *bonorum possessio sine tabulas*.[9] Pero esta fuente, en cambio, estableció un régimen más favorable para las hijas, nietos o *uxor in manu* olvidados, que el fijado *iure civile*, sistema que se hizo extensivo también al emancipado preterido, que hasta entonces carecía de protección por el hecho de no ser *suus*. A todos ellos el pretor les concede la *bonorum possessio contra tabulas*, con lo que obtienen en su favor una modificación mayor del testamento que en la situación paralela *iure civile*, pues en este caso el ingreso a la herencia de aquel cuyo nombre se omitió en el testamento se hacía según las normas del llamamiento *unde liberi* de la *bonorum possessio sine tabulas*, en la que el silenciado obtiene de los *liberi* instituidos la porción equivalente

[6] GAYO, 2. 123; Inst.: 2. 13 pr.; D. 28 3.1 y 17.

[7] Inicialmente la aparición de un póstumo siempre traía por consecuencia la ruptura del testamento, ya que por tratarse de una *incerta persona* no podía ser nombrada en él. Sin embargo progresivamente la jurisprudencia republicana, movida por el propósito de salvar el testamento en tales circunstancias, admitió la posibilidad de instituir o desheredar a los póstumos, para lo cual no vio impedimento formal. Se interpretó que la *nominatio* en esos casos no consistía en individualizar por su nombre, cosa a todas luces imposible para quien no ha ingresado a la familia del testador al momento de confeccionarse el testamento (por nacimiento u otra causa: adopción, abrogación, *conventio in manu*, premoriencia de un descendiente intermedio, etc.), sino designar de manera más flexible su persona (GAYO, 2.130). Así, desde que se hizo posible instituir o desheredar al póstumo cabe también la eventualidad de preterirlo (GAYO, 2.131; Inst. 2.17.1: D. 28.3.3.6; 6.12.2).

[8] GAYO, 2.124.

[9] GAYO, 2.125.

a lo que le hubiere correspondido en la sucesión intestada pretoria, pero excluyendo totalmente a los extraños.[10] Al margen de esto, como acontece también en la corrección testamentaria *iure civile*, el testamento mantiene su valor en cuanto a las sustituciones pupilares, las desheredaciones y también a ciertos legados.[11]

No obstante, a raíz del principio de unidad que progresivamente impone el *ius novum imperial*, la reforma final de Justiniano superó las distinciones clásicas, estableciendo un régimen general para el silenciamiento de un legitimario. Una síntesis de este principio se recoge en la novela conocida como *Authentica ex causa*, que en las ediciones pre-críticas del *Código de Justiniano* se incluye como suya junto al texto de C. 6.28. La novela establece: *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, coetera namque firma permanent (= Por efecto de la desheredación o de la preterición se anula el testamento respecto de la institución, quedando subsistente en lo demás).*[12]

IV. Retomando el hilo acerca de la reglamentación que la preterición recibe en la legislación castellana, cabe agregar que, como consecuencia de la reforma que impuso OA. 19.1 (=NR. 5.4.1 y NsRc. 10.181)[13] en el sentido de reconocer validez al testamento en que se omite la ins-

[10] GAYO, 2.135-137.

[11] D. 28.6 34,2; 35.5.5.1; 37.4.14 pr.; 37.4.20 pr.; 37.5.1 pr.; 37.5.51 pr.; 37.5.17.

[12] La preterición cobra su más típico perfil cuando la *heredis institutio* es requisito de validez del testamento; pero cuando se permite prescindir de dicha exigencia sin que ella afecte a la integridad del acto testamentario, la preterición se desdibuja en su genuina imagen. Sin duda que la crisis de la institución de heredero es la idea que late tras la solución dada por la *Authentica ex causa*, ya que sólo así puede explicarse que el silenciamiento de un legitimario produzca la caída de la institución de heredero —vacío que se llena por la vocación intestada—, sin afectar la validez de las otras disposiciones testamentarias (manumisiones, nombramiento de tutor, algunos legados y fideicomisos, etc.). Con todo, este principio depara una solución para esos legitimarios omitidos, quienes acceden a la herencia por la vía abintestato.

