

los Tribunales del Estado á que pertenece, den efectos jurídicos á un acto que el legislador patrio tiene por contrario á las buenas costumbres. Por estas razones de orden distinto opinamos que en el caso propuesto no puede admitirse la validez del pacto sucesorio.

CAPÍTULO VIII

Capacidad é incapacidad respecto del difunto y del sucesor.

1.400. Objeto de este capítulo.

1.400. Uno de los principales requisitos de la sucesión hereditaria es el de la capacidad, que puede examinarse respecto de la persona de cuya herencia se trate y del llamado á recogerla. Como generalmente se admite que la sucesión se defiere por la ley ó por testamento, es natural que haya que discutir la cuestión de la capacidad en lo que concierne á la transmisión que se verifica en virtud de la ley y de la que tiene lugar en razón del testamento.

Discutiremos esta cuestión examinando en párrafos separados lo que se refiere á las personas naturales, asociaciones, personas jurídicas, Estado é Iglesia.

§ 1.º

De la capacidad é incapacidad de las personas naturales.

1.401. La capacidad es el principal requisito para transmitir y recoger la herencia.—**1.402.** Sucesión *ab intestato*, capacidad del *de cuius*.—**1.403.** Principios sancionados en el Código civil del Perú.—**1.404.** De Suecia.—**1.405.** de Servia.—**1.406.** Capacidad para adquirir la herencia *ab intestato*; derecho vigente en Rumanía.—**1.407.** En Rusia.—**1.408.** En Turquía.—**1.409.** Autoridad de las leyes concernientes á esta materia.—**1.410.** Capacidad para disponer por testamento.—**1.411.** Ley francesa, Ley italiana.—**1.412.** Capacidad para adquirir por sucesión testamentaria.—**1.413.** Ley alemana, del Perú y de Servia.—**1.414.** Conflicto de leyes no uniformes en materia de capacidad para suceder y para dis-

poner.—1.415. Si la ley concerniente á la capacidad en materia de sucesiones puede nunca tener el carácter de estatuto real.—1.416. Crítica de los principios admitidos en Francia.—1.417. Principios relativos á esta materia en el sistema que considera la herencia como una universalidad jurídica.—1.418. La ley que rige la capacidad para disponer tiene el carácter de estatuto personal.—1.419. Examinase la cuestión de si la capacidad del sucesor debe regirse por su estatuto personal.—1.420. Cómo la ley misma que rige la transmisión de la herencia debe regular la capacidad del sucesor.—1.421. Demuéstrase que este es el sistema más lógico.—1.422. Autoridad de la ley extranjera que establezca la incapacidad por muerte civil.—1.423. Si el religioso extranjero incapaz de suceder debe ser considerado como tal.—1.424. Ley con arreglo á la cual debe resolverse la cuestión acerca de la incapacidad del religioso profeso.—1.425. De la incapacidad que puede derivarse de la herejía.—1.426. De la ley que declara á los israelitas incapaces de suceder.—1.427. Incapacidad que se deriva de la sentencia penal extranjera.—1.428. Si la incapacidad, con arreglo á la ley nacional, tiene el carácter de estatuto real, respecto del condenado por los Tribunales de su patria.—1.429. Incapacidad de los hijos adulterinos é incestuosos.—1.430. Incapacidad del hijo natural.—1.431. Principios acerca de la prueba de la incapacidad.—1.432. De la disposición fideicomisaria y de la admisibilidad de la prueba.—1.433. De la disposición hecha por medio de persona interpuesta á favor de un incapaz.

1.401. Es un hecho que los legisladores de los distintos países han determinado quién puede dejar herederos y quién teniendo esta facultad puede disponer por testamento. Respecto de la capacidad para suceder, también los legisladores han precisado quién puede suceder y quién no, tratándose de una sucesión *ab intestato*, y quién es capaz ó incapaz de adquirir por testamento.

Nosotros sólo tenemos que determinar la ley, con arreglo á la cual el Juez ha de resolver las cuestiones relativas al requisito de la capacidad del *de cuius* y del sucesor.