Si en el derecho clásico la institución de heredero había sido, como dice Gayo, 2.229, *caput et fundamentum totius testamenti*, tal ya no sucede en el derecho tardío, en que puede existir testamento sin ella, con lo que se produce una suerte de equiparación entre testamento y codicilo: la *heredis institutio*, que originariamente sólo cabía en el testamento, se acepta ahora en el codicilo, pudiendo en cambio prescindirse en aquél. La mutación descrita, que como señala Samper marca "el gran momento en la evolución descendente del testamento" (*op. cit. supra* n. 3, *La disposición*, p. 217), hay que verla en relación con el cambio que experimenta la imagen misma del testamento: mientras en el derecho clásico él era una unidad interna apoyada en la piedra angular de la *heredis institutio*, de la que pendía el destino de todas las otras disposiciones, en la época posclásica y vulgar, en cambio, deprimidas ya las formas, el testamento ofrece apenas una unidad meramente externa, constituida por un conjunto de disposiciones independientes, en que la institución de heredero deja de ser la base en que se sustenta el resto de su contenido. Sobre esto: *La Pira, G., La succesione ereditaria intestata contro il testamento*, Firenze, 1930, p. 492 s.

[13] Establece OA. 19.1: *...el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno...* Añade a continuación la misma ley toresana que, cuando ello ocurre, suceden los herederos abintestato: *...et estonce herede aquel que segun derecho e costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non ficiera testamento...* El principio contemplado en esta ley contraría radicalmente la recepción del rigor clásico que en esta materia recoge P. 6.3 en el sentido que la *heredis institutio* es la base inescindible del testamento: *Fundamento e raiz de todos los testamentos, de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos...* Vid. *supra* n. 12.

titución de heredero, quedó abierto el paso a la solución que habían de ofrecer las *Leyes de Toro.*

Las *Leyes de Toro* suavizan la doctrina anulatoria de las *Partidas,* limitando los efectos de la preterición tan sólo a la rescisión de la institución de heredero, pero conservando su validez el resto de las disposiciones testamentarias. De este modo, la LT. 24 recogida por NsRc. 10.6.8, expone: *Quando el testamento se rompiere o anullare por causa de preterición o exheredacion en el cual oviere mejoria del tercio o quinto no por eso se rompa ni menos dexe de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiere.* Pero, no obstante los términos en que está redactada esta ley, se la interpretó en el sentido de que ella deja subsistente no sólo la mejora de tercio y quinto, a la que alude de modo expreso, sino todo lo demás, con excepción de la institución de heredero, que es en consecuencia lo único que se abate. Los propios comentaristas de las *Leyes de Toro,* entre ellos Llamas y Molina y Antonio Gómez, coinciden en esta opinión.

Llamas y Molina[14] sostiene derechamente que la LT. 24 está tomada de la *Authentica ex causa* ya referida. Según ésta, como vimos, habiéndose incurrido en el olvido de un legitimario se salvan todas las disposiciones testamentarias, menos la institución; y Antonio Gómez[15] dice que producida la ruptura o anulación del testamento a que se refiere la LT. 24, deja vivas las mandas, fideicomisos, sustituciones, nombramiento de tutor.

En consecuencia: tanto P. 6.7.10 como la LT. 24 establecen un régimen unitario de la preterición, al no distinguir situaciones o casos particulares, como en otro tiempo lo había hecho la tradición clásica. Prescindimos aquí de toda consideración relativa a las distinciones y sutilezas que, sobre éste y otros puntos conexos, formulan los juristas castellanos —los intérpretes del derecho regio—, quienes asumiendo el estilo característico de sus congéneres europeos, con frecuencia llegan hasta plantear lagunas artificiales a los textos, que luego colman recurriendo o al derecho romano o a su interpretación por los juristas boloñeses, lo cual muchas veces condujo al mayor oscurecimiento de los textos que buenamente pretenden aclarar.

Por lo tanto, en la legislación romano-castellana la preterición de un legitimario siempre producía la apertura de la sucesión intestada, ya derivado del efecto anulatorio total del testamento, como en las *Partidas;* o por el efecto anulatorio parcial referido sólo a la institución de heredero, como en las *Leyes de Toro.* Esta idea es importante de recordar, ya que la solución toresana proveniente de la legislación justinianea, que sintetiza la *Authentica ex causa,* es la que predomina en el derecho codificado tanto hispano como el de algunos países sucesores de la corona castellana. Así, el CCEsp.[16] y antes de él el Pyto. García Goyena,[17]

[14] LLAMAS y MOLINA, *Compendio crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro,*[2] p. 216.

[15] GOMEZ, ANTONIO, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro,* Madrid MDCCLXXXV, p. 105 ss.

[16] *Código Civil de España,* art. 814: *La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.* ...Para un análisis del régimen de la preterición en el CCEsp. y derecho especial foral, con referencia a precedentes históricos y cita de literatura especializada: VALLET DE GOYTISOLO, *El deber formal de instituir legitimarios y el actual régi-*

el CCArg.[18] y otros. El CCCh. en cambio ofrece una solución radicalmente distinta, con lo que dichas fuentes, siguiendo la tipología propuesta por Guzmán[19] puede considerarse que ejercen en esta materia una forma de influjo negativo en el CCCh., al fijar éste un criterio de reacción a ellas.

V. Los códigos existentes a la fecha de promulgación del CCCh., o no tratan expresamente el problema de la no mención de un heredero forzoso en el testamento, como los códigos francés, de Oaxaca, de la Luisiana[20] y boliviano,[21] que no tienen una disposición paralela al art. 1218 del CCCh.; o lo regulan sobre la base de una diversidad de supuestos, como los códigos austríaco,[22] del Cantón de Vaud,[23] peruano,[24] etc., que

men de la preterición en los derechos civiles españoles, en ADC 20 (1967) fasc. 1, p. 3-115.

[17] *Pyto. Código Civil de España de García Goyena*, art. 644: *La institución de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento...: art. 644. La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aunque muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

[18] El art. 3715 del *Código Civil de Argentina* repite el art. 644 del *Pyto. de Código Civil de España de García Goyena.*

[19] GUZMAN, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago, 1982, t. 1., p. 410 ss.

[20] El *Código de la Luisiana* contiene únicamente una norma relativa a los efectos que produce la inexistencia, defecto o ineficacia de la institución de heredero, situación que indirectamente cubre ciertas hipótesis de preterición. *Supra* n. 12. Establece su art. 882: *Si no hubiere institución de heredero, o si ésta fuere nula o no tuviere efecto, se conferirá la herencia a los herederos legítimos por el sólo efecto de la ley.*

[21] El *Código Civil de Bolivia* contempla análoga hipótesis que el art. 882 del *Código de la Luisiana.* Dice su art. 486: *La falta de institución de heredero no invalida los testamentos; no habiéndola se observarán todas las cláusulas testamentarias.*