En principio hay que admitir que la capacidad se deriva de la ley, y que en materia de sucesiones, según el Derecho moderno, son capaces todos los que no estén declarados incapaces por la ley; es decir, que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción (a).

(a) Por esta razón el art. 744 del Código civil español establece

Ahora bien, como son distintas las reglas acerca de la incapacidad en materia de sucesiones y puede verificarse la concurrencia de disposiciones no uniformes, toda la cuestión, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, consiste en determinar la ley que debe regir la capacidad y la incapacidad,

No es esta ocasión para examinar este asunto en el terreno de los principios racionales, sino que debiendo referirnos más bien al Derecho positivo, es indispensable considerar la cuestión, teniendo en cuenta los dos sistemas consagrados en las legislaciones vigentes, el que se funda en el principio *tot hereditates quot territoria*, y el que considera la herencia como un *universum jus* y reconoce la autoridad de la ley personal del *de cuius*.

1.402. Respecto de la sucesión *ab intestato*, hay que advertir que la voluntad del *de cuius* no entra para nada en la adjudicación de su herencia, sino que la ley, teniendo en cuenta la organización de la familia, entrega aquélla á las personas llamadas á recogerla. Por consiguiente, todo el problema acerca de la ley que debe regir la capacidad del *de cuius*, se resume en establecer si el derecho de transmitir la herencia está ó no reconocido en principio á favor del extranjero.

Cuando dominaba para los extranjeros el sistema que se apoyaba en el llamado derecho de aubana, como á los mismos se les consideraba fuera del Derecho común, no gozaban de ningún derecho civil; y no sólo se les negaba el de disponer de su patrimonio mediante testamento, sino también el de transmitirlo á sus herederos legítimos (1). Hoy, esta incapacidad absoluta no existe en todos aquellos países en los cuales la condición de extranjero no se considera como causa suficiente por sí misma para negar el goce de los derechos civiles (2). La incapacidad, sin embargo,

lo siguiente: Podrán suceder por testamento ó *ab intestato* los que no estén incapacitados por la ley. El art. 662 declara lo mismo respecto de las personas que pueden testar.

(1) Véase Fusinato, v. *Albinaggio* en la *Enciclop. giur. italiana*, y Capuano, la misma palabra en el *Digesto italiano*.

(2) También en Turquía la incapacidad del extranjero para transmitir la herencia fué abolida por la ley del 7 de Zepher de 1284.— Véase § 1.302.

está sancionada bajo la condición de reciprocidad en aquellos Estados, en los que los extranjeros gozan de derechos civiles en tales circunstancias.

1.403. Según el Código civil del Perú, por ejemplo, ateniéndonos á lo que de él dice Pradier Foderé, la adjudicación de los bienes por sucesión se rige por el título XVIII de la sección 4.^a del libro II.

Vigente en aquel país la regla según la cual los inmuebles están sujetos á la ley territorial y la condición del extranjero, en cuanto á la facultad de transmitirlos, se subordina al principio de reciprocidad, se deduce que, en caso de abrirse la sucesión *ab intestato* de un extranjero, se admitirá en sus herederos legítimos la necesaria capacidad para adquirirlos, subordinada al requisito de reciprocidad. Por consiguiente, habrá que probar que en caso de morir un peruano en el país del extranjero difunto, la ley de esta nación reconocería el derecho de transmitir la herencia *ab intestato* á los herederos legítimos. Si esta prueba falta, la herencia del extranjero se adjudica á los establecimientos de Beneficencia del país en que el extranjero tenga su domicilio en el momento de la muerte, y si se tratase de un extranjero transeunte ó no domiciliado, su herencia se adjudica al fisco (1).

1.404. También en Suecia el goce de los derechos civiles por el extranjero depende de la condición de reciprocidad y la capacidad para transmitir *ab intestato* está sometida á ella; esto es, la potestad de que un sueco transmita al morir su herencia en su país originario. Solamente se admite, como excepción, que el extranjero pueda dejar su herencia *ab intestato* á sus hijos y descendientes, los cuales heredarán á condición de establecerse dentro del año en Suecia; de otra manera la herencia pertenece al Rey, lo mismo si se trata de bienes muebles que de inmuebles (2).