[22] *Código Civil de Austria*, art. 776: *Si entre varios hijos cuya existencia era conocida del testador hubiera sido uno completamente preterido, sólo tendrá este derecho a la legítima;* art. 777: *Si por las circunstancias pudiera probarse que la preterición de uno de los hijos proviene sólo de no haber sido conocida su existencia por el testador, el hijo preterido no está obligado a contentarse con la legítima, sino que podrá reclamar una porción de herencia igual a la que corresponde al heredero necesario menos favorecido; en el caso, pues, en que el único heredero necesario existente aún sea instituido, o en que todos los herederos necesarios existentes aún sean llamados por partes iguales, podrá reclamar una porción igual a la de éstos;* art. 778: *Si teniendo el testador un solo heredero necesario lo pretiriese por el error indicado, o si no teniendo antes hijo alguno le sobreviniera después de la declaración de última voluntad un heredero necesario, respecto del cual nada haya previsto, no deberán satisfacerse en la cantidad no excedente de la cuarta parte de la herencia líquida y en proporción solamente más que los legados destinados para los establecimientos públicos, para la remuneración de servicios prestados o para las obras pías; todas las demás disposiciones de última voluntad quedarán sin efecto; pero volverán a ser válidas si dicho heredero necesario muriere antes que el testador;* art. 779: *Si el hijo muerto antes que el testador hubiere dejado descendientes, siendo éstos preteridos ocuparán, con relación al derecho de sucesión, el lugar del hijo;* art. 781: *El heredero necesario por línea ascendente que haya sido preterido, no podrá exigir de la masa hereditaria más que la legítima;* art. 782: *si el heredero instituido pudiere probar que el heredero necesario preterido se ha hecho culpable de alguna de las causas de desheredación enumeradas en los artículos 768 al 770, se considerará la preterición como una tácita y justa desheredación.* El precedente articulado lo hemos recogido del *Código Civil de Austria*, en *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, dirigida por Vicente Romero y Garín y Alejo García Moreno, t. 9, editado en Madrid en 1892, treinta y cinco años después de haber entrado en vigencia el CCCh., siendo el único texto del CA. en su versión original completa —no refundido ni sintetizado— que hemos podido disponer traducido al castellano.

siguen ya próxima o lejanamente las hipótesis del viejo derecho romano, que distingue grado, sexo, postumición o no del silenciado, a fin de fijar los efectos jurídicos que la preterición produce en cada caso.

Por su parte Pothier,[25] epígono precodificador del *Code*, ofrece una solución diversa de la nuestra, pues contempla la preterición con efectos anulatorios totales sobre el testamento. Tampoco los intérpretes castellanos como Llamas y Molina, Gómez Azevedo, Matienzo, y otros, y los franceses como Rogrón, Troplong, Merlin, y otros, suministran materiales para el régimen de la preterición establecido en el CCCh. Lo mismo sucede con los prácticos como Tapia, Febrero, Sala, y otros.

Según lo visto, en consecuencia, Bello se separa en esta materia de los derechos más gravitantes en la redacción del CCCh.: tanto del derecho romano - castellano como del francés, en su doble vertiente legislativa y doctrinaria, como también de las fuentes influidas por ellos. ¿De dónde proviene entonces el criterio que consigna el art. 1218 del CCCh.?

VI. La dificultad inicial para indagar acerca de las fuentes directas inmediatas utilizadas por Bello para el art. 1218 del CCCh. arranca también del hecho que el Pyto. 1853 no incluye notas a los artículos que tratan sobre la preterición, aunque el sistema descrito en este ensayo es parcialmente distinto al que establecerá el CCCh. Tales notas, como es sabido, permiten muchas veces tomar el hilo de las fuentes —ya legales o doctrinarias— que el autor del código tuvo a la vista para fijar el criterio y redactar la respectiva disposición.

Sin embargo, un examen atento de este problema induce a pensar que el art. 1218 del CCCh. es tributario del código austríaco, a pesar que éste configura el régimen jurídico de la preterición sobre la base de diferentes hipótesis, a objeto de fijar sus consecuencias. Así, en un largo pasaje de seis artículos el CA. establece algunas de las siguientes situaciones: [26] 1) Si el preterido es uno entre varios hijos del testador, caso en que a su vez distingue una doble posibilidad a título de partición menor: si su existencia era conocida o no por el causante; 2) El supuesto en que el testador tuviere sólo un heredero necesario y éste hubiere sido silenciado; 3) Si se produce la preterición de un legitimario por línea ascendente.

No obstante es necesario atender que, cuando Bello utiliza el *Allgemeines büigerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811 como uno de los ma-

[23] *Cantón de Vaud*, art. 589: *Si no se hiciere mención de un hijo en el testamento de su padre ni como heredero ni como legatario, el testamento es nulo;* art. 590: *Si un nieto o nieta cuyo padre hubiere fallecido no fuere nombrado en el testamento de aquel de quien descendía su padre o su madre, el testamento subsiste; pero el nieto o nieta percibirá una parte de la herencia igual a la del heredero menor. Sin embargo esta parte no podrá ser menos que la legítima. La parte del nieto o nieta preterido se sacará antes a prorrata de todas las porciones hereditarias y de los legados.*

[24] *Código Civil de Perú*, art. 723: *La omisión de la institución de heredero en un testamento, no anula las disposiciones que contiene;* art. 865: *Cuando el testador ha olvidado al heredero forzoso, o lo ha excluido indebidamente de la herencia, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del olvidado o excluido;* art. 864: *Caduca también la institución de heredero, si sobreviniere al testador hijos legítimos u otros con derecho de heredar, de quiénes no hizo mención el testamento.*

[25] POTHIER, *Oeuvres de Pothier*,[12] París 1861. t. 8, Chapitre II, Sect. 1er. 56, p. 243: la preterición *est un vice qui entraine la nullité de tout le testament...*

[26] *Supra* n. 22.

teriales para la formación del CCCh., lo hizo a través de su traducción como aparece recogida en la obra de A. Saint-Joseph con el título de *Concordance entre les codes civils étrangéres et le Code Napoleon,* editado en París en 1840, y vertido al castellano por Verlanga y Muñiz como *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros,* aparecido en Madrid tres años más tarde. Sabido es que esta obra tuvo gran difusión en América hispana durante el siglo pasado, encontrándose prácticamente en toda biblioteca de un jurista que se prestigiara de tal. A ello sin duda contribuyó el atractivo que ofrecía este libro en razón de su fácil manejo, que permitía tener a la vista de un golpe las disposiciones paralelas de varios de los códigos de la época (el francés, el de las Dos Sicilias, el luisiano, el sardo, el del Cantón de Vaud, el holandés, el bávaro, el austríaco, el prusiano). Sin embargo por motivo de su mecánica expositiva los artículos de los distintos códigos que se recogen en esta obra no siempre aparecen ni correlativamente ordenados, ni en su textura original completos, ya que a fin de poderlos cotejar entre sí y en relación con el *Code* fue necesario muchas veces sintetizar y aun refundir sus disposiciones, como ocurre, por ejemplo, con los artículos del CA. relativos a la preterición. Este hecho pudo facilitar aun la realización de las operaciones para codificar el derecho nacional que emprende Bello en este tema, a que haremos referencia más adelante. De este libro, en consecuencia, extraemos las disposiciones del CA., que se consignan en el cuerpo presente escrito.

Fijados estos supuestos, creemos que Bello construye el art. 1218 del CCCh. sobre la base que el CA. dio a una de las hipótesis antes referida, a saber, cuando se produce preterición de uno entre varios hijos cuya existencia era conocida por el testador. Dice el art. 776 del CA.: *El hijo preterido en el testamento cuya existencia era sabida por el testador puede reclamar solamente su legítima.*

Se deduce de lo expuesto que entre el art. 1218 del CCCh, y el art. 776 del CA., hay dos grandes ideas coincidentes:

1) Que en ambas disposiciones la preterición no produce ni la nulidad total del testamento ni la nulidad de la institución de heredero, como ocurría en la legislación romano-castellana; en otras palabras, no hay apertura de la sucesión intestada, puesto que el testamento sólo se rectifica a fin de permitir la entrada del silenciado, cuya cuota se construye a costa de los instituidos. De allí que, si el testador instituye heredero a un extraño y omite a un heredero forzoso, el extraño sucede, bien que su asignación se reducirá en favor del preterido, y