1.405. En Servia no puede considerarse como completa-

(1) V. el artículo de Pradier Foderé en el *Journ. de Dr. int. privé*, año 1879, págs. 49 y 250.

(2) V. el Código de Suecia de 1734, tít. *De las sucesiones*, cap. XV, traducido al francés por De la Grasserie.

mente abolido el derecho de aubana. Expresamente no está admitido en el Código civil, y en el tratado ajustado entre Italia y Servia se afirma que allí no existe el derecho de aubana. El artículo 3.^o dice así: «No existiendo el derecho de aubana ni en » Servia ni en Italia, los ciudadanos de ambos Estados podrán » tomar posesión y disponer de una herencia que les sea deferida » en virtud de la ley ó por testamento en el territorio de los res- » pectivos Estados, como los ciudadanos de los mismos, y sin es- » tar sometidos á condiciones más onerosas que éstos» (1).

Sin embargo, no se puede afirmar que el derecho de aubana sea efectivamente desconocido en Servia. No está expresamente consagrado en el Código civil; pero, como observa oportunamente el Sr. Paulovitsch, Presidente del Tribunal de Apelación de Belgrado, teniendo presente el art. 47 del Código civil, que establece la regla de la reciprocidad, se deduce que cuando la legislación del país del extranjero difunto admita en materia de sucesiones el derecho de aubana, los Tribunales servios, en virtud de la regla sancionada en el art. 47, aplicarán al extranjero el mismo principio (2).

1.406. Las mismas reglas imperan en las legislaciones de algunos países respecto de la capacidad para recoger la herencia *ab intestato*.

Algunas veces esta incapacidad no está consagrada en las leyes de un modo absoluto, pero se admite, sin embargo, la incapacidad de adquirir por sucesión los bienes inmuebles.

En Rumanía, por ejemplo, se discute con calor si los extranjeros pueden adquirir por sucesión las fincas rústicas. Según el Código civil rumano, vigente desde 1.^o de Diciembre de 1865, en virtud de la regla sancionada en el art. 11, los extranjeros gozan de todos los derechos civiles sin condición de reciprocidad, excepto aquellos que se les niegan formalmente. Los jurisconsultos rumanos, refiriéndose al § 5.^o del art. 7.^o de la Constitución ru-

(1) V. Convenio consular firmado en Belgrado el 28 de Octubre-9 de Noviembre de 1879, en la *Colección de Tratados del Reino de Italia*.

(2) V. el artículo publicado por Paulovitsch en el *Journ. de Dr. int. privé*, 1884, págs. 24 y siguientes.

mana, revisada en 1879, después del tratado de Berlín, discuten vivamente si los extranjeros pueden adquirir fincas rústicas por sucesión. El citado artículo dispone: «No pueden adquirir fincas rústicas en Rumanía sino los rumanos y los que hayan obtenido carta de naturaleza en este país.»

Fundándose en esta disposición algunos jurisconsultos rumanos sostienen que los extranjeros no pueden adquirir fincas rústicas por ningún título, por compra, por prescripción, por donación, por sucesión testamentaria ó *ab intestato*. Se fundan en que la adquisición de las fincas rústicas está prohibida de modo general, puesto que la palabra *adquirir* empleada por el legislador debe entenderse en sentido amplio, esto es, en el que está prohibida toda forma de adquisición de la propiedad, ya sea á título oneroso, ya á título gratuito, comprendiendo igualmente la sucesión *ab intestato* y la testamentaria, que con arreglo al artículo 654 del Código civil rumano, es indudablemente uno de los modos de adquirir y de transmitir la propiedad (1).