2) Tanto en el CA. como en el CCCh., el preterido lleva su legítima. Con todo, respecto de este punto se observa una diferencia entre una y otra fuente: mientras en el código europeo se dice que el olvidado puede *reclamar solamente su legítima,* en el cuerpo nacional se expresa que tal silenciamiento *deberá entenderse como una institución de heredero* en ella. Al adoptar este criterio parece ser que Bello quiso dejar fuera de toda duda que, en nuestra legislación sucesoria, el preterido no necesita emplear la acción de reforma de testamento para tomar su legítima —no tiene que reclamarla—, pudiendo en consecuencia solicitar derechamente la posesión efectiva de los bienes del causante. Sólo si el testamento fuese inoficioso podrá interponer dicho recurso en su favor, de conformidad con las reglas generales.

Si el contenido dispositivo de la norma austríaca y chilena es del todo análogo, tal se debe a que Bello frente al cúmulo de situaciones que contempla el CA. procedió a realizar primeramente una labor de

simplificación de su texto, consistente en erigir una norma general y con solución común, que construye tomando como paradigma la descripción de uno de los varios casos que refiere dicho código.

VII. La particularidad de la solución austríaca y nacional, tan diversa a los criterios que en esta materia recogen las fuentes de mayor influjo del CCCh., nos parece por sí sola suficiente para establecer el enlace de parentesco entre ambas disposiciones. Pero la hipótesis expuesta se ve corroborada por dos hechos: 1) Sabido es que un camino valioso para indagar sobre las fuentes incidentes en el CCCh., es el examen de las notas colocadas por Bello en sus diferentes proyectos, en especial los de 1841-1845 y de 1853, que son los que las contienen. De ambos ensayos mayor importancia reviste a este efecto el de 1853, que es completo dado que comprende el título preliminar y los cuatro libros del código, que contiene también normas sobre la preterición y gran cantidad de notas, aunque éstas se omiten en los artículos que regulan dicha figura. No obstante cabe hacer la siguiente consideración general sobre las citas del CA. que aparecen en las llamadas de dicho ensayo del CCCh.: que si bien la mención de fuentes hechas por Bello en las notas de sus proyectos no es exhaustiva, ni tienen todas una finalidad uniforme en cuanto a la razón por qué se las menciona,[27] es revelador que dentro del Pyto. 1853 es en las notas al articulado del libro *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos* la sección del proyecto en que hay mayor cantidad de citas del CA. Se le menciona una veintena de veces, cosa que lejos no ocurre en el resto de la obra, lo que viene a mostrar que el *Allgemeines bügerliches Gesetzbuch* es una obra que Bello tuvo mucho entre manos cuando preparó la materia de derecho sucesorio; 2) Que el régimen de la preterición hecha en el Pyto. 1853 conserva la partición menor que contempla el CA., esto es, la situación de conocimiento o no de la existencia del preterido por parte del testador al hacer el testamento. Cotejo a continuación el art. 776 del CA., ya citado, con el paralelo del Pyto. 1853.

Art. 776 CA.	*Art. 1386 Pyto. 1853*
El hijo preterido en el testamento cuya existencia era sabida por el testador puede reclamar su legítima.	El haber sido pasado en silencio un legitimario de quien el testador tuvo conocimiento, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima efectiva.

Esta distinción que hace el CA. entre preterición del heredero forzoso cuya existencia era sabida o no por el testador, parece arrancar a su vez de la *distinctio* que hace Bartolo[28] entre preterición *facta scienter* y *ob ignoranter,* elaborada sobre la base del olvido del no póstumo y el póstumo, respectivamente, que contemplan las fuentes romanas, y que el Pyto. 1853 conserva, pero que Bello en definitiva dejó de lado al redactar el art. 1218 del CCCh.

A todo lo anterior debemos añadir también que un criterio semejante al del citado art. 776 del CA., queda establecido en el art. 781 del mismo cuerpo legal, para la preterición de ascendientes, hecho que re-

[27] GUZMAN, A., *op. cit. supra,* n. 19, p. 408 ss.

[28] BARTOLO, *Commentaria in secundam atque tertiam Codicis partem,* ad Cod. 6.21 *De testamento militis,* 1.9: *Sicut certi* (ed. Venetiis 1602, t. VIII, p. 14, cfr. *Authen, ex causa,* ibi, p. 24).

fuerza nuestra opinión relativa al influjo del CA., en el art. 1218 del CCCh. El texto original de dicho precepto reza: *El heredero necesario por línea ascendente que haya sido preterido, no podrá exigir de la masa hereditaria más que la legítima.*[29] A su vez el artículo paralelo recogido en las *Concordancias entre el código civil francés y los códigos extranjeros* abrevia así esa disposición: *Los ascendientes no pueden reclamar nunca más que la legítima.* Se observa cómo esta norma no entra en ninguna clase de distingos, ni menos la del tipo que señala el art. 776 del CA., la que no tiene sentido aducir en la preterición de parientes progenitores.

VIII. Ahora, si la factura literaria de ambas normas es diferente, aunque no lejana, tal arranca de las posteriores operaciones codificadoras que Bello llevó a cabo sobre el texto austríaco, con el objeto de trasvasar su contenido al CCCh. Ya se ha hablado tanto de la simplificación como del sentido y alcance que en la especie tuvo dicha operación; pero hay que agregar a ello todavía el proceso de abstracción a fin de expurgar las incrustaciones casuistas que tenían los preceptos europeos, todo lo cual da por resultado que la disposición nacional alcanza un grado de validez general de que carecían las normas austríacas. Como fruto de dicha intervención Bello hace principalmente dos cosas: 1) Prescinde de la consideración que el art. 776 del CA. establece en torno al conocimiento que el testador tuvo de la existencia del preterido, sin formular en su lugar una distinción paralela, y 2) Sustituye los términos "hijo" y "ascendientes" por el genérico de "legitimario". Respecto de este último punto creemos que fácil debió resultar a Bello este reemplazo de vocablos, ya que la reconducción al mismo CA. insinúa la pauta para ello. Así, vistos ya los arts. 776 y 781 de dicho código, llano estaba el camino que emprendió el codificador nacional para llevar adelante este proceso de abstracción, pues el propio concepto de legitimarios que él consigna en el art. 1182 del CCCh. está conformado por un grupo de parientes en línea recta del testador —descendientes y ascendientes—, de acuerdo al eco de una tradición histórica bastante uniforme en este sentido. De esta manera Bello trasciende toda categoría singular respecto del silenciado —su calidad, número, conocimiento o ignorancia de su existencia por parte del testador, etc., con el objeto de establecer un régimen unitario para la preterición.

En general los procesos de simplificación y abstracción son tan sólo dos de las muchas operaciones para codificar el derecho nacional realizadas por Bello, según lo ha propuesto y desarrollado Guzmán.[30] El autor distingue dieciocho de dichas operaciones, las que agrupa en géneros distintos y complementa como ejemplo en cada caso. Pero no obstante que el conjunto de estas operaciones Bello las realiza preferentemente sobre las fuentes castellanas —de manera especial las *Siete Partidas*—, a fin de aprovechar su contenido para verterlo en su código, en el caso específico que se estudia, en cambio, ellas se llevan a cabo sobre determinados pasajes de un código extranjero, el que sirve así de precedente para diseñar el criterio y parcialmente la letra que el CCCh. emplea en esta materia.

[29] Texto extraído del CA, en su versión íntegra en castellano indicada en *op. cit. supra*, n. 22.

[30] GUZMAN, A., *op, cit. supra*, n. 19, p. 432.

En consecuencia, respecto de las fuentes inmediatas del art. 1218 del CCCh., creo ver una influencia directa material del CA., según se ha expresado.