Contradican esta opinión los que interpretan el art. 7.º párrafo 5.º de la Constitución, sosteniendo que prohíbe á los extranjeros llegar á ser propietarios de fincas rústicas en Rumanía, pero que no les impide, cuando sean llamados en su calidad de herederos, hacer valer sus derechos como tales respecto del patrimonio del *de cujus* considerado como una *universitas*; por lo que dicen que los extranjeros no pueden poseer y retener las fincas rústicas que les pertenezcan como herederos, pero que tienen derecho á obtener en dinero el valor de los inmuebles hereditarios, que en virtud del citado art. 7.º no puedan poseer realmente como propietarios. Según esta opinión, pues, el artículo 7.º § 5.º deberá entenderse en el sentido de que los extranjeros no pueden entrar en la posesión real de los predios rústicos porque no han de llegar á ser propietarios de los mismos, pero que esta prohibición no les niega los derechos que les puedan pertenecer en su calidad de herederos respecto de todo el

(1) Véase Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, pág. 36.

patrimonio (1), comprendiendo las fincas rústicas que de él formen parte.

Unos y otros se fundan en la jurisprudencia, que no es ciertamente uniforme; pero no podemos nosotros entrar ahora en esta discusión (2).

1.407. También en Rusia, para prevenir los inconvenientes que resultarían de la concentración en manos de extranjeros de las tierras situadas en las fronteras, se promulgó en 1887 un *úkase* que dice así: «En los diez gobiernos del reino de Polonia, en los de Besarabia, Wilna, Vitebsk, Volhynia, Grodno, Kief, Kovno, Curlandia, Livonia, Minsk y Padolia, los súbditos extranjeros no podrán en manera alguna adquirir en lo sucesivo derechos de propiedad ó de usufructo sobre inmuebles situados fuera de los puertos y de las ciudades. La sucesión legal en línea recta y entre esposos continuará permitida en lo que concierne á los bienes situados fuera de los puertos y de las ciudades y que hayan pertenecido á extranjeros difuntos, si el heredero se ha establecido en Rusia antes de la promulgación del *úkase* conteniendo las nuevas prescripciones. En los demás casos de sucesión legal, y en el de sucesión por testamento, el extranjero que herede estará obligado á vender sus derechos de propiedad á un súbdito ruso en el plazo de tres años, á partir del momento en que los haya adquirido. Si en este plazo no se verifica la venta, los bienes se venderán en pública subasta por las autoridades judiciales, y el precio se entregará al heredero» (3).

1.408. En Turquía, según hemos dicho en otro lugar (4),

(1) Véase el artículo de Fleischlen, consejero del Tribunal de apelación de Bucarest, en la *Revue de Dr. international*, 1898, pág. 242; y Missir, *Le droit de succession des étrangers aux inmuebles ruraux en Roumanie* (Bucarest, 1886).

(2) Véase las diferentes opiniones expuestas por Alexandresco, en su *Comentario al Código civil rumano*, t. I, pág. 164; t. III, p. 238; y tomo IV, p. 52.

(3) *Le Soleil* de 26 de Junio de 1887, citado por Champcommunal, *Etude sur la succession ab intestato*, página 111.

(4) Véase el § 1.302.

la capacidad para transmitir y recoger la herencia, está en principio reconocida desde que comenzó á regir la Ley de 7 de Zepher; sin embargo, esta capacidad general sufre algunas limitaciones. Por lo que se refiere á la indispensable para transmitir, no puede caber duda, puesto que en virtud de la disposición sancionada en el artículo 4.º de dicha Ley, el extranjero puede disponer por testamento, y cuando no haya dispuesto, en cuanto á la parte de bienes de que no pueda testar, se abre la sucesión legítima conforme á la ley otomana. Respecto de la capacidad para recoger la herencia transmitida al extranjero, como en la Ley de 7 de Zepher no hay una disposición especial, conviene atenderse á los principios relativos al derecho de suceder á tenor de la ley musulmana. Según esta ley, el extranjero es incapaz de suceder en los bienes de un otomano, en virtud de la disposición sancionada en el artículo 110 del Código de la propiedad inmueble, que dice: «La tierra del súbdito otomano no pasa por herencia á sus hijos, padre y madre, súbditos extranjeros. El súbdito extranjero no puede tener el derecho de Tapou (1) sobre las tierras de un súbdito otomano». El Consejo de Estado del Imperio otomano, ha declarado que la Ley de 7 de Zepher no ha modificado esta disposición, y que, por consiguiente, los extranjeros son incapaces de suceder en los bienes inmuebles, lo mismo que en los muebles, de los súbditos otomanos. El extranjero solamente puede recoger un legado hecho á su favor por el testador súbdito otomano, siempre que se trate de bienes de los cuales esté permitido disponer por testamento (2).

También la diferencia de religión es una causa de incapacidad en cuanto al derecho de sucesiones, en el sentido de que un

(1) El derecho de Tapou es un privilegio de los parientes del difunto que no están dentro del grado para suceder como herederos legítimos, para obtener del Gobierno que se les adjudiquen las tierras dejadas por el difunto al justo precio fijado por peritos. (Aristarchi-Bey. *Droit de propriété foncière*, tít. IV, art. 59).

(2) Véase Tornauw, *Droit musulman*, y el artículo del abogado Salem, *Du droit des étrangers de recueillir par succession en Turquie*, en el *Journal de Dr. int. privé*, año 1899, páginas 961 y siguientes.

musulmán no puede heredar de quien no lo sea; esta incapacidad no existe respecto de los extranjeros, pudiendo un cristiano heredar de un judío, así como éste puede heredar de un cristiano cuando no haya otras causas de incapacidad.

Por lo que toca á la capacidad del extranjero para suceder en los bienes dejados por sus parientes, ciudadanos extranjeros, no hay dificultad en cuanto á la sucesión mobiliaria, porque como ésta se rige por la ley del país á que pertenece el *de cuius*, y la aplican los Cónsules, á los cuales incumbe regular la sucesión de los ciudadanos de sus respectivos países, la capacidad para recoger la sucesión mobiliaria se determina con arreglo á la ley del Estado de que era ciudadano el *de cuius*. Es un hecho que, conforme á las leyes de la mayor parte de los Estados de Europa, el extranjero es capaz para suceder, salvo únicamente aquellos países en los que la ley subordina esta regla á la condición de reciprocidad.

En cuanto á la sucesión inmobiliaria, se admite también sin contradicción que respecto de los inmuebles adquiridos en Turquía por los extranjeros, después de comenzar á regir la Ley de 7 de Zepher, si se trata de bienes que puedan transmitirse por sucesión, los parientes del extranjero pueden suceder siempre que el *de cuius* y el sucesor sean ciudadanos del mismo Estado. La dificultad surge en el caso en que el *de cuius* y el llamado á recoger la herencia no sean ciudadanos del mismo Estado. Hay, en efecto, disparidad entre las opiniones de los jurisconsultos. Algunos se apoyan en la regla del Derecho musulmán, llamada *Ihtilaf-Dar*, que dice que si el difunto y el heredero no son del mismo país, este último es incapaz de suceder; y fundándose en el principio general de que la sucesión inmobiliaria del ciudadano extranjero se rige por la ley otomana, sostienen que la diferencia de nacionalidad establece también para el extranjero un motivo de incapacidad en cuanto á recoger los inmuebles por sucesión. Otros, por el contrario, observan que la Ley de 7 de Zepher ha asimilado los extranjeros á los otomanos, y que la diferencia de ciudadanía es una causa de incapacidad entre los no musulmanes, pero que los musulimes ó mahometanos pueden heredar el uno del otro, aunque de ciudadanía diversa. De esto

deducen que la diferencia de ciudadanía entre el heredero y el difunto no puede ser para los extranjeros una causa de incapacidad para suceder ni respecto de los bienes muebles ni de los inmuebles.

No es ocasión esta para discutir á fondo la cuestión (1).

1.409. Sin detenernos á exponer las leyes vigentes en otros países, nos limitamos á advertir que en aquellos sistemas legislativos en los que se niega en absoluto al extranjero el derecho de transmitir la herencia á los sucesores legítimos ó de recoger la herencia á él deferida, la ley que establece esta incapacidad absoluta tiene el carácter de ley política y debe ser aplicada sin restricción, puesto que toda ley que tiene carácter político, indudablemente goza de la autoridad del estatuto real y fuerza obligatoria *erga omnes*. Lo mismo hay que decir en el caso en que la ley subordine la transmisión y la adquisición de la herencia *ab intestato* á la condición de reciprocidad. Asumiendo también esta disposición el carácter de ley política, debe aplicarse, no obstante que según el derecho racional pueda negarse la verdad del principio consagrado en aquélla. Lo mismo decimos de las disposiciones legislativas que prohíben á los extranjeros adquirir en propiedad los bienes inmuebles ó una clase especial de éstos, como sucede en Rumanía y en Rusia, en virtud de las disposiciones legislativas antes mencionadas.

1.410. Por lo que á la capacidad para disponer por testamento se refiere, conviene también sentar el principio de que cuando la ley de un país niegue en absoluto al extranjero esa facultad ó se la conceda bajo la condición de reciprocidad, no podrá negarse la autoridad de esta ley en el territorio sometido al Imperio del soberano que la haya sancionado.

La incapacidad absoluta existió en los tiempos feudales, mientras dominó el llamado derecho de aubana, y no es esta ocasión oportuna para entrar en detalles y exponer cómo poco á poco se fué modificando el antiguo derecho, cuando los monarcas sucedieron á los señores (2).

(1) Véase Salem, artículo citado y los autores que cita.

(2) Véase Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*; Demangeat, *Histoi-*

1.411. La capacidad para disponer subordinada á la condición de reciprocidad, está establecida en el Código civil francés en los arts. 11, 726 y 912, y se admitió hasta la promulgación de la ley de 1819 (1). Estaba también consagrada en las legislaciones de los diversos Estados italianos antes de que éstos se uniesen para formar el reino de Italia, regido por la legislación liberal vigente, que concede al extranjero el goce de los derechos civiles independientemente de la condición de reciprocidad. En efecto, esta condición hallábase sancionada en el Código de las Dos Sicilias (art. 9.º), en el de los Estados de Cerdeña (art. 26) y en el de Parma y Plasencia (art. 32).

Por consiguiente, la capacidad jurídica para disponer por testamento, se encontraba, en general, subordinada á la condición de reciprocidad. Por vía de excepción, algunas veces se admitía que el extranjero pudiese disponer solamente á favor de un ciudadano del Estado. Así en el Código sardo, en el art. 702, se decía: «El extranjero que posea bienes en el Estado puede » disponer de ellos por testamento también á favor de un extranjero, conforme al art. 26 (*que establece el sistema de la reciprocidad*). En el caso en que no pudiese disponer, conforme á » lo establecido en dicho artículo, podrá, sin embargo, hacerlo » en favor de un súbdito.»

El Código de los Estados de Parma y Plasencia, decía en el art. 619: «La ley declara incapaces de disponer á los extranjeros respecto de los bienes inmuebles situados en estos Estados, salvo lo dispuesto en el art. 32 (*que sanciona el principio de la reciprocidad*). El extranjero que, con arreglo á los artículos 1.402 y 1.404, haya adquirido bienes inmuebles en estos » ducados, cuando no pueda acogerse á lo dispuesto en el artículo 32, tendrá la facultad, sin embargo, de disponer de ellos

re de la condition civile des étrangers en France, pág. 171, 222; Antoine, *De la succession en Droit int. privé*, cap. I; Champcommunal, *Etude sur la succession*, cap. I, 6. Véase Preliminares, cap. II, pág. 53, tomo I, de esta obra.

(1) Véase § 99 y siguientes, tomo I de esta obra, pág. 175 (a).

(a) Se refiere el autor á la ley relativa á la abolición del derecho de aubana y de detracción, que derogó los arts. 726 y 912 del Código civil francés.

» por testamento, siempre que lo haga á favor de un ciudadano de estos Estados».

Después de la promulgación del Código civil italiano, asimilado el extranjero al ciudadano en el goce de los derechos civiles que le corresponden, la capacidad para disponer por testamento está en principio reconocida, y sólo cabe discutir acerca de la ley conforme á la cual debe ejecutarse el derecho y determinarse la capacidad para disponer por testamento.

No nos detendremos á exponer cómo en otros países, aunque se reconozca y proclame el justo principio de que los derechos privados del hombre deben ser respetados sin preocuparse de si es ciudadano ó extranjero, no obstante, la capacidad para disponer por testamento está subordinada á la condición de reciprocidad.

1.412. En cuanto á la capacidad para adquirir por sucesión testamentaria, según las leyes de algunos países está subordinada también á la condición de reciprocidad establecida por la ley ó reconocida mediante los tratados ajustados y en vigor.

1.413. La legislación reciente para el imperio alemán, por ejemplo, no sólo abre ancho campo á la restricción de la reciprocidad, en virtud del principio sancionado en el art. 25 de la ley introductiva, sino que justifica también en ciertos casos el derecho de retorsión, en virtud de lo que dispone el art. 31, que dice: «Podrán ordenarse por el Canciller del Imperio, con el asentimiento del Consejo federal, las medidas de retorsión contra el Estado extranjero y contra sus nacionales y sus sucesores jurídicos.»

Con arreglo á la legislación vigente en el Perú, la capacidad necesaria para hacerse cargo de la sucesión mediante testamento depende también de los tratados, y está, en general, subordinada á la restricción de la reciprocidad. El art. 635 del Código civil peruano establece, en efecto, que el extranjero puede adquirir como heredero los bienes situados en el Perú, si justifica que en su país los peruanos gozan del mismo derecho de sucesión testamentaria. Los autores que comentan esta disposición enseñan que para establecer la reciprocidad no es suficiente probar que, según la ley del país extranjero, se admita la capacidad

para heredar á favor de un peruano, sino que hay que probar también la capacidad especial respecto de cada derecho sucesorio. El artículo, en efecto, dice: *Del mismo derecho de sucesión*. Por consiguiente, un extranjero no podrá reclamar un legado en el Perú si no prueba, no sólo que el peruano puede suceder en su país, sino que también puede recoger en él un legado (1).

También en Servia la capacidad para disponer por testamento y para suceder en virtud de una disposición testamentaria, está subordinada á lo estipulado en los tratados vigentes.

Sin necesidad de extendernos más, advertimos que, admitido que la capacidad ó incapacidad para disponer ó para adquirir una sucesión en virtud de testamento, debe determinarse con arreglo á la ley, cuando la *lex rei sitae* declare en absoluto incapaces á los extranjeros ó subordine la capacidad á la restricción de la reciprocidad, esta disposición debe ser considerada como absoluta é imperativa *erga omnes*, como toda ley que forme parte del Derecho público territorial ó del Derecho político de cada país, y no puede discutirse la autoridad territorial de la misma.

1.414. La cuestión acerca de la ley que debe regir la capacidad para suceder *ab intestato* y para disponer y suceder por testamento, sólo puede surgir en el caso en que el extranjero pueda en principio suceder y disponer de una y otra forma. En las legislaciones de los distintos países hay disposiciones diversas respecto de la incapacidad de los herederos en caso de sucesión *ab intestato*, y de la capacidad é incapacidad en caso de sucesión testamentaria; y como no siendo uniformes las disposiciones en este respecto, puede verificarse el concurso de leyes diversas, es indispensable precisar qué ley debe aplicar el Juez para resolver todas las cuestiones que se originen sobre esta materia.

El legislador italiano, por ejemplo, dispone en el art. 723: «Todos son capaces de suceder, salvo las excepciones determinadas por la ley.» En el art. 724 declara incapaces á los no concebidos y á los que no nacen viables, y en el 725 determina quiénes son incapaces de suceder por causa de indignidad (a).

(1) Véase Pradier Foderé, loc. cit., pág. 51.

(a) La incapacidad de suceder está contenida en el Código civil