Con todo, en la parte inicial del art. 1218 del CCCh. Bello procede en un sentido contrario a su actitud manipuladora habitual, cual es, como también lo señala Guzmán,[31] la de modernizar el lenguaje mediante la superación de un determinado término o expresión romance por el símil derivado del latín, de acuerdo al uso que recibía en las fuentes jurídicas romanas. En efecto, aquí el codificador nacional emplea la expresión *pasado en silencio,* que parece derivar derechamente de la locución romance *pasamiento que es fecho calladamente,* proveniente de P. 6.7.10, ya vista, en lugar de recoger el término romano "preterición" que emplea el CA. Por último el giro *como institución de heredero,* inexistente también en el CA., tiene sin embargo un rancio abolengo, que proviene de las fuentes romanas, pasando por obras legislativas y doctrinarias posteriores.

IX. Sobre las fuentes mediatas de esta materia, ellas naturalmente derivan del derecho romano: 1) La preterición entendida como el silenciamiento u olvido del heredero forzoso en que incurre el testador por no instituirlo o desheredarlo, proviene de la tradición clásica; por eso, vale íntegramente en nuestro derecho el concepto de preterición e ideas complementarias en torno a ella que, apoyada en tales supuestos romanos, consigna P. 6.7.10, reproducida al comienzo de este estudio. 2) La solución que recoge el CCCh. encuentra un lejano antecedente en el criterio que el viejo derecho civil romano había dado para el olvido de las hijas, nietos de uno u otro sexo o *uxor in manu.* Así, es posible detectar ciertos puntos sustanciales coincidentes entre ambas hipótesis: 1) Dicha situación en Roma tampoco anulaba el testamento ni la institución de heredero, con lo que igualmente no conducía a la apertura de la sucesión intestada, sino tan sólo a la rectificación del testamento, a fin de permitir la entrada del preterido, cuya cuota se construía privando a los instituidos de parte de su asignación, y 2) El pasado en silencio, lo mismo que en la solución austríaca y nacional, llevaba su legítima, al menos cuando habían sido instituidos otros *sui* en su perjuicio. La diferencia está en que aquella legítima romana no es todavía la *pars debita,* esto es, la cuota del patrimonio hereditario que el testador debe dejar a ciertas personas —antecedente de la legítima moderna—, sino lo que en el derecho clásico se entendió por legítima, vale decir, la cuota hereditaria que a una persona le corresponde en la sucesión intestada *iure civile,* o sea, la regulada por la ley (de las XII Tablas) cuando no hay testamento, o habiéndolo éste es nulo o ineficaz.[32]

ABREVIATURAS

ADC. = *Anuario de Derecho Civil* (Madrid); AHDE. = *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid); CA. = *Código Civil de Austria;* CCArg. = *Código Civil de Argentina;* CCCh. = *Código Civil de la República de Chile;* CCEsp. = *Có-*

[31] GUZMAN, A., *op. cit. supra,* n. 19, p. 453.

[32] *Supra* n. 3.

digo Civil de España; C. = *Código de Justiniano;* Code = *Code Civil des Français;* CTh. = *Código Teodosiano;* D. = *Digesto;* Gayo = *Instituciones de Gayo;* Inst. = *Instituciones de Justiniano;* IPS. = *Interpretatio a las Sentencias de Paulo;* LT. = *Leyes de Toro;* Nov. = *Novelas de Justiniano;* NR. = *Nueva Recopilación;* NsRc. = *Novísima Recopilación;* OA. = *Ordenamiento de Alcalá;* P. = *Siete Partidas;* Pyto. 1841-1845 = *Proyecto de Código Civil de la República de Chile de 1841-1845;* Pyto. 1853 = *Proyecto de Código Civil de la República de Chile de 1853;* Pyto. García Goyena; = *Proyecto de Código Civil de España de García Goyena;* RB. = *Ley Romana-Burgunda;* SDHI. = *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma).