

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POST-GRADO**

**MAESTRÍA CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**LA SANCIÓN CIVIL ANTE LA OMISION HEREDITARIA DOLOSA EN EL  
PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE  
MAESTRO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**PRESENTADA POR:**

**SARA VERONICA VERA ZULOETA**

**LAMBAYEQUE – PERU - 2014**

**LA SANCIÓN CIVIL ANTE LA OMISION HEREDITARIA DOLOSA EN EL  
PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA**

.....  
**SARA VERONICA VERA ZULOETA**

**TESISTA**

.....  
**MARIANO LARREA CHUCAS**

**ASESOR**

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz  
Gallo para optar el Grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN  
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.**

**APROBADO POR:**

.....  
**VÍCTOR ANACLETO GUERRERO**  
**PRESIDENTE DEL JURADO**

.....  
**ÓSCAR VILCHEZ VELEZ**  
**SECRETARIO DEL JURADO**

.....  
**CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA**  
**VOCAL DEL JURADO**

**ENERO, 2014**

A mis hijos Renzo y Nicolle, que son el sostén,  
motor y la inspiración de todo lo que hago.

## **AGRADECIMIENTOS**

Con estas cortas pero significativas líneas quiero agradecer a todas a aquellas personas, que de una u otra manera contribuyeron a la realización del presente trabajo.

A Dios por mostrarme el camino a seguir y darme las fuerzas necesarias para seguir adelante y en especial a mis padres, que son la inspiración de mi vida, por su comprensión al no poder estar siempre con ellos.

A mi gran amigo el Dr. Mariano Larrea Chucas, por haberme dado el honor de ser mi asesor de tesis, por sus consejos acertados y todo lo demás.

## ÍNDICE GENERAL

RESUMEN .....	12
INTRODUCCIÓN .....	13

### PRIMERA PARTE ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. UBICACIÓN DEL TEMA .....	15
1.2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.3. MANIFESTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA.....	17
1.4. ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	18
1.4.1. TIPO DE ESTUDIO.....	18
1.4.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN .....	19
1.4.3. FUENTES Y TÉCNICAS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN .....	19

### SEGUNDA PARTE DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

#### CAPÍTULO I CUESTIONES GENERALES SOBRE SUCESIONES

1. SUCESIÓN .....	20
2. CLASES DE SUCESIÓN .....	21

<b>2.1. SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2. SUCESIÓN A TÍTULO PARTICULAR .....</b>	<b>22</b>
<b>2.3. SUCESIÓN INTER VIVOS .....</b>	<b>22</b>
<b>2.4. SUCESIÓN MORTIS CAUSA .....</b>	<b>23</b>
2.4.1. Fundamento de la sucesión Mortis Causa .....	25
2.4.2. Sistemas Sucesorios .....	28
2.4.3. Clases de Sucesión Mortis Causa .....	29
2.4.4. Sucesión Mortis Causa TESTAMENTARIA.....	30
2.4.5. Sucesión Mortis Causa LEGAL .....	30
2.4.6. Sucesión Mortis Causa MIXTA.....	31
2.4.7. Sucesión Mortis Causa CONTRACTUAL .....	31
<b>3. CONCLUSIONES .....</b>	<b>33</b>

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS DE LA TRANSMISIÓN SUCESORIA

#### SUBCAPÍTULO I

#### ELEMENTO OBJETIVO

<b>1. TRANSMISIÓN SUCESORIA .....</b>	<b>34</b>
<b>2. OBJETO DE LA TRANSMISIÓN SUCESORIA .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1. CONTENIDO DE LA HERENCIA.....</b>	<b>36</b>
2.1.1. Bienes .....	36
2.1.2. Derechos.....	37
2.1.3. Obligaciones .....	37
<b>2.2. UNIDAD DE LA MASA HEREDITARIA.....</b>	<b>38</b>

**SUBCAPÍTULO II**  
**ELEMENTOS SUBJETIVOS**

<b>1. EL CAUSANTE.....</b>	<b>39</b>
<b>2. LOS SUCESTORES .....</b>	<b>40</b>
<b>2.1. HEREDERO .....</b>	<b>40</b>
<b>2.2. LEGATARIO .....</b>	<b>43</b>

**SUBCAPÍTULO III**  
**ELEMENTOS FORMALES**

<b>1. VOCACIÓN HEREDITARIA.....</b>	<b>48</b>
<b>1.1. LA SUCESIÓN DE ÓRDENES: VOCACIÓN HEREDITARIA ACTUAL O EVENTUAL .....</b>	<b>49</b>
<b>1.2. VOCACIÓN HEREDITARIA Y EL DERECHO SUCESORIO PERUANO .....</b>	<b>50</b>
<b>2. ÓRDENES SUCESORIOS .....</b>	<b>51</b>

**CAPÍTULO III**  
**CLASES DE SUCESIÓN HEREDITARIA**

<b>1. SUCESIÓN TESTAMENTARIA .....</b>	<b>53</b>
<b>1.1. TESTAMENTO .....</b>	<b>54</b>
<b>1.2. OBJETO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS .....</b>	<b>54</b>
<b>1.3. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO .....</b>	<b>55</b>
1.3.1. Unilateral .....	55
1.3.2. Solemne .....	55
1.3.3. Personalísimo .....	55
1.3.4. Expresión de última voluntad .....	55
1.3.5. Revocable .....	56

<b>2. SUCESIÓN INTESTADA.....</b>	<b>56</b>
<b>2.1. EXCURSUS .....</b>	<b>57</b>
<b>2.2. FUNDAMENTOS DE LA SUCESIÓN INTESTADA .....</b>	<b>58</b>
<b>2.3. CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>59</b>
<b>2.4. DETERMINACIÓN DE LOS HEREDEROS LEGALES .....</b>	<b>60</b>
<b>2.5. TÍTULO DE LA SUCESIÓN INTESTADA.....</b>	<b>59</b>
<b>2.6. CLASES DE SUCESIÓN INTESTADA .....</b>	<b>67</b>
2.6.1. Sucesión de los Descendientes .....	67
2.6.2. Sucesión de los Ascendientes.....	67
2.6.3. Sucesión del Cónyuge.....	68
2.6.4. Sucesión de los Parientes Colaterales .....	68
2.6.5. Sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas .....	70
<b>2.7. ÓRDENES SUCESORIOS .....</b>	<b>70</b>
<b>2.8. EXCLUSIÓN SUCESORIA.....</b>	<b>72</b>

## CAPÍTULO IV

### ETAPAS DE PROCESO DE TRANSMISIÓN SUCESORIA

<b>1. APERTURA DE LA SUCESIÓN .....</b>	<b>74</b>
<b>2. LLAMAMIENTO SUCESORIO.....</b>	<b>74</b>
<b>3. DELACIÓN .....</b>	<b>79</b>
<b>4. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: SISTEMAS.....</b>	<b>81</b>

## CAPÍTULO IV

### POSESIÓN HEREDITARIA

<b>1. CONCEPTO .....</b>	<b>86</b>
<b>2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....</b>	<b>88</b>
<b>2.1. LA POSESIÓN HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO .....</b>	<b>88</b>



2.2. LA “SAISINE” .....	89
2.3. VALOR DE LA “SAISINE HEREDITAIRE” .....	89
2.4. DERECHO MODERNO .....	90
3. Oponibilidad de pleno derecho o previo reconocimiento de la calidad de heredero .....	91
4. Adquisición de la posesión hereditaria .....	92

## CAPÍTULO VI DECLARATORIA DE HEREDEROS

1. INTRODUCCIÓN .....	94
2. CONCEPTO .....	94
3. EFECTO DE LA DECLARATORIA DE HEREDEROS .....	96
4. VÍA PROCEDIMENTAL .....	96
5. REQUISITOS .....	97
6. TRÁMITE .....	98
7. QUIÉNES PUEDEN SOLICITAR LA DECLARATORIA DE HEREDEROS .....	100
8. SUJETOS PASIVOS .....	100
9. NOTIFICACIÓN A LOS PRESUNTOS HEREDEROS .....	101
10. FUNCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN POR EDICTOS .....	102

## CAPÍTULO VII OMISIÓN DE LOS HEREDEROS DEL PROCESO DE TRANSMISIÓN SUCESORIA

1. INTRODUCCIÓN .....	103
2. CONCEPTO .....	104
3. CLASIFICACIÓN DE LAS OMISIONES DE LOS HEREDEROS DEL PROCESO SUCESORIO .....	106
3.1. OMISIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA .....	106

<b>3.2. OMISIÓN EN LA SUCESIÓN INTESTADA .....</b>	<b>111</b>
3.2.1. Momento en que se verifica la omisión.....	112
3.2.2. Supuestos de omisión .....	112
3.2.3. Heredero Aparente .....	113
3.2.4. La buena o mala fe.....	114
3.2.5. Mala fe en el proceso de Sucesión Intestada.....	116
3.2.6. Efecto de la mala fe .....	118
3.2.7. Responsabilidad Subjetiva (Dolo).....	119
3.2.8. Efecto de la mala fe .....	118

## CAPÍTULO VIII

### PETICIÓN DE HERENCIA

<b>1. CONCEPTO .....</b>	<b>121</b>
<b>2. CARACTERÍSTICAS DE LA PETICIÓN DE HERENCIA .....</b>	<b>126</b>
<b>3. LEGITIMACIÓN ACTIVA .....</b>	<b>128</b>
<b>4. LEGITIMACIÓN PASIVA .....</b>	<b>130</b>
<b>5. PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO .....</b>	<b>131</b>
<b>6. COMPETENCIA PARA CONOCER LA PETICIÓN DE HERENCIA .....</b>	<b>132</b>
<b>7. VÍA PROCEDIMENTAL.....</b>	<b>132</b>
<b>8. EFECTOS DE LA PETICIÓN DE HERENCIA.....</b>	<b>132</b>

## CAPÍTULO IX

### DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA “OMISIÓN EN EL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA”

<b>1. DIAGNÓSTICO.....</b>	<b>135</b>
<b>2. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN CIVIL .....</b>	<b>137</b>

<b>2.1. INTRODUCCIÓN (DEBER DE RESPONDER) .....</b>	<b>137</b>
<b>2.2. ILICITUD.....</b>	<b>140</b>
2.2.1. Incumplimiento y acto ilícito.....	142
<b>2.3. SANCIÓN .....</b>	<b>143</b>
2.3.1. Sanción resarcitoria y sanción represiva.....	144
2.3.2. Las sanciones y los sistemas de responsabilidad .....	146
<b>2.4. FUNCIÓN DE LA SANCIÓN .....</b>	<b>149</b>
<b>2.5. EFICACIA DE LAS SANCIONES DE LAS PERSONAS QUE COMETEN OMISIÓN</b>	
<b>DOLOSA .....</b>	<b>151</b>
2.5.1. Daño Punitivo .....	153
2.5.2. Naturaleza Jurídica .....	155
2.5.3. Antecedentes.....	157
2.5.4. Derecho Comparado .....	160
2.5.5. Clasificación .....	165
2.5.6. Aplicabilidad.....	164
2.5.6.1. Argumentos en contra .....	164
2.5.6.2. Argumentos a favor .....	166
2.5.6.3. Argumentos de aplicabilidad de sanciones civiles en el sistema jurídico peruano .....	168
2.5.6.4. Argumentos para la aplicabilidad de una sanción civil para el caso de las omisiones hereditarias dolosas.....	169
2.5.6.5. Afectación de la parte de la herencia del heredero que causó la omisión.....	171
2.5.6.6. Cuantificación de la sanción civil.....	171
2.5.6.7. Destino de la sanción .....	172
2.5.6.8. Condiciones de aplicabilidad de la sanción civil en las omisiones dolosas .....	174

## **TERCERA PARTE**

<b>3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS</b>	
<b>175</b>	
<b>3.1.1. Problemas planteados .....</b>	<b>175</b>
<b>3.1.2. Comprobación de la hipótesis .....</b>	<b>177</b>
<b>3.2. MODELO TEÓRICO .....</b>	<b>179</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>180</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>182</b>
<b>PROPUESTA LEGISLATIVA .....</b>	<b>183</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>184</b>

## RESUMEN

Con el presente trabajo nos propusimos determinar si es posible la aplicación de una sanción civil a los herederos que, pese a conocer la existencia de otros, con mayor o igual derecho sucesorio; solicitan y obtienen una declaración judicial o notarial de sucesión intestada del causante, produciendo una preterición dolosa y de ser el caso *¿qué tipo de sanción es posible aplicar?* Todo ello ante los constantes perjuicios debido a la omisión dolosa de algunos herederos en el proceso de sucesión intestada y al evidente reproche que implica este tipo de conductas, dado que se dan dentro del seno familiar, las mismas que el derecho debe tratar de eliminar en la medida de lo posible.

Así, nos inclinamos por una *sanción de tipo patrimonial*, que es la posibilidad de acrecer en la cuarta parte de la cuota que le corresponde al causante de la omisión, a favor del heredero perjudicado. Consideramos dicha sanción como la más adecuada, pues el sistema de sanciones de tipo indemnizatorio se ha tornado ineficaz previniendo este tipo de acciones.

La importancia del presente trabajo podemos observarla: *i) Desde el punto de vista de la práctica judicial*, dado que la aplicación de dicha sanción civil, posiblemente conllevaría a la disminución de los procesos de petición herencia y la consecuente disminución de la carga procesal en los juzgados; y, *ii) Desde el punto de vista metodológico* intentaremos justificar doctrinariamente la aplicación de la sanción civil mediante el desarrollo de un marco teórico coherente e idóneo, teniendo en cuenta que el tratamiento doctrinario del tema que nos ocupa, es escaso o porque no decir casi nulo.

## ABSTRACT

The present work was aimed to determine whether the application of a civil penalty to the heirs that despite knowing the existence of other, more or equal inheritance rights is possible, request and obtain a judicial or notarized statement of intestacy of the deceased, producing fraudulent and omission if any what kind of penalty can be applied? All this due to the willful omission of some heirs in the process of intestate succession and the obvious criticism that involves such behaviors, as given to the constant harm within the family, the same as the law must try to eliminate the possible .

Thus, we favor a penalty of asset type, which is the possibility of accretion in the fourth part of the fee that corresponds to the cause of the failure, in favor of the injured heir. We consider this as the most appropriate sanction, as the system of sanctions for compensatory type has become ineffective preventing such actions.

The importance of this study can observe : *i) From the point of view of judicial practice*, since the implementation of the civil penalty, may lead to decreased processes request inheritance and the consequent decrease in the caseload in courts, and *ii) From the methodological point of view*; try doctrinally justify the application of the civil penalty by developing a coherent and appropriate theoretical framework , taking into account that the doctrinal treatment of the subject at hand, because there is little or say almost nothing.

## INTRODUCCIÓN

El proceso de transmisión sucesoria, se inicia con la muerte de la persona – que marca la apertura de la sucesión-, hasta la asunción plena y efectiva de las relaciones jurídicas derivadas de la herencia –que se materializa con el reconocimiento judicial o notarial de la calidad de heredero-, no siempre se produce con normalidad; dado que en la realidad se observa, que muchas de las personas que deben intervenir en la misma, no participan de ella, por ejemplo se observará, a personas que sin tener la calidad de verdaderos herederos o sin tenerlo de manera exclusiva se encuentran ocupando la posición dejada por el causante o poseyendo la totalidad o una parte de bienes dejados por el causante; a su vez encontraremos a personas, que teniendo la calidad hereditaria se encuentran imposibilitados del ejercicio pleno de sus derechos. Todos estos hechos lo subsumiremos en una gran categoría, que la denominaremos **“La omisión sucesoria”**.

La omisión sucesoria puede ser generada por diversas causas o factores, algunas veces generadas por el causante, por los intervinientes en el proceso o por causas externas. Asimismo la **“omisión sucesoria”**, puede generarse dentro del régimen de la sucesión testada o la intestada. En el trabajo haremos énfasis en este último régimen.

La omisión dentro del régimen de la sucesión intestada, en la generalidad de las veces es ocasionada por la conducta de algunos herederos, que de manera dolosa solicitan a los órganos competentes –sea al juez o notario público- se les envista o reconozca de manera exclusiva la calidad de heredero, con omisión de herederos de grado superior o concurrente a él, que por ignorancia o la mala fe del solicitante, se ven impedidos de participar en el proceso de reconocimiento hereditario, con el consiguiente perjuicio de sus derechos hereditarios.

Pese a que en nuestro sistema jurídico, existe una herramienta idónea para responder a este tipo de problemas, que es la **petición de herencia**; el problema de la omisión hereditaria, se basa en el hecho de que éstas siempre se cometen

dentro del círculo de personas unidas por lazos familiares o de parentesco; conductas que el derecho debe propender a su eliminación debido a que su comisión remueven las hebras más sensibles de la sociedad que son los lazos familiares; procesos que podrían ser evitados, si los solicitantes mantuvieran una conducta acorde con la buena fe, que debe primar en todas las conductas de todos los sujetos de derecho, más aun tratando de relaciones entre sujetos unidos por lazos familiares.

Es la intención del presente trabajo, tratar de dar una respuesta adecuada al problema **omisión sucesoria a nivel del régimen de la sucesión intestada**, poniendo especial énfasis a aquellos casos, en donde la omisión es generada de manera dolosa por el solicitante del proceso de sucesión intestada o declaratoria de herederos; tratando de implementar una sanción idónea que cumpla una especie de prevención general, mediante el castigo a nivel patrimonial al causante de la omisión y coadyuve a la prevención y solución extrajudicial a nivel del seno familiar de este tipo de problemas.

Asimismo se intentará plantear un marco teórico coherente y ordenado en camino a explicar la omisión hereditaria y que sirva de base o justificación a la aplicación de una sanción civil en los casos de omisiones dolosas. Todo ello teniendo en cuenta el escaso y casi nulo tratamiento tanto de la doctrina nacional o como extranjera respecto al tema que nos atañe.

# PRIMERA PARTE

## ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

### TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

#### LA SANCIÓN CIVIL ANTE LA OMISION HEREDITARIA DOLOSA EN EL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA

##### 1.1. UBICACIÓN DEL TEMA

El proceso de transmisión sucesoria, que es entendida como aquel conjunto de pasos y etapas que tienen como objeto la asunción por parte del sucesor de las relaciones jurídicas transmisibles dejadas por causa de la muerte de una persona, tiene etapas debidamente marcadas y que muchas veces coinciden en el tiempo. Para todas estas etapas, el sistema jurídico ha regulado normas, que tienen por finalidad que el proceso de transmisión sucesoria se desenvuelva con normalidad, señalando por ejemplo el momento de la apertura de la sucesión, prescribiendo quienes tienen preferencia asumir la situación sucesoria, el momento y la forma de adquisición de la calidad hereditaria etc. Dentro de estas etapas, la intervención de los sucesores es de crucial importancia, ya que este se constituye en el actor principal dentro del proceso sucesorio, a quienes por ley, se les deberá reconocer a cabalidad todos sus derechos.

Pero la situación de normalidad jurídica puede verse afectada debido a sucesos o comportamientos de terceros, que con intencionalidad o no, dejan de lado el proceso de transmisión sucesoria, a persona o personas a los que la ley reconoce una tutela preferencial sucesoria. Al fenómeno descrito anteriormente, se le denominará en primer término como **omisión sucesoria**.

Como ya se tuvo oportunidad de señalar anteriormente, la **omisión sucesoria**, puede verificarse, tanto dentro del régimen de la sucesión testada como en la intestada. Dentro de este último régimen se le conocerá siempre como



**omisión hereditaria**, ya que, en la sucesión intestada, la sucesión solo es respecto de los herederos.

La **omisión hereditaria**, siempre es verificada al realizarse el proceso de sucesión intestada o declaratoria de herederos; puede ser generada de manera intencional o no; es intencional cuando pese al conocimiento de la existencia de herederos de grado preferente o concurrente, asume la condición de heredero y lo hace de manera exclusiva en perjuicio de los demás herederos. Por otro no será intencional, cuando la omisión deriva del desconocimiento o error de la existencia de los herederos susceptibles de perjuicio. La característica de la intencional, identifica a la conducta como dolosa.

En conclusión se podría definir a la **OMISION HEREDITARIA DOLOSA EN EL PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA**, aquella situación en virtud de la cual se deja de lado de la transmisión sucesoria a un heredero con derecho a ella, causada de manera intencional por el solicitante del proceso judicial de sucesión intestada o declaratoria de herederos.

## **1.2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

La realidad judicial<sup>1</sup> diaria evidencia en forma no poco infrecuente, la interposición de solicitudes de sucesión intestada a efectos de obtener una declaración judicial de herederos de un causante, excluyendo a otros herederos, con mayor o igual derecho sucesorio.

La omisión de inclusión dentro de la solicitud de declaración judicial (aunque también puede ser notarial) de otros herederos no constituye ninguna irregularidad cuando tal omisión responde a un desconocimiento efectivo de la existencia de otros sucesores, ante lo cual el requisito de publicación de la solicitud emerge como el

---

<sup>1</sup> La realidad notarial igualmente posibilita corroborar aquella realidad por cuanto de acuerdo a nuestra legislación los Notarios Públicos son competentes para la tramitación de procesos de sucesión intestada.

mecanismo adecuado para la corrección de aquella situación.

Empero, la omisión dolosa de comprender dentro de la solicitud de declaración judicial (o notarial) a otros herederos, a efectos de perjudicar los derechos sucesorios patrimoniales que les asisten, si constituye una conducta que debe ser reprimida por el derecho, concretamente por los efectos que implica, como es que, ante la insuficiencia de las publicaciones y la imposibilidad de concurrir en el proceso no contencioso, tenga que necesariamente recurrir a otro proceso judicial largo y costoso (Petición de Herencia) a efectos de obtener un medio de prueba del título sucesorio y, a través de él, ejercitar los derechos que respecto de la masa hereditaria le asistan.

El panorama expuesto a grandes rasgos permite extraer el problema objeto de investigación: **La omisión hereditaria dolosa en el proceso de sucesión intestada**; problema que por sus implicancias procesales requiere una solución a efectos de tutelar debidamente los derechos hereditarios de los sucesores.

Por una cuestión metodológica, resumimos el problema planteado, en la siguiente interrogante:

**¿Qué sanción civil puede aplicarse a los herederos que pese a conocer la existencia de otros herederos, con mayor o igual derecho sucesorio, solicitan y obtienen una declaración judicial o notarial de sucesión intestada del causante, produciendo una preterición dolosa?**

### **1.3. MANIFESTACION Y CARACTERISTICAS DEL PROBLEMA:**

Para el tema que nos atañe, el problema de la omisión hereditaria dolosa se manifiesta de dos formas:

- i) **La primera desde un punto de vista práctico:** Que se verifica en el incremento considerable de procesos judiciales sobre petición de

herencia, que generalmente son ocasionados por el comportamiento poco honesto de los solicitantes de los procesos de sucesión intestada. Dichos procesos pasan a aumentar la ya pesada carga procesal de los órganos jurisdiccionales, carga que a la fecha agrava el mal endémico que sufre el poder judicial, que es la demora en el acceso a la justicia.

- ii) **La segunda desde un punto de vista doctrinario:** Que, se manifiesta en el hecho, de que dicho tema, pese a ser de suma relevancia sustantiva y procesal, no ha recibido la atención debida por parte de la doctrina nacional y extranjera. Pues no existen antecedentes doctrinarios que tocan directamente el tema en referencia, sino de manera de tangencial.

#### 1.4. **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

##### 1.4.1. TIPO DE ESTUDIO

- **ESTUDIO EXPLORATORIO:** La investigación que se pretende realizar implicará un Estudio Exploratorio por cuanto efectuará un análisis de la preterición, ya sea testada o intestada, en cuanto a sus efectos e implicancias procesales y económicas.
- **ESTUDIO DESCRIPTIVO:** La investigación que se pretende realizar implicará un Estudio Descriptivo, por cuanto a efectos de evidenciar la viabilidad del derecho de acrecer a favor de los herederos perjudicados por la preterición, ya sea testada o intestada.

##### 1.4.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

- **MÉTODO COMPARATIVO:** El método comparativo será empleado para tener una visión de la regulación de la preterición a nivel del derecho comparado.

#### **1.4.3. FUENTES Y TÉCNICAS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

- **TEXTOS:** La presente investigación será desarrollada con el apoyo de material bibliográfico, nacional y extranjero, referido a las áreas vinculadas con el tema de derecho de sucesiones.
- **REVISTAS Y SEPARATAS:** El presente trabajo recurre además a Revistas Jurídicas especializadas, nacionales y extranjeras.

## **SEGUNDA PARTE**

# DESARROLLO DEL MARCO TEORICO

## CAPITULO I

### CUESTIONES GENERALES SOBRE SUCESIONES

#### 1. SUCESIÓN

La palabra sucesión proviene del verbo latino ***succedere*** y del respectivo sustantivo ***successio***, cuyo sentido gramatical expresa, principalmente, la acción y efecto de entrar una persona a ocupar el lugar de otra, sustituyéndola.

En la actualidad tanto gramatical como jurídicamente "sucesión" significa la transmisión, ínter vivos o mortis causa, de una persona titular de un patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) a favor de otra persona. El maestro LANATTA<sup>2</sup>, por su parte, considera que el término sucesión presenta dos acepciones teóricas: Una extensiva y genérica, que comprende el concepto referido anteriormente, es decir, que la sucesión es toda transmisión patrimonial, tanto a las efectuadas inter vivos, como a las que tienen lugar mortis causa. Y otra restringida y específica, limitada a este último concepto, es decir, sólo a la sucesión mortis causa.

Augusto Ferrero<sup>3</sup>, señala que el vocablo sucesión comprende los actos intervivos y los mortis causa. Sin embargo anota que entre personas vivas se utiliza la palabra cesión o transmisión. Echeopar citando a Planiol, en la misma línea que el anterior señala, que si bien es cierto no se cometería una falta, al decir que se realiza una sucesión entre el vendedor y el comprador, pero la palabra sucesión, no se emplearía jamás en tales ocasiones, uno se sirve de las palabras "cesión" o

---

<sup>2</sup> LANATTA, Rómulo E.- "Derecho de Sucesiones" Tomo I. Parte General. Editorial Desarrollo S.A., Lima-Perú. 1981. Pág. 13.

<sup>3</sup> FERRERO, Augusto.- "Tratado de Derecho Civil", Tomo V, Volumen I, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000, Pág. 84

“transmisión”<sup>4</sup>. Por su parte Lohmann<sup>5</sup>, citando a Bonfante señala que el concepto originario de **succesio**, correspondía en estricto a la transmisión universal de un patrimonio y que fueron más bien los tratadistas post-clásicos quienes extendieron el vocablo a todo caso de transmisión, incluyendo la singular que es característica (aunque no privativa) de la transmisión intervivos y que en materia sucesoria se tipifica al legado.

Por nuestra parte, consideramos que la palabra sucesión puede ser entendida desde dos puntos de vistas: Primero, desde un punto de vista subjetivo, como la sustitución de una persona en la posición jurídica de otra; y segundo, desde un punto de vista objetivo, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones que van a ser objeto material de transferencia como producto de la dicha sustitución subjetiva.

## **2. CLASES DE SUCESIÓN**

Según el maestro LOHMANN, señala que el fenómeno sucesorio entendida como transmisión puede ser a **título universal** o **título particular, inter vivos** o **mortis causa**.

### **2.1. SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL**

Esta clasificación parte de una visión objetiva del fenómeno sucesorio, es decir toma en cuenta, lo que es objeto de transmisión sucesoria.

La sucesión a título universal, es cuando el sucesor adquiere en un solo acto un patrimonio<sup>6</sup> o una cuota ideal del mismo; es decir cuando el objeto de

---

<sup>4</sup> ECHECOPAR GARCIA, Luis.- “Derecho de Sucesiones”, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 1999, Pág. 11

<sup>5</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Sucesión en General (Comentarios a la Sección Primera del Libro Cuarto del Código Civil), Tomo I, Biblioteca para leer el código civil, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, Pág. 31.

<sup>6</sup> Entiéndase como patrimonio como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económico. CABANELLAS, Guillermo.- “Diccionario de

la sucesión es el activo y pasivo del objeto de la sucesión, sin que la misma experimente modificación alguna.

Hay algunos que piensan que la sucesión a título universal es privativo del derecho hereditario, pero dicha apreciación no es exacta; en efecto un caso típico de sucesión universal entre vivos es el de la fusión por absorción<sup>7</sup>, según el cual una sociedad absorbe todo el patrimonio de otra que se liquida.

## **2.2. SUCESIÓN A TÍTULO PARTICULAR**

La sucesión a título particular se da cuando el objeto de la sucesión o transmisión son bienes, derechos, obligaciones individualmente determinadas; este tipo de transmisiones originan relaciones jurídicas singulares, en el que la sucesión no implica necesariamente la transmisión del activo o el pasivo. A primera vista, daría la impresión que la sucesión a título particular, es de exclusiva aplicación de las transmisiones **inter vivos**, un ejemplo de ello es el legado, que es propiamente una transmisión **mortis causa**.

Ejemplos de la sucesión a título particular tenemos la cesión de derechos, la compraventa, etc.

## **2.3. SUCESIÓN INTER VIVOS**

La sucesión inter vivos es aquella que se produce cuando la transmisión patrimonial se produce por voluntad de las partes. En esta variedad de sucesión, existe un nexo entre los sujetos que se sustituyen, de manera tal que el cese del primer sujeto está ligado por un nexo que explica la adquisición del segundo

---

Derecho Usual”, Tomo III, 8ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974, Pág. 250

<sup>7</sup> En la fusión de la sociedad por Absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida y se produce la adquisición a título universal de los derechos y obligaciones de esta, de forma que la sociedad absorbente queda vinculada activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros. En Sánchez Calero Fernando y Sánchez-Calero Guilarte Juan, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol I, Vigésima Sexta Edición, Editorial Mac Graw Hill, Madrid, 2004, Pág. 602.

sujeto<sup>8</sup>. Es decir la adquisición del sucesor se da en virtud a un nuevo título que tiene como origen el título del transferente. Ejemplo de ello tenemos la compraventa, para que la transmisión tenga validez, siempre se tendrá en cuenta el título de adquisición del vendedor<sup>9</sup>.

Como ya se dejó entre ver líneas atrás, la sucesión inter vivos a su vez se subdivide en sucesión inter vivos a título universal y sucesión inter vivos a título particular.

- ***Sucesión inter vivos a título universal***, es aquella en que el sucesor adquiere en un solo acto todo un patrimonio o cuota ideal del mismo. Ejemplo es el caso de la fusión por absorción, dado que a través de ella una sociedad absorbe todo el patrimonio de la otra.
- ***Sucesión inter vivos a título particular***, es aquella en que la transmisión se produce respecto de bienes, derechos y obligaciones individualmente determinados, es decir, respecto de relaciones jurídicas singulares. Ejemplo: la compraventa de un bien inmueble determinado.

## 2.4. SUCESIÓN MORTIS CAUSA

La sucesión ***mortis causa*** es aquella en que la transmisión tiene lugar por el fallecimiento de la persona titular de los bienes, derechos y obligaciones, siendo reemplazado o sustituido en su posición jurídica patrimonial por parte de sus sucesores (herederos o legatarios).

---

<sup>8</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- "Derecho de Sucesiones", Ob. Cit., Pág. 32

<sup>9</sup> Quizá el hecho de la generación de un nuevo título de adquisición, es el elemento característico de la sucesión "***inter vivos***" y que lo diferencia de la sucesión "***mortis causa***", pues en este último caso el sucesor reemplaza a su causante en razón al título primario de este último.



La sucesión es mortis causa, pues cuando tiene como presupuesto necesario e indispensable la muerte del sujeto a quien se habrá de suceder, al cual se le llama “**de cujus**”<sup>10</sup>.

León Barandiarán<sup>11</sup> señala que la sucesión **mortis causa**, es un modo derivativo de adquisición de la propiedad, dado que la propiedad que se adquiere le pertenecía al fallecido, en virtud a un título anterior.

Somarriva Undurraga<sup>12</sup> señala respecto a la sucesión mortis causa lo siguiente:

- La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir típicamente derivativo, porque el dominio no nace espontáneamente para el asignatario, sino que se transmite del causante al heredero o legatario. Antes de que operara la sucesión por causa de muerte el dominio se hallaba radicado en el causante, y en virtud del modo de adquirir, pasa a pertenecer a sus sucesores. Asimismo es una forma de adquirir a título gratuito, por cuanto el asignatario no realiza ningún sacrificio económico para adquirir la herencia; nada sale de su patrimonio con ese objeto, nada da a cambio. Esto no significa necesariamente que toda transmisión mortis causa suponga un enriquecimiento para el heredero, puesto que pueden existir herencias que no le reporten una ventaja económica o pecuniaria. Puesto que puede ocurrir, que el patrimonio del causante se encuentre excesivamente gravado, o sea, contiene más elementos pasivos que activos. Como el heredero está obligado a pagar las deudas hereditarias, puede suceder, que en definitiva no obtenga ventaja económica alguna.

---

<sup>10</sup> JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Sucesiones – Doctrina – Jurisprudencia – Modelos”, Jurista Editores, Lima, Perú, 2007, Pág. 12.

<sup>11</sup> LEON BARANDEARIAN, José. “Tratado de Derecho Civil”, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 1995, Pág. 32-33

<sup>12</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. “Derecho Sucesorio”, Volumen I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, Chile, 1954, Pág. 18,19-20.

- En la sucesión por causa de muerte es precisamente el fallecimiento de una persona lo que trae consigo la transmisión de su patrimonio. Se produce la adquisición del dominio por la muerte de una persona. Y esta muerte puede ser tanto real como presunta, ya que la ley no hace distinciones de ninguna clase.

#### **2.4.1. Fundamento de la sucesión Mortis Causa**

Respecto al fundamento de la sucesión mortis causa tanto en su aspecto político como jurídico se ha discutido ampliamente. A lo largo de la historia el derecho sucesorio ha tenido sus sostenedores y sus detractores.

Prescindiendo de toda ideología política, la sucesión por causa de muerte responde en cualquier caso a una necesidad social que se sustenta en la seguridad jurídica, que exige la continuidad de las relaciones jurídicas<sup>13</sup>. Pues, cuando alguien fallece, subsiste la necesidad de que otro u otros se tienen que hacer cargo, no solo de los haberes que deja, sino también de las deudas<sup>14</sup>.

Imaginemos una sociedad en la que no hubiera herencia. Antes de morir una persona los más próximos, los conocedores o codiciosos se prepararían para apoderarse de sus bienes, y en el momento del óbito o poco antes, aquello sería una batalla campal en la que el más fuerte conseguiría alzarse con los bienes dejados por el fallecido y, los deudores del difunto se negarían a pagar a quienes intentaran cobrar, desaparecerían asimismo los correspondientes derechos subjetivos, asimismo se produciría la extinción de las deudas del causante, trayendo como consecuencia que nadie se atrevería a otorgar un crédito o una venta a plazos, por el miedo, de que al morir el deudor no habría

---

<sup>13</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y Gullon Antonio. "Sistema de Derecho Civil", Volumen IV – Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Octava Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 297.

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO José Luis, De Asís Rebullida Francisco, Luna Serrano Agustín, Delgado Echevarría Jesús, Rivero Hernández Francisco y Rams Joaquín Albasa. "Elementos de Derecho Civil", Tomo V – Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Dickinson, Madrid, 2007, Pág. 4.

otro a quien cobrar; es decir la negación de la herencia, implicaría también la negación misma, de nuestro sistema jurídico tal como hoy lo conocemos.

A la supuesta necesidad del fenómeno hereditario, en cada organización jurídica, se conjugan con criterios de política legislativa y cada regulación dependerá de la distinta relevancia que se le dé, a factores de interés familiar, la perpetuación de la propiedad individual o los intereses sociales.

En doctrina se han desarrollado diversas teorías que tratan de fundamentar la sucesión mortis causa, las cuales son desarrolladas por Jara Quispe<sup>15</sup>:

- **Teoría del Derecho Natural:** Teoría basada en el atributo principal del hombre, el derecho natural de propiedad, cuya característica principal y natural, es la de poder disponer de los bienes de que es dueño. Esta disposición tiene que ser permanente, no solo durante la vida sino también en el momento de la muerte sin límite de plazo. Establecida la existencia de la propiedad privada, se entiende que a su muerte los bienes se transmiten a quien la voluntad del causante o el mandato de la ley lo han dispuesto.
- **Teoría Biológica:** Conforme a esta teoría, la sucesión no es sino una consecuencia de seguir el orden natural o biológico, en razón de que la muerte importa la continuidad del individuo a través de sus descendientes. Las normas sucesorias deben obedecer a esa ley fisiológica. Se aprecia que la explicación de la transmisión a los ascendientes o a los parientes.

---

<sup>15</sup> JARA QUISPE, Rebeca. "Manual de Derecho de Sucesiones", Ob Cit., Pág. 16-17.

- **Teoría del Efecto Presunto del Causante:** Esta teoría se basa en la prevalencia de la voluntad del difunto, expresada en el acto de testamento. Si no lo hubiera redactado el causante, la ley tiene que organizar un sistema que responda a la presunción de cuál hubiese sido su última voluntad, pues es conocer que la ley procederá a interpretar su silencio. No obstante fundarse en un principio incuestionable, tal teoría se torna parcial por el respeto desmedido que se le asigna a la voluntad individual. Cabe mencionar que dicha voluntad se encuentra limitada por el legislador cuando debe atender a principios superiores, como por ejemplo, cuando se regula el sistema legitimario.
- **Teoría de la Copropiedad Familiar:** Esta teoría, es totalmente opuesta a la anterior, pues rechaza la voluntad del autor, postulando que el derecho del heredero derivará de su copropiedad sobre el patrimonio que pertenecería a toda la familia. En esta teoría puede apreciarse limitaciones, por cuanto no se explica el llamado de los herederos lejanos.
- **Teoría Utilitaria:** Para esta corriente doctrinaria, el sistema sucesorio tiene que ser organizado por el Estado, basándose en principios económicos y políticos que se sujeten a la forma de organización de gobierno. Esta Teoría resulta incompleta porque aborda solo uno de los aspectos de la cuestión que no es, como es obvio, la única.
- **Teoría Negativa:** Las teorías anteriormente señaladas reconocen en esencia el derecho de propiedad. Para la teoría socialista, al no tener validez el dominio privado de los bienes, ocurre lo mismo tratándose del reconocimiento del derecho de sucesiones.

### 2.4.2. Sistemas Sucesorios

A la necesidad de que alguien se haga cargo de la generalidad de las relaciones de cada causante para que no se disuelva su patrimonio ni se paralice la vida económica de un país, acuden las legislaciones para organizar la sucesión por causa de muerte de la siguiente manera:

- **El sistema Inglés:** En el derecho inglés la persona que se hace cargo de la herencia no es quien va a disfrutarla o quien va a ser dueño de los bienes relictos, sino por el contrario es un administrador, el encargado de administrar la herencia mediante un procedimiento judicial. Se trata de reducir a puro activo la fortuna del difunto, no dejando de ella, sino un saldo definitivo representado por elementos concretos disponibles, transmisibles y sin deudas. El procedimiento recuerda a procedimientos concursales.

Entre el causante y el heredero se interpone una persona imparcial y responsable que impide a éstos asumir inmediatamente las titularidades del causante. Esta persona intermedia es el ejecutor, que nombran los tribunales si no lo ha hecho el testamento, y hasta que asuma la administración, hay un periodo de vacancia de la propiedad privada, en el que los bienes, por un procedimiento de origen feudal, retornan a la corona, y en función de guardianía (trustee) de los bienes hereditarios.

- **Sistema Romano:** Que, es hoy dominante en el continente Europeo y América Latina, parte de un principio opuesto; los bienes hereditarios se entregan desde el primer momento a unos beneficiarios que sustituyen al difunto en sus posiciones transmisibles activas o pasivas: Los herederos. Ellos son a la vez, favorecidos y liquidadores de la herencia; no reciben el remanente

de una liquidación, libre de deudas, sino las mismas trabacuentas que acaso dejó el causante. Son sucesores universales, para bien o para mal, que se inmiscuyen, subentran en la posición que tenía el causante en relación a todos bienes y deudas, y por ende devienen deudores, o propietarios, o titulares de la servidumbre; en la misma forma que el causante cambia el sujeto, pero no la causa.

### 2.4.3. Clases de Sucesión Mortis Causa

La sucesión mortis causa, al igual que la sucesión inter vivos, se subdivide en sucesión mortis causa a título universal y sucesión mortis causa a título particular.

- Sucesión ***mortis causa a título universal***, es aquella en que el sucesor sustituye al causante en la titularidad del total de su patrimonio tras la muerte de éste último. La presente sucesión sólo se evidencia, por lo general, en la sucesión intestada; y excepcionalmente, cuando existe disposición testamentaria expresa en este sentido. Ejemplo es el caso en que "A" (hijo) es declarado judicialmente (sucesión intestada) único heredero del patrimonio de "B" (padre), tras el fallecimiento de éste último. Igualmente, cuando "A" (hijo) es declarado por el Testamento (sucesión testamentaria) como único heredero del patrimonio del testador "B" (padre), sin que tal disposición ocasione perjuicio a otros herederos forzosos.
- Sucesión ***mortis causa a título particular***, es aquella en que el sucesor adquiere no la totalidad del patrimonio del causante, sino sólo una parte de la universalidad. La presente sucesión sólo se evidencia a través de disposición testamentaria expresa, configurándose la institución del legado. Ejemplo es el caso en que "A" es designado, por testamento, legatario de "B" (causante), transmitiéndosele en virtud de

disposición testamentaria expresa un inmueble determinado de propiedad de "B".

#### **2.4.3.1. Sucesión Mortis Causa TESTAMENTARIA**

La sucesión testamentaria, también denominada sucesión testada o sucesión voluntaria, es la deferida por voluntad expresa del causante, mediante un acto jurídico que es el testamento.

Esta clase de sucesión mortis causa tiene, en efecto, como fuente la voluntad expresa del causante, quien dentro de la observancia de las normas que establece la ley y con las limitaciones que ésta le impone, puede él mismo regular su propia sucesión.

#### **2.4.3.2. Sucesión Mortis Causa LEGAL**

La sucesión legal, también denominada sucesión intestada, sucesión ab intestato o sucesión supletoria, es la deferida por la ley, cuando por no haber otorgado el causante testamento, o careciendo éste de institución de herederos (debido a que sólo contiene disposiciones de carácter no patrimonial) o por haber sido declarada la caducidad de la que contenía, o la nulidad del testamento, o por ser incompleto, es la ley quien se encarga de designar quienes son las personas llamadas a suceder, atendiendo al parentesco consanguíneo y al vínculo del matrimonio tras lo cual regirán las disposiciones de la sucesión legal.

#### **2.4.3.3. Sucesión Mortis Causa MIXTA**

La sucesión mixta es aquella en donde resultan aplicables las disposiciones de la sucesión testamentaria y la sucesión legal. Es el caso, por ejemplo, en que en un testamento sólo constara la enumeración de todos los bienes de propiedad del causante, mas no existiera disposición alguna referida a su distribución entre los herederos. En este supuesto serán aplicables, en primer lugar, las disposiciones referentes a la sucesión testamentaria, tras lo cual regirán las disposiciones de la sucesión legal.

#### **2.4.3.4. Sucesión Mortis Causa CONTRACTUAL**

La sucesión contractual es la originada por pactos celebrados en vida del causante y presenta tres modalidades:

- i) Pactos de Constitución**, mediante los cuales el causante contrata con terceros para dejarles en todo o en parte su herencia. En esta modalidad las partes son el causante y terceros.
- ii) Pactos de Renuncia**, a través de la cual una persona se obliga a abstenerse de ejercer determinados derechos sucesorios. En esta modalidad las partes son el heredero y otro heredero.
- iii) Pactos de Disposición**, derivada de contratos celebrados entre terceros y que tienen por objeto la herencia futura de una persona que todavía se encuentra en vida. En esta modalidad las partes son el heredero y terceros.

La sucesión contractual se encuentra prohibida en la mayoría de las legislaciones por los siguientes argumentos:



- La sucesión contractual vulnera los derechos de los herederos forzosos, al existir la posibilidad de que éstos se vean excluidos, al instituirse como herederos a terceros.
- La sucesión contractual afecta económicamente a los herederos forzosos, pues al instituir el causante herederos a través de pactos, se produce una reducción del patrimonio que a los herederos forzosos les correspondería por su condición de tales.
- La sucesión contractual atenta contra el orden moral, pues implica que en una persona, instituida como heredero a través de un pacto, se genere un instinto de criminalidad al desear que el causante fallezca lo más pronto para disponer de su patrimonio.

La sucesión contractual en el Código Civil de 1936 se hallaba prohibida. En la Comisión Reformadora, en cambio, se contempló la posibilidad de introducir esta clase de sucesión "siempre y cuando no hubiese perjuicio de por medio", es decir, se implementaría una sucesión contractual con limitaciones. La Comisión Revisora, por el contrario, no compartió este criterio, argumentando que por razones de seguridad jurídica debería mantenerse la prohibición absoluta a esta sucesión. Es así como en la actualidad, esta clase de sucesión, en todas sus modalidades, se encuentra prohibida en el Perú, según lo disponen los artículos 1405<sup>16</sup> y 1406<sup>17</sup> del Código Civil de 1984.

---

<sup>16</sup> Artículo 1405 del Código Civil.- Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

<sup>17</sup> Artículo 1406 del Código Civil.- Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

### 3. **CONCLUSIONES**

Como se ha podido observar líneas arriba el término ***sucesión***, en el sentido genérico de la palabra se utiliza denotar la sustitución o el efecto de entrar en el lugar de otra persona dentro de una determinada relación jurídica. Pero sin embargo no se debe perder de vista que dicha sustitución tiene su origen en una transmisión originada por voluntad de las partes (sucesión inter vivos) o por efecto de la muerte del causante (sucesión mortis causa). Por ello se puede concluir que la sucesión desde un punto de vista dinámico, en el fondo implica la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones cuya titularidad corresponderá al sucesor.

Pese a que los términos sucesión o transmisión se utilizan como sinónimos, por tradición jurídica y por una cuestión de conveniencia terminológica, utilizaremos el término ***“sucesión”*** para hacer referencia a todo lo relacionado con el fenómeno hereditario.

## **CAPITULO II**

### **ELEMENTOS DE LA TRANSMISION SUCESORIA**

## **SUBCAPITULO I**

### **ELEMENTO OBJETIVO**

#### **1. TRANSMISION SUCESORIA**

Como ya se indicó anteriormente la sucesión, más que una sustitución del sucesor en la personalidad del causante (que según el maestro LOHMANN<sup>18</sup> es doctrina desechada), implica la transmisión integral de la herencia o de una cantidad determinada de bienes<sup>19</sup>, que viene a constituir el objeto del fenómeno sucesorio.

Después de haber determinado que la sucesión es en esencia transmisión, la pregunta que cabe hacerse qué es lo que se transmite o técnicamente cual es el objeto de la transmisión, situación que desarrollaremos a continuación.

#### **2. OBJETO DE LA TRANSMISION SUCESORIA**

El maestro Lohmann señala que la herencia es el contenido y objeto de la sucesión por causa de muerte; la misma que desde el punto de vista patrimonial es entendida como unidad transitoria mantenida en conjunto desde la muerte del titular hasta la partición, si los herederos son varios o hasta la aceptación si solo hay un heredero<sup>20</sup>.

Por nuestra parte consideramos complementando la opinión del maestro antes citado que el objeto de la sucesión es la herencia y determinados bienes dejados al legatario<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Cuando se hace referencia a una cantidad individualizada de bienes, se realiza con referencia al legado.

<sup>20</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Ob. Cit., Pág. 60.

<sup>21</sup> En esto radica la diferenciación entre sucesión a título universal y a título particular.

Algunas legislaciones utilizan los términos sucesión y herencia como sinónimos<sup>22</sup>, pero sin embargo dicha afirmación es incorrecta; dado que la herencia, es el conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron a una persona que ha fallecido y sucesión es el modo legal como esos bienes, derechos y obligaciones pasan a personas que sobreviven al que murió<sup>23</sup>.

Palacio Pimentel<sup>24</sup> señala, “La herencia denominada también acervo sucesorio o masa hereditaria, está constituida por cosas y derechos, créditos (activos), y deudas (pasivo) que a la muerte del causante se transmiten al heredero”.

Valencia Zea<sup>25</sup> sostiene, “en un sentido objetivo, la herencia se integra con los derechos patrimoniales del causante, susceptibles de transmisión a los sucesores”.

Barros Errazuriz<sup>26</sup>, señala que aunque la herencia comprenda todos los bienes muebles e inmuebles del difunto, sin embargo, es una cosa incorporal, es un derecho distinto de los bienes que lo componen. En efecto, se entiende por bienes lo que queda después de pagadas las deudas; pero la herencia comprende tanto el activo como el pasivo del patrimonio, tanto los derechos como las obligaciones.

Para nosotros la herencia está constituida por esa unidad patrimonial de derechos y obligaciones transmisibles por la muerte del causante y cuya globalidad es mantenida hasta su liquidación.

---

<sup>22</sup> Tal es el caso del código de Argentino de Velez Sarsfield. Es de la misma línea el código Uruguayo. El mismo código civil peruano con total falta de técnica legislativa confunde dichos términos en el artículo 875° cuando habla del acreedor de la herencia en lugar del acreedor de la sucesión.

<sup>23</sup> FALCON, Modesto.- Código Civil Español, Tomo Tercero, Centro Editorial de Góngora, Madrid, España, 1889, Pág. 58.

<sup>24</sup> PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. “Manual de Derecho Civil” Tomo II, Volumen 2, segunda edición, Editorial Huallaga, Lima, Perú, 1987, Pág. 1023

<sup>25</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. “Derecho Civil”, Tomo VI, sexta edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia 1984, Pág. 48.

<sup>26</sup> BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. “Curso de Derecho Civil”, Volumen V, cuarta edición, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1931, Pág. 47.

## 2.1. CONTENIDO DE LA HERENCIA

El hecho de señalar, que la herencia está constituida por los derechos y obligaciones dejadas por el causante, merece algunas precisiones: i) La primera de ellas, que no todos los derechos y obligaciones dejadas por el causante se transmiten por herencia, sino solamente, las que son susceptibles de transmisión legalmente; este es el sentido que tiene la regulación del artículo 660° del Código Civil cuando señala que: “**Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores**”.

Como se advierte dicho artículo no menciona que la generalidad de los bienes, derechos y obligaciones del causante son los que se transmiten a los herederos, pues hay bienes, deudas o créditos y derechos de diverso orden que, por su especial naturaleza o por una particular situación jurídica de su titular, no resultan transmisibles. Ahora desarrollaremos el contenido de la herencia de acuerdo a lo regulado en el Código Civil.

### 2.1.1. Bienes

En principio se debe señalar que respecto a los bienes no existe ningún tipo de objeción con relación a la transmisibilidad por causa de muerte. Pero, es evidente que el artículo 660° adolece de una evidente falta de técnica legislativa, ya que en realidad lo que es objeto de transmisión sucesoria no son los bienes, sino los derechos reales que recaen sobre el mismo y cuya titularidad ostentaba el causante. Por ello no es imposible concluir, que sobre un mismo bien, distintos sucesores del mismo causante pueden adquirir distintos derechos (propiedad o usufructo, etc.)

Generalmente los derechos reales por tener un contenido netamente patrimonial, por regla general son susceptibles de transmisión inter vivos o

mortis causa, salvo disposición legal en contrario.

### **2.1.2. Derechos**

Los derechos entendidos de manera genérica, no todos son susceptibles de transmisión a título hereditario, en esta materia solo cabe sucesión respecto de aquellos que no sean consustanciales al ser humano o a una persona concreta. Tenemos algunos derechos que no son susceptibles de transmisión hereditaria tal es el caso de los derechos de las persona (derecho a la vida, al honor y demás inherentes a la persona humana); tenemos los derechos personalísimos (aquellos de los que se es titular en base a determinadas cualidades personales), derechos crediticios que por mandato legal o convencional no sean transferibles.

### **2.1.3. Obligaciones**

En el ámbito sucesoral, rige en principio la misma regla que se aplica para las obligaciones entre vivos; solo constituyen la herencia y, por tanto pueden ser materia de sucesión, aquellas que no sean de carácter *intuitu personae*<sup>27</sup>.

Con independencia de las obligaciones personalísimas, existen algunas que por mandato de la ley, no pueden transmitirse a los herederos, por ejemplo no se transmiten las obligaciones vinculadas a la representación y al mandato; al contrato de comodato; contrato de trabajo; el de locación de servicios cuya prestación debe ejecutarse personalmente, el depósito y el secuestro.

El maestro Lohmann, señala que existen ciertas obligaciones que si bien no constituyen la herencia, en el sentido de patrimonio del causante, surgen como consecuencia de la sucesión y en este sentido en rigor no se transmiten, pero si constituyen pasivo de la masa. Son los casos de los legados de bienes

---

<sup>27</sup> Esto es, las obligaciones que solamente pueden ser cumplidas o satisfechas a plenitud por una prestación ejecutada por el propio obligado, y no por un sustituto.

indeterminados aunque no lo haya en la herencia (artículo 758° Código Civil), de legado de dinero aunque no lo haya en la herencia (artículo 765° código civil) y de legado de alimentos (artículo 766° Código Civil)<sup>28</sup>.

Por otro lado encontramos las llamadas cargas de la herencia, que sin ser obligaciones propiamente dichas, ya que surgen con motivo del deceso del causante, constituyen pasivo de la masa hereditaria, aunque por cierto nada obsta que el heredero las pague de su propio peculio para liberar los bienes del activo.

## **2.2. UNIDAD DE LA MASA HEREDITARIA**

Pese a lo señalado en el artículo 660°<sup>29</sup> del Código Civil, no debe perderse de vista que la herencia o masa hereditaria, conjunto de bienes, derechos y obligaciones dejadas por el causante debe ser vista como una unidad patrimonial por la cual los activos están destinados a responder por los pasivos. Conservando dicha unidad hasta la partición de la misma.

## **SUB CAPITULO II ELEMENTOS SUBJETIVOS.**

Los elementos subjetivos o personales de la relación jurídica sucesoria, son el causante y los sucesores:

### **1. EL CAUSANTE**

---

<sup>28</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit., Pág. 78

<sup>29</sup> Artículo 660° del Código Civil: “Desde la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus herederos”

Es la persona que al fallecer origina la sucesión y a quien se llama por eso el causante o autor, y de cujus por abreviación de la frase latina de ***cujus succesione***, quiere decir de aquel de cuya sucesión se trata<sup>30</sup>.

El causante es el actor de la sucesión. Es el causante la persona física que al morir da origen a la apertura de la sucesión. El causante, es la persona que muere físicamente o cuya muerte se ha declarado judicialmente<sup>31</sup>.

El causante es la persona que se encuentra investido del derecho constitucional, regulado en el Inc. 16 del artículo 2° de la Constitución Política, conocido como el derecho a la herencia, que tiene como unas de sus manifestaciones la facultad de poder transmitir la herencia. Al respecto Lohmann<sup>32</sup>, señala que esta facultad solo opera respecto a personas físicas, pues las jurídicas o morales aunque puedan recibir herencias y legados no pueden causarlos. Dicha transmisión significa tanto el implícito reconocimiento al testamento, como instrumento de autonomía privada para disponer sobre la propia sucesión, como el derecho y la correlativa seguridad de saber que, en defecto de testamento, a la muerte de una persona su herencia se transmitirá ***ope legis*** a su familia en orden de proximidad (herederos legales) por lazos consanguíneos, y solo al Estado en último caso, evitando que los bienes lleguen a carecer de titular y puedan ser objeto de apropiación por cualquiera, e impidiendo que las obligaciones se extingan con la muerte del sujeto a quien concierne su cumplimiento, con el evidente perjuicio para los acreedores.

## **2. LOS SUCESOES**

---

<sup>30</sup> ECHECOPAR GARCIA, Luis.- "Derecho de Sucesiones", Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 1999, Pág. 12

<sup>31</sup> LANATA, Rómulo. "Derecho de Sucesiones", Tomo I, segunda edición, editorial Desarrollo, Lima, Perú, 1981, Pág. 21

<sup>32</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- "Derecho de Sucesiones", Tomo I, Ob. Cit., Pág. 23-24.



Estos son los llamados causahabientes, y estos pueden ser herederos y los legatarios. El maestro Lohmann señala que nuestro Código Civil carece de un régimen general, orgánico y explicativo en relación a los sucesores; de hecho, es en sede testamentaria donde se ocupa de ambas figuras, no obstante que, claro está, los principios fundamentales atinentes a los herederos no son exclusivos de la sucesión testada, sino también es aplicable a la intestada, motivo por el cual dicho tema es vuelto a tratar al ocuparse de la sucesión legal<sup>33</sup>.

A continuación desarrollaremos ambos tipos de sucesores:

## **2.1. HEREDERO**

Es la persona natural o jurídica titular del derecho transmitido por el causante, ya sea por testamento o por mandato legal<sup>34</sup>. La característica propia del heredero, es la de continuar las relaciones y posiciones jurídicas activas y pasivas del causante contenidas en la masa hereditaria, salvo los bienes correspondientes a los bienes o derechos asignados a legados<sup>35</sup>. Es decir el heredero ocupa la posición que tenía el causante respecto del patrimonio objeto de transmisión<sup>36</sup>.

- a.** La figura del heredero es una construcción de la ley. La mera voluntad de un testador no podría conseguir que el sucesor, simplemente por serlo, asumiera sus deudas incluso respondiendo de ellas con su propio patrimonio; o que continuase la posesión tal como la tenía él y sin necesidad de aprehensión material de los bienes; o que pudiera

---

<sup>33</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit., Pág. 79.

<sup>34</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, “Derecho de Sucesiones”, Tercera Edición, Editorial Idemsa, Lima, Perú, 1999, Pág. 29.

<sup>35</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit., Pág. 79.

<sup>36</sup> No es que el heredero continué la personalidad del causante; pues esto, es totalmente insostenible, pero si es correcto decir que, respecto de lo que el causante tenía y transmite, el heredero asume, sin solución de continuidad, y sin variación de contenido, la titularidad de las situaciones que el difunto tenía, tal y como el las tenía. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit., Pág. 80.

ejercitar derechos personales suyos que él no podría transmitir inter vivos.

**b.** La doctrina viene intentando hallar la fórmula que sintetice cuál es la esencia del heredero y la razón de su posición respecto de los derechos y obligaciones del causante. Las principales son estas dos:

- La primera escuela califica al heredero de continuador de la personalidad del causante. El heredero –se dice- es algo más que un sucesor en los bienes; representa al difunto; continúa su personalidad. Así, los derechos de este se hacen suyos; ambos patrimonios se confunden en uno solo.

Esta idea de la continuación de la persona, halla su inspiración histórica en los herederos sui del primitivo derecho romano, y en los herederos de sangre, únicos posibles, de los derechos de raíz germánica, si bien encierra una intuición verdadera, pero es técnicamente insostenible. Personalidad significa capacidad, y el heredero, ni deriva su capacidad del difunto, ni al aceptar la herencia duplica su personalidad. El heredero es titular, sin más, de los derechos y relaciones hereditarios, obra no en nombre del causante, sino a nombre propio.

- Para otros autores la especialidad de la sucesión universal reside en el objeto; en la transmisión de la totalidad del patrimonio (en una universitas iuris), en el que cuentan los derechos y obligaciones del sujeto que desaparece. Esta explicación no aclara, en nuestro derecho, la responsabilidad ilimitada del heredero, que si recibe el patrimonio del causante como un todo autónomo debería liquidar el pasivo con solo bienes del activo, y con los suyos propios. Por otra parte, si el patrimonio de una persona viva no es considerado en

manos de esta como una unidad jurídica, la muerte de esa persona no puede crear algo que antes no existía. Cosa distinta es que entre los bienes que forman el caudal relicto exista cierta cohesión, la cual no impide que determinados bienes, afectos a las responsabilidades del causante, pasen directamente a los legatarios e incluso que pasen a ellos todos los bienes del difunto.

Las teorías antes señaladas representan visiones parciales de la sucesión y la figura del heredero, en la cual coexisten rasgos y funciones personales con otros exclusivamente patrimoniales. No se puede negar que la figura del heredero reviste cierto carácter de personalidad y patrimonialidad. Pues el nombramiento mismo del heredero tiene un claro *intuitu personae*, de modo que la propia condición de tal es personalísima del instituido. También la condición de heredero, es independiente de la existencia de bienes en el patrimonio del causante; pues aun cuando las deudas sean mayores a los bienes hay herencia.

El hecho de asumir el heredero ciertas funciones personales o tener la condición intransferibles *inter vivos* no desvirtúa el carácter preponderantemente patrimonial de su misión, que es la de liquidar la herencia haciendo frente a todas las pretensiones que podían dirigirse contra el causante.

A continuación pasaremos a señalar algunas características de la condición de heredero:

- El heredero puede ser legal y testamentario.
- La calidad de heredero lo es ***intuitu persona*** y su condición se da independientemente de la existencia de bienes en el patrimonio del causante. Así, si el pasivo supera el activo, solo heredara deudas de las que habrá de responder a menos que acepte la herencia a beneficio de inventario.

- El heredero sucede en las relaciones jurídicas activas o pasivas del causante.

## **2.2. LEGATARIO**

Jara Quispe<sup>37</sup>, señala que el legatario es la persona natural o jurídica favorecida por un acto de liberalidad del testador, quien dispone en su beneficio de uno o más bienes o de una parte de ellos, inmersos dentro de su porción de libre disponibilidad, respetando la intangibilidad de una parte de la herencia reservada legalmente a los herederos forzosos.

Zannoni, enseña que los legatarios, no vienen a subrogarse en la subjetividad jurídica del causante, sino que tan solo reciben una determinada atribución patrimonial que les defiere aquel en su testamento, a título gratuito<sup>38</sup>.

En atención a lo anterior, el legatario no se sustituye en las obligaciones del causante, salvo en casos excepcionales.

La figura del legatario se encuentra estrechamente ligada con la sucesión particular, que supone la atribución de un derecho singular –o suma de derechos singulares- a un nuevo titular, causahabiente del anterior.

Al respecto Barros Errázuriz<sup>39</sup> sostiene que los legatarios, son asignatarios a título singular, llamados a suceder en una o más especies o cuerpos ciertos; o en una o más especies indeterminadas de cierto género.

Como ya se señaló anteriormente a diferencia del heredero, el sucesor particular mortis causa es un puro perceptor de bienes; un sucesor en relaciones

---

<sup>37</sup> JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Sucesiones”, Jurista Editores, Lima, Perú, 2009, Pág. 221.

<sup>38</sup> ZANNONI, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, VOLUMEN 1, segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, Pág. 79.

<sup>39</sup> BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. “Curso de Derecho Civil”. Volumen V, cuarta edición, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1931, Pág. 29.

jurídicas concretas y en relaciones cuya presencia es un *prius* al menos conceptualmente, pues para dar algo de presente es preciso que ese algo exista. Mientras la herencia se produce forzosamente siempre que alguien muere, haya o no bienes o deudas, la sucesión particular solo se produce por un acto de voluntad del causante de ordenar el legado.

Castañeda<sup>40</sup> señala, otra diferencia sustancial, en que los herederos a la muerte del causante asumen de inmediato la titularidad de los activos y pasivos de las relaciones jurídicas de las que era titular el causante. Por el contrario, el legatario o los legatarios solo adquieren los bienes legados después de la liquidación. Ni aún el legatario de parte alícuota o parciario es legatario *ipso iure*. Y no lo es porque la herencia habría que depurarla, previamente. Y aun en el supuesto que al legatario se le deje cosa determinada, no se puede afirmar que es propietario de la cosa desde la muerte del testador, porque esa cosa puede servir para cubrir las deudas de los acreedores del testador, o ser objeto de reducción o disminución y hasta de desaparición, si el legado atenta contra el patrimonio sucesorio que corresponde a los herederos forzosos o legítimos.

El legatario adquiere única y exclusivamente los que le son atribuidos, mientras al heredero pasan todos los derechos y obligaciones del causante, incluso que el ignoraba que existieran. El legatario es un simple adquirente de derechos patrimoniales-reales o de crédito-, y en esa adquisición agota todas sus relaciones con el heredero o la sucesión del causante. Para que haya legado, a la nota de sucesión particular hay que añadir la de ser una liberalidad ordenada en acto mortis por el causante.

---

<sup>40</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. "Derecho de Sucesión", Tomo II, Edit. e Imp. Bautista, Lima, Perú, 1975, Pág. 151.

Al respecto Fernández Arce<sup>41</sup> señala que el legado se trata de una liberalidad en sentido ancho, y no una auténtica donación porque es un contrato y, por tanto, bilateral, a diferencia de la unilateralidad del testamento que instituye al legado.

El género próximo al legatario es el donatario, del que se distingue sobre todo por su título mortis causa: recibe la cosa o el derecho precisamente porque ha fallecido su anterior titular. El legado es, en definitiva, un regalo póstumo.

A continuación algunas características generales que definen la condición de legatario:

- A diferencia del heredero, el legatario solo puede ser instituido a título testamentario.
- Como ya se señaló anteriormente, el legado lo recibe a título de liberalidad, es decir deriva de un acto voluntario del testador.
- La sucesión del legatario es generalmente a título particular, que a diferencia de la sucesión a título universal, es una sucesión limitada y parcial. Limitada en cuando se circunscribe a determinados bienes, y particular porque recae sobre aquellos bienes, que el testador quiso segregar de la herencia<sup>42</sup>. Se dice generalmente, ya que excepcionalmente puede suceder en una parte alícuota del todo o de una parte; pero no por ello sucede a título universal en el conjunto de posiciones activas o pasivas del causante, y no se le transmiten las deudas u obligaciones del causante, aunque acaso el legado puede

---

<sup>41</sup> FERNANDEZ ARCE, C.: "El Legado en nuestra realidad nacional". Publicado en "Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional en Lima". Universidad de Lima, 1992, Pág. 299.

<sup>42</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- "Derecho de Sucesiones – Sucesión Testamentaria", Tomo II – Segunda Parte, Biblioteca para leer, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1998, Ob. Cit., Pág. 55.

quedar afecto al pago de algunas que expresamente lo hubiera señalado el testador.

- El legado constituye una carga o gravamen, que afecta al heredero u otro legatario, en cuanto restringen la titularidad o pleno goce de aquello que le es atribuido<sup>43</sup>.
- Lo que recibe el legatario en calidad de legado, es con cargo a la cuota de libre disponibilidad; por consiguiente la facultad del testador de disponer de sus bienes a título de legado, será mayor o menor según lo permitan los límites a los que la ley sujeta u facultad de libre disposición. Estos límites no existen cuando el testador carezca de herederos forzosos y tiene, por consiguiente, la libre disposición de la totalidad de sus bienes<sup>44</sup>.

El testador no puede emplear la porción intangible o legítima para otorgar legados, sino únicamente estos serán de cargo de la cuota de libre disponibilidad. Así podrá disponer de sus bienes, hasta el tercio de sus bienes si tiene hijos u otros descendientes; hasta la mitad de sus bienes si no tuviera hijos y solo padres u otros ascendientes; y podrá disponer de la totalidad de sus bienes, si no tuviera descendientes, ascendientes o cónyuges.

- El Legado es en beneficio de cualquier persona; en el entendido que la libertad del testador, no tiene otros límites de los que provienen de su facultad de disposición, y del cumplimiento de los requisitos de forma.

---

<sup>43</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones – Sucesión Testamentaria”, Tomo II – Segunda Parte, Biblioteca para leer, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1998, Ob. Cit., Pág. 189.

<sup>44</sup> LANNATA, Rómulo. “Derecho de Sucesiones” Tomo II, segunda edición, Editorial Desarrollo S.A., Lima, Perú, 1981, Pág. 338.

### **SUB CAPITULO III**

#### **ELEMENTOS FORMALES**

##### **1. VOCACION HEREDITARIA**

La calidad de heredero se encuentra sustentada en la vocación hereditaria (vocatio hereditatis). Al fallecer una persona, es natural que todos los parientes que le sobrevivan quieran ser considerados sus herederos, pero ¿Quién tiene derecho



a heredar al causante?, obviamente, tendrá derecho a heredar aquella persona que sea llamada suceder al causante, aquella que tenga vocación hereditaria<sup>45</sup>.

Como es sabida la existencia de la persona física termina con la muerte<sup>46</sup>, correlativamente a ello cabe señalar que uno de los efectos más importantes de la muerte es la apertura del proceso hereditario a favor de determinadas personas, conocidas como sus sucesores.

Ya se indicó anteriormente que el derecho sucesorio se distingue la sucesión testamentaria y la sucesión intestada. Así, sin perjuicio de cual sea la causa de la sucesión los sucesores o causahabientes son aquellos que tienen vocatio hereditatis, esto es, los llamados a heredar al causante. Los causahabientes son las personas que reciben los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia dejada por el causante. No debe perderse de vista que, la denominación genérica de sucesores comprende tanto a los herederos como a los legatarios.

En la sucesión testamentaria se encuentra a los dos tipos de sucesores, es decir a los herederos y legatarios. Asimismo dentro de los herederos encontramos a los herederos forzosos, esto es, a quienes les corresponde la legítima de la herencia y a los voluntarios, estos últimos son los que son instituidos a falta de aquellos.

Maffia, distingue la capacidad para suceder de la vocación hereditaria, así mientras la primera consiste en la aptitud para recibir vía transmisión mortis causa y que se fundamenta en relaciones de parentesco con el causante, por la segunda se entiende al llamamiento de un sucesor a una sucesión determinada, llamamiento que presupone necesariamente como sustento previo la capacidad del llamado<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Bustamante Oyague, Emilia.-¿A quien le corresponde la condición de gestor de la herencia? El estado como heredero legal y gestor de la herencia, Dialogo con la Jurisprudencia,

<sup>46</sup> Ya sea con el hecho mismo de la muerte o la declaración judicial de muerte presunta.

<sup>47</sup> MAFFIA, Jorge A.- "Manual de Derecho Sucesorio", segunda edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1985, Tomo II, Pág. 20.

La capacidad hereditaria lo tiene por ejemplo un hijo respecto de su padre, teniendo dicha capacidad aún antes de la muerte del causante.

La vocación sucesoria es la especial situación en que un sujeto de derecho (persona física o jurídica) se encuentra teniendo posibilidad de participar en la sucesión ya abierta por efecto de un llamamiento legal<sup>48</sup> o testamentario, aunque no llegue a ser sucesor (por renuncia, indignidad o desheredación).

Tener vocación sucesoria no es, por tanto, sinónimo de ser sucesor, sino una posibilidad de serlo por razón que precede a la muerte del autor de la sucesión<sup>49</sup>.

### **1.1. LA SUCESIÓN DE ÓRDENES: VOCACIÓN HEREDITARIA ACTUAL O EVENTUAL**

La ley al organizar el sistema de llamamientos hereditarios, lo hace en base a una sucesión de órdenes. Entiéndase como orden, al conjunto de parientes que, considerados colectivamente excluyen a otros parientes del causante; o son excluidos, a su vez, por otro grupo o categorías de parientes del de cujus<sup>50</sup>.

La vocación hereditaria de los herederos existe en cabeza de cada llamado desde el momento mismo de la muerte del causante. La vocación hereditaria del llamado en primer lugar y de los sucesores en grados ulteriores coexiste simultáneamente desde la apertura de la sucesión. Por ello cabe hacer una diferencia entre vocación hereditaria actual y eventual, el que resulta llamado a suceder en primer termino será quien posee un llamamiento actual a la herencia que le otorga el derecho de aceptar (delación). En cambio, la vocación hereditaria del llamado en segundo lugar o ulterior grado es, pues, una

---

<sup>48</sup> REBORA, citado por LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Pág. 46.

<sup>49</sup> DE GASPERI, L. “Tratado de Derecho Hereditario”, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1953, Pág. 159.

<sup>50</sup> Domínguez Benavente, Ramón y Ramón Domínguez Águila, “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1990, Tomo II, Pág. 10.

vocación eventual o virtual, sin delación; es una vocación subsidiaria, que se vuelve actual siempre y cuando el llamado el primer lugar no puede o no quiere suceder. Podría decirse que esta última es una vocación que aspira a convertirse en actual, pero que debe ser desplazada al predominar la vocación hereditaria del llamado en primer lugar.

De acuerdo a lo anterior, tienen vocación todos los sujetos sin tener en cuenta el grado sucesorio legalmente establecido o designado mediante testamento; la diferencia es que unos tendrán vocación actual y otro eventual.

## **1.2. VOCACIÓN HEREDITARIA Y EL DERECHO SUCESORIO PERUANO**

Con relación a la sucesión legal o intestada el Código Civil, en el artículo 816º, enuncia seis órdenes sucesorios de los mismos: En el 1º orden los hijos y demás descendientes. 2º orden los padres y demás ascendientes; 3º orden, el cónyuge sobreviviente; 4º y 5º, y 6º los parientes consanguíneos colaterales de segundo, tercer y cuarto orden respectivamente. Si no hubiera herederos hasta el 6º orden, entonces los bienes pasan al Estado, quien es considerado sucesor de acuerdo al artículo 830º del Código Civil. De lo señalado anteriormente, se tendrá que declarar heredero al que tiene vocación hereditaria actual, que se sustenta en el mejor derecho a suceder, mientras que, el resto de los parientes, solo tendrán una vocación eventual, y deberán ceder ante los derechos sucesorios del primer llamado.

Mientras que en la sucesión testamentaria la vocación hereditaria estará referida en primer lugar a la existencia de herederos forzosos (artículo 724), para quienes se encuentra reservada la legítima, y cuando no hayan herederos forzosos del testador, al haberse instituido herederos voluntarios, éstos por haber sido designados como tales en el testamento, tendrán vocación hereditaria a favor suyo; y en el caso, que se hubiera previsto la sustitución de algún heredero voluntario en la sucesión testamentaria, entonces al producirse la condición que determine la sustitución el heredero voluntario sustituto, se entiende que actualiza su vocación hereditaria.

## **2. ORDENES SUCESORIOS**

El Derecho Sucesorio peruano se organiza básicamente en el llamamiento de los legitimarios o también denominados herederos forzosos, siendo tales, los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, y el cónyuge. La noción de heredero forzoso es el sustento del derecho a la legítima, la cual es una cuota ideal a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.

El derecho de los herederos forzosos está reconocido en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada. En la sucesión testamentaria determina la porción intangible sobre la cual, el testador no puede disponer. En cambio, en la sucesión intestada se tiene un orden sucesorio en el que están comprendidos los herederos forzosos y los parientes colaterales de segundo, y tercer grado de consanguinidad.

Ahora bien, ¿en qué casos se deben determinar los herederos legales? En principio habrá que ver si hay testamento, porque habrá que estar a la voluntad del fallecido, voluntad que si bien es cierto está reconocida, se encuentra sujeta a determinadas normas imperativas de orden público del derecho sucesorio como la legítima, y que le obliga a considerar siempre a sus herederos forzosos cuando los tiene; así en principio, la voluntad expresada en el testamento debe primar, siempre que éste observe la norma de la legítima.

### **CAPITULO III**

#### **CLASES DE SUCESION HEREDITARIA**

##### **1. SUCESION TESTAMENTARIA**

El Derecho de Sucesiones está regido por un principio regulador fundamental, *“La voluntad del causante. Siendo el elemento que prima para determinar la forma y entre quienes distribuirse el patrimonio hereditario”*<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> FERRERO, Augusto.- “Tratado de Derecho Civil”, Tomo V, Volumen I, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000, Pág. 91

En atención a lo anterior cabe señalar que, la sucesión testamentaria, es aquella en la que los alcances de la transmisión hereditaria está determinada por la voluntad del causante dentro de los límites impuestos por la ley y que se materializa en un documento denominado testamento.

El testamento es el acto por el cual un sujeto dispone para después de su muerte de su patrimonio, en forma total o parcial<sup>52</sup>. Es decir mediante el testamento el **Testador** voluntariamente, dispone de sus bienes ya sea de una manera total o parcial para que después de su muerte se ordene su propia sucesión.

Se debe tener en cuenta, que la sucesión testamentaria, como parte de la voluntad individual de las personas debe respetar unas garantías mínimas establecidas por el Estado. En esa medida si bien cada cual tiene derecho a manifestar su voluntad de forma libre, clara y expresa, dicha manifestación en ningún momento puede llegar a vulnerar el orden jurídico preestablecido.

Con base en esto, pretendemos resaltar la importancia que ofrece la sucesión testamentaria dentro de un Estado democrático como el nuestro, sin desconocer que dicha libertad de expresión, realizada a través de un acto testamentario, se encuentra sometida a unas reglas y solemnidades de carácter general que en ningún momento pretenden coartar la libertad de expresión, sino por el contrario garantizar el normal funcionamiento de una sociedad.

Dichas normas, como es la finalidad del derecho, buscan delimitar y regular un concepto tan importante como es el de la sucesión testamentaria, el cual tiene connotaciones de carácter económico y social, ya que a través de dicho medio se busca transmitir el patrimonio de una persona a otra u otras.

## 1.1. TESTAMENTO

---

<sup>52</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, "Derecho de Sucesiones", Tercera Edición, Editorial Idemsa, Lima, Perú, 1999, pág. 95.

Es un acto jurídico mediante el cual el testador dispone y ordena para después de su muerte, y ordena su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala<sup>53</sup>. Cuando en la definición se señala, que a través del testamento una persona dispone para después de su muerte, se puede apreciar dos factores peculiares y esenciales de dicho acto: i) como es su carácter imperativo, es decir, el sujeto no se limita a pedir o aconsejar, sino que ordena lo que se debe hacer según su voluntad. ii) El hecho de producir efectos después de la muerte del testador, no antes.

## **1.2. OBJETO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS**

Pueden ser objeto de las disposiciones testamentarias todo el patrimonio del testador o parte de él, atribuyéndose así al testamento un carácter fundamentalmente patrimonial. Pese a que este sea el carácter de las disposiciones testamentarias, ello no obsta, a que se puedan incorporar en el mismo, actos o previsiones de carácter personal o familiar.

## **1.3. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO**

El testamento, tiene las siguientes características:

### **1.3.1 Unilateral**

Ya que la declaración de voluntad del testador es eficaz por si sola para dar vida al testamento, sin que sea necesario la concurrencia de alguna otra declaración. Solo la voluntad del testador participa en la creación del testamento, sin una contraparte que influya en la expresión de la última voluntad del causante.

### **1.3.2 Solemne**

El testamento es solemne puesto que la manifestación de voluntad del testador solo es eficaz cuando se ajusta a los requisitos de forma prescritos por

---

<sup>53</sup> Idem.

la ley. Lo contrario conllevaría la nulidad de referido acto. Esta característica es de primordial importancia dado que lo que va cumplirse es la última voluntad del causante, para que esta no sea violada o modificada.

### **1.3.3 Personalísimo**

Dado que la manifestación contenida en el testamento solo puede ser expresada única y exclusivamente por el causante, esta característica importa los siguientes aspectos: i) que el causante no puede otorgar poder a terceros para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de otros. ii) no es posible también la mancomunidad del testamento, es decir la declaración del testador no puede hacerse junto con otras personas.

### **1.3.4 Expresión de última voluntad**

El testamento debe contener las expresiones de última voluntad del causante; y ello no quiere decir que sea la última voluntad del último momento de vida, sino que es la última voluntad expresada post mortem<sup>54</sup>, es decir que el acto de voluntad ha de ser eficaz después de la muerte del causante.

### **1.3.5 Revocable**

Ya que la declaración que lo creara, también puede modificarlo o darle fin en cualquier momento, sin que ello implique consecuencias negativas para el testador debido a los reclamos de los beneficiarios cuyo derecho expedito se truncara<sup>55</sup>. La revocabilidad del testamento se fundamenta en el hecho, que el testamento es la manifestación de la última voluntad del causante, por consiguiente, no es posible que haya disposición de naturaleza legal o contractual, que impida a dicha voluntad manifestarse, porque de otro modo ya no sería **“la última voluntad”**<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> FERRERO, Augusto.- “Tratado de Derecho Civil”, Tomo V, Volumen I, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000, Pág. 394.

<sup>55</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit. Pág. 100.

<sup>56</sup> ECHECOPAR GARCIA, Luis.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit. Pág. 86.



## 2. SUCESION INTESTADA

Ya hemos señalado anteriormente que el criterio regulador del llamamiento sucesorio es la voluntad del causante, es éste el que determina quienes deben recoger el patrimonio hereditario y cuanto le corresponde a cada uno, todo ello dentro de las limitaciones impuestas por la ley. En este caso nos encontramos ante la llamada sucesión testamentaria. Cuando la voluntad del causante falta o cuando dicha voluntad es incompleta, se aplica supletoriamente el régimen conocido como sucesión intestada.

Zannoni, define a la sucesión intestada o *ab intestato* como aquella que opera en virtud de llamamientos legítimos, sin intervenir la voluntad del causante expresado en su testamento válido, es decir, que la sucesión intestada se basa en una o más vocaciones legítimas en ausencia del testamento del causante que instituya herederos<sup>57</sup>.

La sucesión intestada conocida también como legal, es la que se genera por ministerio de la ley, cuando faltan los herederos testamentarios, en todo o en parte de la herencia.

Ante la ausencia de la manifestación de voluntad del causante, la ley señala un orden sucesoral y la parte que le corresponde a cada heredero<sup>58</sup>.

La sucesión intestada se caracteriza por ser una sucesión universal<sup>59</sup>, pues en ella solo existen herederos legales que pueden recibir todo o una parte alícuota de

---

<sup>57</sup> Zannoni, Eduardo. "Derecho de las Secesiones", editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1982, pág. 72-73.

<sup>58</sup> FERRERO, Augusto.- "Tratado de Derecho Civil", Tomo V, Volumen II, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000, Pág. 763.

<sup>59</sup> A contrario de la sucesión testamentaria donde puede coexistir la sucesión a título universal y la sucesión a título particular, en los casos en donde se designa herederos forzosos o voluntarios (que son instituidos si es que se carece de herederos forzosos), pero también se puede designar legatarios.

la herencia, dependiendo de si concurren con otros herederos legales. Por el contrario en la sucesión testamentaria puede coexistir la sucesión a título universal al haberse designado herederos ya sean estos herederos forzosos, o voluntarios (que son instituidos si es que se carece de herederos forzosos); también puede darse la sucesión a título particular, por ejemplo, en la designación de los legados por voluntad del testador<sup>60</sup>.

## **2.1. EXCURSUS**

La sucesión intestada es cronológicamente muy anterior a la sucesión testada, ya que en los primeros tiempos, la sucesión no se manifestaba como voluntaria, sino con el carácter de necesaria y familiar. Es más, ni en Egipto, India e Israel se conoció el testamento, y todo hace suponer que tampoco en el más antiguo Derecho Romano. El concepto de sucesión referido al derecho hereditario es muy antiguo. Existía en el código de Hammurabi, así como en la India y Egipto. También Grecia, Germania y Escandinavia, más siempre circunscrita a la sucesión intestada. La sucesión testamentaria nace en Roma con la Ley de la XII Tablas, admitiéndose la intestada solo a falta de testamento. De esa manera la sucesión testamentaria adquirió todo su desenvolvimiento e importancia, llegando a ser la típica sucesión romana, de la que la sucesión legítima no era más que una forma supletoria (que recibió por ello, la denominación de *successio ab intestato*)<sup>61</sup>.

## **2.2. FUNDAMENTOS DE LA SUCESIÓN INTESTADA**

Son dos básicamente los fundamentos que se ha intentado dar a la sucesión intestada.

---

<sup>60</sup> Bustamante Oyague, Emilia, en Código Civil Comentado, Tomo IV, Derecho Sucesiones, Comentado por mas 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Mayo, 2007, Pág. 405.

<sup>61</sup> FERRERO, Augusto.- "Tratado de Derecho Civil", Tomo V, Volumen II, Derecho de Sucesiones... Ob Cit. Pág. 765.

- **El subjetivo:** que basa la sucesión intestada en la presunta voluntad del causante, como si se tratara de un testamento tácito. A lo cual se ha objetado que esa presunta voluntad referida a todos los testadores no deja de ser una ficción.
- **El Objetivo:** según el cual el fundamento jurídico se encuentra en principios de orden familiar, que, según unos son de carácter sociológico y según otros de carácter ético.

Acerca del fundamento de la sucesión legal, el maestro Borda refiere que el fundamento del mismo depende de la concepción política y social sobre cuya base está organizada la sociedad<sup>62</sup>. Por ejemplo en Roma e Inglaterra el fundamento de la sucesión legal se basaba en el afecto presunto del causante. Sin embargo el sistema hoy predominante funda la sucesión legal en un doble orden de consideraciones: por un lado, el interés familiar y la mejor distribución de la riqueza; por otro lado también en el afecto presunto del causante. Porque habiendo herederos forzosos, la mayor parte de los bienes hereditarios deben de distribuirse de acuerdo con normas que no pueden ser alteradas por voluntad de terceros; con ello se asegura la protección de la familia y la distribución equitativa de los bienes; si no existiera herederos forzosos, se considera el afecto presunto del causante, lo que él hubiera dispuesto de haber testado.

Con referencia específica al derecho sucesorio peruano, se puede señalar que el fundamento de la sucesión legal, es por un lado el parentesco (teniendo en cuenta los vínculos familiares en razón de sangre y la adopción civil), y por el otro el vínculo uxorio (matrimonio civil) hecho que es conocido legalmente como del cónyuge supérstite.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS

La sucesión intestada tiene las siguientes características:

---

<sup>62</sup> BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones, Décima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

- Es una **sucesión mortis causa** que se da del mismo modo que la testamentaria, al morir el causante, es decir la muerte es el elemento causal funcional de la transmisión sucesoria;
- Es **legal**, porque nace o se genera de mandato legal.
- Es **supletoria de la voluntad del causante**, se aplica en caso no exista la voluntad dispositiva del causante o se dé con algunos defectos.
- Es **excluyente**, ya que las personas favorecidas se excluyen entre sí, excluyendo el pariente más cercano al remoto.

## 2.4. DETERMINACIÓN DE LOS HEREDEROS LEGALES

El derecho sucesorio peruano se organiza básicamente en el llamamiento de los legitimarios o también denominados herederos forzosos, siendo tales los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, y el cónyuge<sup>63</sup>. La noción de heredero forzoso es el sustento del derecho a la legítima, la cual es “una cuota ideal que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo su concurrencia, participación o exclusión<sup>64</sup>.”

El derecho de los herederos forzosos está reconocido tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Artículo 724° del Código Civil.

<sup>64</sup> Artículo 729° del Código Civil.

<sup>65</sup> En la sucesión testamentaria se determina la porción intangible sobre la cual el testador no puede disponer. En cambio en la sucesión intestada se tiene un orden sucesorio en el que están comprendidos los herederos forzosos y los parientes colaterales de segundo y tercer grado de consanguinidad.

Cabe indicar que para la determinación de los herederos legales existen dos sistemas<sup>66</sup>: el de sucesión de bienes troncales y el de parentesco. Un Ejemplo de sucesión en bienes troncales está recogido en Navarra (España), según el cual, se tiene al causante que hubiera adquirido a título lucrativo de sus parientes hasta el cuarto grado o por permuta con otros bienes troncales. Para que tenga lugar la sucesión troncal es menester que el causante no haya dispuesto tales bienes y que fallezca sin descendientes que le hereden<sup>67</sup>.

De acuerdo al sistema de parentesco, todo orden hereditario está integrado por el conjunto de consanguíneos del causante en referencia a líneas o ramas específicas de parentesco. También resultan de aplicación a nuestro sistema jurídico las palabras del maestro Zannoni, quien expresa, que nuestro derecho de tradición romanista, organiza el cómputo del parentesco sobre la base lineal. Y, sobre esa misma base, organizará más tarde el orden del llamamiento hereditario<sup>68</sup>.

Nuestro Código Civil regula el parentesco consanguíneo en el artículo 236°, que la define: ***“la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado de consanguinidad”***.

---

<sup>66</sup> Bustamante Oyague, Emilia, Sucesión Intestada. Cuando La Ley Determina a Quien se Debe Declarar Herederos, en Dialogo con la Jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Pág. 7.

<sup>67</sup> Así en Navarra de acuerdo a la Ley N° 306, suceden en los bienes troncales los parientes que pertenezcan a la familia de que proceden los bienes, por este orden: 1° los hermanos, sin preferencia los de doble vínculo y con derecho de representación. 2° los ascendientes de grado más próximo. 3° los parientes troncales hasta e cuarto grado. 4° en último término, el cónyuge no excluido del usufructo de fidelidad y finalmente, los demás colaterales hasta el sexto grado. De La Camara Alvarez, Manuel, “Compendio de Derecho Sucesorio”, Editorial La Ley, Madrid, 1990, Pág. 313-314.

<sup>68</sup> Zannoni, Eduardo, Ob Cit. Págs. 362-363.

De la lectura de dicho artículo se tiene que el parentesco consanguíneo está determinado por el número de generaciones, siendo que cada generación forma un grado. La serie de grados forma una línea directa o colateral. La línea recta puede ser descendente o ascendente.

En las líneas se cuenta tantos grados como generaciones o como personas descontando la del progenitor. En la línea recta se sube solo hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, y tres del bisabuelo. En la línea colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace el cómputo. Por eso, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío (hermano de su padre o de su madre), cuatro del primer hermano y así en adelante.

Cuando nos referimos al parentesco como fuente para determinación de los derechos sucesorios de las personas, debe tenerse en cuenta tanto el parentesco consanguíneo como el parentesco por adopción, que está reconocido en nuestra legislación<sup>69</sup>. Junto al criterio de parentesco consanguíneo y por adopción, nuestra legislación contempla el caso del cónyuge supérstite como fuente derechos sucesorios vía sucesión intestada<sup>70</sup>.

Asimismo cabe mencionar que nuestro Código Civil, contempla también el parentesco por afinidad<sup>71</sup>, pero sin embargo la misma no es fuente de derechos sucesorios. Entonces se puede concluir que el parentesco consanguíneo y por adopción, así el vínculo matrimonial, son los elementos que sustentan la vocación hereditaria y que permiten determinar quiénes son los herederos intestados o legales.

---

<sup>69</sup> Artículo 238° del Código Civil: "La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución".

<sup>70</sup> Artículo 822° del Código Civil: "El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una cuota igual a la de un hijo".

<sup>71</sup> Artículo 237° del Código Civil: "El matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad".

Ya se determinó, quienes pueden ser los herederos legales, ahora cabe señalar en qué casos, se debe determinar a los herederos legales. Como ya se indicó anteriormente, en principio habrá que ver si hay testamento, porque habrá que estar a la voluntad del fallecido dentro de los límites impuestos por la ley. En caso esa voluntad del testador faltase, se haya realizado de manera parcial o devenga en ineficaz, se aplicaran las reglas de la sucesión intestada.

El artículo 815° del Código Civil, establece los casos en los cuales se debe realizar la sucesión intestada, las que ha saber son las siguientes:

- **Cuando no hay testamento:** Siendo este el caso más frecuente, es decir cuando el causante fallece sin dejar testamento. Ahora bien, puede ser que, en efecto, el causante muera sin dejar testamento, porque nunca lo otorgó como también en el caso de que habiéndolo otorgado, este fue revocado, en cuyo caso mediando la propia voluntad del testador, fue dejada sin efecto, ya sea de forma parcial o total; si se revocó totalmente, los efectos son tales como si no existiera testamento, ocurre cuando se deja sin efecto alguna parte del mismo, en cuyo caso de una sucesión mixta. También se da el caso de que habiendo testamento, este devino en nulo de forma total o parcial. Si la nulidad afecta a todo el testamento será total, mientras si afecta a una o varias disposiciones testamentarias, será parcial. En el supuesto de que se haya otorgado testamento cerrado, puede haberse producido la caducidad del mismo por falta comprobación judicial<sup>72</sup>. Asimismo puede darse el caso en que se haya declarado inválida la desheredación a un heredero forzoso, en cuyo caso al desheredado le corresponde solicitar la sucesión intestada para obtener el título de heredero que le permitirá ejercer sus derechos sucesorios.

---

<sup>72</sup> Bustamante Oyague, Emilia, en Código Civil Comentado, Tomo IV, Derecho Sucesiones, Comentado... Ob Cit. Pág. 409.

En estos casos, la herencia en principio corresponde a los herederos forzosos; todo ello de acuerdo a lo regulado en el artículo 724° del Código Civil.

- **Cuando en testamento no hay heredero instituido o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye:** Prevé el caso en que el causante si hizo testamento, pero en este no instituyó herederos, entonces en este caso opera la sucesión intestada. Ello puede ocurrir en el caso cuando el testamento solo contiene disposiciones de carácter no patrimonial, tal como el reconocimiento de un hijo, o cuando solo se han hecho disposiciones de legados. Por otro lado puede darse el caso, que el testamento haya caducado<sup>73</sup> o que sido declarada la invalidez de la disposición testamentaria que instituyo a los herederos<sup>74</sup>.
- **El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes:** Según Ferrero Costa, los supuestos de este inciso devienen en innecesarios, ya que se refiere en todos los casos a la caducidad de la institución de heredero, figura contemplada también en el inc. 2 del artículo 815°, además dicha redacción contiene serias imprecisiones, pues hay herederos que pueden estar en esa misma situación y tener descendientes, y sin embargo caduca su institución por no darse la representación sucesoria, como es el caso de los

---

<sup>73</sup> Artículo 805° del Código Civil: “Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgo el testamento y que vivan, o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos. Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio. Si el heredero pierde la herencia por declaración de indignidad o por desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo. ”.

<sup>74</sup> Artículo 810° del Código Civil: “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 resultara falsa la noticia de la muerte”.



ascendientes y del cónyuge. La disposición debe haber dicho cuando no hay representación<sup>75</sup>.

- **Cuando el heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por este; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados:** De producirse cualquiera de estos supuestos la herencia corresponderá a los herederos legales salvo que se haya instituido sustitutos de los herederos voluntarios o de los legatarios.
- ***Cuando el testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión intestada solo funciona con respecto a los bienes de que no se dispuso:*** En estos casos se nombrará herederos legales para que éstos reciban los bienes que el causante no dispuso. En este caso se da una sucesión mixta, en parte testada en legado y en parte intestada en los relativo a los bienes no dispuestos por el testador.

Se debe precisar que, cuando que cuando hay herederos forzosos ya no existirán los herederos legales, por el derecho de acrecer que tienen los herederos forzosos, esto es, de incrementar sus cuotas hereditarias; ya que cuando se trata de herederos forzosos siempre le corresponde una cuota igual y es un heredero a título universal, esto es con derecho a todo la herencia.

Dada la configuración de los diversos supuestos de sucesión intestada o legal regulado en el artículo 815° del Código Civil, se

---

<sup>75</sup> Ferrero Costa, Augusto. "Derecho de Sucesiones", Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima, 1993, Pas.72-73.

entiende que esta, es una norma de orden público, de modo que para la institución de herederos legales es necesario declararla en un proceso ya sea judicial o notarial. Al respecto, debe tenerse en cuenta que dichos supuestos deben interpretarse restrictivamente porque es un enunciado taxativo, ya que fuera de estos casos no cabe la institución de herederos legales<sup>76</sup>.

## **2.5. TÍTULO DE LA SUCESIÓN INTESTADA**

No cabe duda, que cuando hablamos de sucesión testamentaria el título que sirve de base para determinar la calidad de heredero y como se lleva a cabo el proceso de transmisión hereditaria, es el testamento que es la expresión inequívoca de la voluntad de causante, no existiendo problema alguno respecto a su determinación; por el contrario tratándose de la sucesión intestada o legal, la situación se vuelve problemática; pues, gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional han incurrido en la ligereza de considerar a la resolución judicial de declaratoria de herederos o el acta notarial, como título sucesorio, en los supuestos de sucesión intestada<sup>77</sup>

Dicha posición a simple vista daría la impresión de ser correcta, resulta de lo más equivocado a pesar de su evidencia, pues no existen herederos judiciales o notariales, o al menos en sistema jurídico se conocen solo dos tipos herederos, los testamentarios y los legales. Pues, si bien es cierto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición alguna que señale taxativamente cuales son los títulos sucesorios, pero dicha omisión parece ser intencional, ya que señalarlo devendría en una tautología.

---

<sup>76</sup> Bustamante Oyague, Emilia, Sucesión Intestada. Cuando La Ley Determina a Quien se Debe Declarar Herederos, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Editorial Gaceta Jurídica, Pág. 10.

<sup>77</sup> Esta es la posición asumida por Ferrero, Augusto, "Tratado de Derecho Civil" Tomo V, Volumen I, Derecho de Sucesiones Pág. 779, que señala: "De la misma forma como el testamento constituye el título del heredero en la sucesión testamentaria, la sentencia de declaratoria de herederos pronunciada en procedimiento no contencioso o la recaída en el proceso cuando se ordinariza, es el título del heredero en la sucesión intestada". Ese también es el sentido de la casación N° 1440-2000/Cajamarca, del 8 de marzo del 2002. De igual manera la Casación N°83-95/Ancash, del 7 de noviembre de 1995.

Consideramos, que el problema proviene de la concepción de lo que se entiende como título<sup>78</sup>, pues entiéndase como título, el fundamento jurídico de cada derecho o la causa o lo que da origen al derecho. En el caso del derecho sucesorio los títulos existentes son: El testamento (que es la materialización o manifestación de voluntad del causante) y en su defecto la ley (de acuerdo a los variados supuestos regulados en el artículo 815° del Código Civil).

Si se ha descartado que la declaratoria judicial o notarial de heredero sea el título sucesorio, entonces ¿que son las mismas? Según la opinión de Ariano Deho, posición a la que me afilio, tanto la declaración judicial y notarial de herederos, no son sino “actos de notoriedad”; pues hasta que lo expresado en dichas declaraciones no sean cuestionadas en un proceso judicial, las mismas mantendrán su eficacia y entre tanto ello no suceda servirán para dar fe de lo que en ella se expresa<sup>79</sup>.

## **2.6. CLASES DE SUCESIÓN INTESTADA**

### **2.6.1. Sucesión de los Descendientes**

En principio todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios. Es decir, tendrán los mismos derechos a efecto de acceder a la herencia los hijos matrimoniales, los extramatrimoniales<sup>80</sup> –reconocidos voluntariamente por el progenitor o declarados judicialmente<sup>81</sup>- respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos. También se tienen en cuenta en la misma

---

<sup>78</sup> En sentido señala Mazzarella, Contributo allo Studio del titolo, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 1 y siguientes. Señala, que la palabra “título” es un término que frecuentemente recurre en el lenguaje jurídico no solo en la práctica, sino también en la ley, (...) No es fácil determinar la idea común que los diversos usos de la palabra presupongan, si es que presupongan una que realmente puede decirse común a los tantos valores significativos, cada uno ya con un propio e irreductible contexto. Probablemente, y no ultimo por el camino de los innegables y relevantes nexos con la palabra “causa” (...), la idea que está en el fondo parece ser la de “fundamento jurídico” de un derecho.

<sup>79</sup> Ariano Deho Eugenia, “Heredero Titulado”, Sucesión Intestada y Partición (...Cuando la “Forma” se antepone a la “Sustancia”), en “Dialogo con la Jurisprudencia, N° 55, abril ,2003, Pág. 219

<sup>80</sup> El artículo 6 de la Constitución de 1993 consagra la igualdad de derechos de los hijos y prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los Registros Civiles y en cualquier otro documento.

<sup>81</sup> ECHECOPAR GARCIA, Luis.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit. Pág. 222.

línea a los hijos adoptivos, quienes heredan al adoptante porque adquieren la condición de hijos. El mismo tratamiento es aplicable a los descendientes del adoptado. Además suceden a los ascendientes del adoptante operando en ello la representación. Sin embargo el adoptado no puede heredar a su familia real o biológica<sup>82</sup>.

En este tipo de sucesión existe la preferencia del descendiente más próximo al más lejano, quedando a salvo el derecho de representación. Los descendientes que no sean hijos, heredan a sus descendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe cuando concurren con hijos del causante.

### **2.6.2. Sucesión de los Ascendientes**

De no haber descendientes heredaran los padres por partes iguales. De existir un solo padre a este corresponde toda la herencia. Si una persona reconoce a un hijo mayor de edad, dicho reconocimiento no le confiere derecho sucesorio respecto al reconocido.

A falta de hijos, descendientes y padres, heredan los abuelos en la misma forma antes indicada.

Del mismo modo que en el caso del padre adoptante, los abuelos y otros ascendientes de la rama adoptiva heredan al adoptado, pero no sucede igual con su familia consanguínea.

### **2.6.3. Sucesión del Cónyuge**

El cónyuge es un heredero de tercer orden y concurre con los herederos del primer y segundo orden, vale decir, con los descendientes y ascendientes. Concurre con los hijos y otros descendientes del causante y hereda una parte

---

<sup>82</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, "Derecho de Sucesiones", Ob. Cit. Pág. 196.

igual a la de un hijo<sup>83</sup>. Si concurriera con los padres y otros ascendientes, su cuota hereditaria será igual a la de uno de estos<sup>84</sup>.

El cónyuge es un heredero preferencial, ya que es el único que puede elegir entre el usufructo de la tercera parte de la herencia cuando concurre con hijos u otros descendientes, o entre el derecho de habitación sobre el hogar conyugal de concurrir con cualquier heredero.

De obtener el derecho de habitación ya no podrá optar por el derecho de usufructo. De no haber dejado el causante ningún heredero, la herencia corresponderá en su integridad al cónyuge supérstite.

#### **2.6.4. Sucesión de los Parientes Colaterales**

Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales y son los herederos del cuarto, quinto y sexto orden. Los herederos del cuarto orden son los parientes del segundo grado de consanguinidad; los del quinto orden, son los parientes del tercer grado; los del sexto orden, son los parientes del cuarto grado. Según el artículo 828° del Código Civil, los parientes colaterales solo heredan hasta el cuarto grado de consanguinidad<sup>85</sup>. En la sucesión de los parientes colaterales se aplican las siguientes reglas:

- El pariente colateral más próximo excluye al más remoto salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación de sus padres.

---

<sup>83</sup> Artículo 822° El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.

<sup>84</sup> Artículo 824° El cónyuge que concorra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.

<sup>85</sup> Artículo 828° Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluye los mas próximos a los mas remotos, salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación de sus padres, de conformidad con el artículo 683°.

- Los parientes colaterales del mismo grado, se dividen por igual la herencia.
- Cuando concurren los hermanos y madre con medios hermanos, aquellos reciben doble porción que estos, según lo prescribe 829 del C.C. Esta disposición resulta una excepción en cuanto a los parientes colaterales, pues solo se produce en el caso de hermanos en los cuales existe doble o simple vínculo. Esta solución legal que parece lógica y justa, resulta limitativa, al no hacerse extensiva a toda la línea colateral.
- Respecto a los hermanos adoptivos, siguiendo el criterio vigente en el código, la ley no efectúa ninguna limitación aunque habría que señalar que si tal adopción la hubiera hecho exclusivamente el padre o la madre tendría el caso de doble y simple vínculo tratándose de herencia de colaterales hermanos.
- Los colaterales del quinto orden, que son los tíos y los sobrinos y del sexto orden, que son los tíos abuelos, sobrinos nietos y primos hermanos, se rigen por las reglas generales de concurrencia en condición de igualdad en caso de existir herederos de los órdenes anteriores.

#### **2.6.5. Sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas**

A falta sucesores testamentarios, o de sucesores legales de los órdenes antes comentados, el juez que conoce la causa del procedimiento de declaratoria de herederos adjudicará conforme el artículo 830° del Código Civil, a la Sociedad de Beneficencia Pública o falta de este a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si tuvo domicilio en el extranjero.

Las entidades adjudicatarias pagarán las deudas del causante hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Según la misma norma, corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento de su valor neto de los adjudicados, ya sea con la venta de los mismos y mediante su respectiva adjudicación.

## **2.7. ÓRDENES SUCESORIOS**

De acuerdo con el sistema del parentesco, todo orden está integrado por el conjunto de consanguíneos del causante en referencia a líneas o ramas específicas de parentesco. Nuestro derecho al ser orientación netamente romanista, organiza el cómputo del parentesco sobre la base lineal. Y sobre esa misma base, organizará más tarde el orden del llamamiento hereditario.

El artículo 815 regula todo lo referente a los órdenes sucesorios, en donde se aprecia que los parientes del primer al tercer orden sucesorio lo comprenden los llamados legitimarios o herederos forzosos, siendo tales los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, y el cónyuge. Como se aprecia, la noción de heredero forzoso es el sustento de los tres primeros órdenes.

ORDEN	FAMILIARES	CLASE
1°	Hijos y demás descendientes	HEREDEROS FORZOSOS
2°	Padres y demás ascendientes.	
3°	Cónyuge	
4°	Parientes Colaterales de 2° grado	
5°	Parientes Colaterales de 3° grado	
6°	Parientes colaterales de 4° grado	

Al establecer el Código Civil los órdenes sucesorios entre parientes, está prelaciónando órdenes sucesorios en función de las líneas a las que pertenezcan.

Orden sucesorio es diferente a grado, ya que cada orden sucesorio puede comprender parientes de diversos grados, por ejemplo en el primer orden se considera a los parientes en línea recta descendente compuesto los hijos y demás descendientes, entonces en el primer orden sucesorio pueden encontrarse los hijos (primer grado), los nietos (segundo grado), bisnietos (tercer grado), tataranietos (cuarto grado), etc.

Igual situación puede presentarse en el segundo orden, cuarto, quinto y sexto orden sucesorio. En efecto, en el segundo orden se tiene a los padres y demás ascendientes, esto es, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. En cambio, en el cuarto orden si hay coincidencia con un solo grado, en el que se comprende a los hermanos, quienes son parientes colaterales de segundo grado.

En el quinto y sexto orden sucesorio coinciden parientes de un mismo grado pero de diferentes líneas, tal es el caso del quinto orden en él se ubican los parientes colaterales de tercer grado como los tíos (líneas ascendente) y los sobrinos (línea descendente); por otro lado, en el sexto orden se consideran a los parientes colaterales de cuarto grado como el primo hermano, el sobrino nieto (línea descendente), y el tío abuelo (línea ascendente).

## **2.8. EXCLUSIÓN SUCESORIA**

El artículo 817° del Código Civil contiene el principio de exclusión sucesoria, según el cual:



***“Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.”***

En sucesión intestada deben aplicarse de forma concordada los artículos 816° y 817° del Código Civil, habiendo parientes del causante que estén comprendidos en uno o varios de los órdenes sucesorios, no todos van a tener derecho a heredar en calidad de herederos legales, habrá que seguir el orden que prescribe el artículo 816° del Código Civil, y aplicar el principio de exclusión sucesoria, así cuando en un mismo orden coincidan parientes de diversos grados o líneas, en primer lugar se aplica la regla de exclusión sucesoria por líneas, prefiriéndose a los parientes de la línea recta descendente sobre los de la línea recta ascendente. Por ejemplo, el padre del causante es excluido por el nieto de éste, ya que prima la línea recta descendente sobre la línea recta ascendente. En tercer lugar, se aplica la regla de la proximidad en grado, esto es, cuando en la misma línea de parentesco hereda al causante el pariente en grado más próximo a aquel, excluyendo o desplazando al de grado más remoto salvo el caso de la representación sucesoria que es una excepción que complementa dicha regla. Debe tenerse en cuenta que solo una vez que se ubiquen los parientes en la línea preferencial, recién debe aplicarse la regla de la exclusión por la proximidad en el grado de parentesco.

Al orden prelatorio que consigna el artículo 816° del Código Civil, y la aplicación de las reglas de exclusión sucesoria y de proximidad en grado, existen dos situaciones a tener en cuenta; nos referimos al caso del cónyuge sobreviviente y la aplicación de la representación sucesoria.

Así, las dos situaciones de excepción en el orden prelatorio que contempla nuestro Código Civil son:

- **Cónyuge Sobreviviente:** Quien no tiene vínculo de parentesco consanguíneo con el causante, pero que concurre con otros parientes consanguíneos, en efecto, con el primer y segundo grado cohereda el cónyuge. Sin embargo, si no hay parientes del primer y segundo grado, entonces hereda todo.
- **Representación Sucesoria:** Caso en que los parientes más lejanos en grado pero heredan lo que le habría correspondido a su representado. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 682° del Código Civil, en la línea recta descendente la representación es ilimitada a favor de los descendientes de los hijos, y en el artículo 683° del Código Civil, se expresa que en la colateral solo hay representación sucesoria en el caso de los sobrinos que heredan a los tíos, siempre que concurren con un tío sobreviviente.

## **CAPITULO IV**

### **ETAPAS DE PROCESO DE TRANSMISION SUCESORIA**

En el fenómeno sucesorio vamos a distinguir diversas etapas, que pueden coincidir – y muchas veces coinciden- en el tiempo, pero que siempre pueden distinguirse conceptualmente:

- **Apertura de la Sucesión**
- **Llamamiento Sucesorio**
- **Delación de la Herencia**
- **Adquisición**
- **Posesión Hereditaria**

#### **1. APERTURA DE LA SUCESIÓN**

La sucesión de una persona se abre siempre y necesariamente en el momento de su muerte: no antes ni después. Esto significa que mientras el cuerpo se ha convertido en cadáver, la suma de las relaciones jurídicas transmisibles que se imputan a una persona se ha convertido en herencia, en espera de un sucesor<sup>86</sup>.

Justamente al momento de la muerte de una persona y la consiguiente apertura se la sucesión, es cuando surge la vocación hereditaria. Antes de la apertura de la

---

<sup>86</sup> LACRUZ BERDEJO José Luis, De Asís Rebullida Francisco, Luna Serrano Agustín, Delgado Echevarria Jesús, Rivero Hernández Francisco y Rams Joaquín Albasa. “Elementos de Derecho Civil”, Tomo V – Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Dickinson, Madrid, 2007, Pág. 29.

sucesión, se puede ser hijo del padre, habiendo solo en ella una expectativa de acceso a la herencia, pero no hay vocación hereditaria y tales expectativas, cualquiera que sea su fundamento, no tiene jurídicamente, ni la más mínima relevancia<sup>87</sup>.

La apertura de la sucesión es un efecto jurídico enlazado con un evento natural; la muerte de la persona que produce la separación de los derechos del titular para pasar a los sucesores<sup>88</sup>.

Podemos definir la apertura de la sucesión como el hecho que habilita a los herederos la posibilidad de adquirir la titularidad de las relaciones jurídicas que son el contenido de la herencia. En consecuencia, la apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte. Es un hecho jurídico consecencial del hecho natural de la muerte de una persona, y en virtud del cual los bienes del difunto pasan a los legatarios y herederos, dando nacimiento así al derecho real de herencia.

Según Lohmann<sup>89</sup>, la muerte ha de ser física y comprobada, o judicialmente declarada según lo dispuesto en los artículos 63 ° y siguientes de Código Civil. Se entiende por muerte física según la más reciente el cese total e irreversible del sistema nervioso central, cuando definitivamente se han detenido las funciones cerebrales. La declaración judicial de muerte, es conocida como muerte presunta, porque no siempre hay la certeza ni del hecho mismo del deceso, porque no hay cadáver, ni por ende de la fecha y lugar del supuesto fallecimiento. Empero producidos los hechos que la ley exige, se tiene a la persona en cuestión como si hubiera muerto.

La apertura de la sucesión se verifica en el momento de la muerte de una persona. La determinación del momento preciso de la muerte es de importancia

---

<sup>87</sup> QUISPE JARA Rebeca, Manual de Derecho de Sucesiones – Doctrina – Jurisprudencia – Modelos, Jurista Editores, Lima, Perú, Pág. 27.

<sup>88</sup> TRABUCCHI Alberto, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1967, Pág. 375.

<sup>89</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- "Derecho de Sucesiones", Tomo I, Ob. Cit., Pág. 41.

capital porque abriéndose la sucesión en ese momento quedan fijados los derechos de los herederos y de los legatarios, pudiendo incluso dar lugar a fenómenos como la conmoriencia<sup>90</sup>. En ese momento preciso debe tener capacidad el heredero, y respecto de los bienes gananciales comienza la indivisión, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto.

Puede demorarse la aceptación de una herencia o legado hasta algún tiempo después de la muerte del testador; para los efectos de la aceptación se retrotraen al día de la apertura de la sucesión; de manera que en cualquier momento que acepte el heredero, es lo mismo que si hubiera aceptado en el momento en que murió la persona<sup>91</sup>.

Valencia Zea<sup>92</sup> resalta que los efectos de la apertura de la sucesión son los que se citan seguidamente:

- a. El momento de la apertura de la sucesión señala quienes son los sucesores.
- b. El asignatario debe existir, esto es, ser sujeto de derechos a la muerte del causante. Asimismo, los que virtualmente tuvieron vocación hereditaria pero no sobrevivieron al causante, no son sucesores, salvo la excepción del derecho de representación que tienen los hijos, para tomar la cuota hereditaria de quien fue hijo o hermano del causante.
- c. El Lugar donde se efectuó la apertura de la sucesión indica cual es el juez que ha de conocer del proceso de sucesión será competente del proceso de sucesión, el juez del último domicilio del difunto.

---

<sup>90</sup> La conmoriencia, significa el fallecimiento de dos personas al mismo tiempo. Al respecto el artículo 62° del Código Civil, señala que si no se puede probar cual de las dos personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión sucesoria. Esta presunción es *iuris tantum*, pues permite probar lo contrario, es decir quien alegue la falta de coincidencia debe probarlo.

<sup>91</sup> BARROS ERRAZURIZ, Edgard; BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla S.A., México, 1994, Págs. 39-40.

<sup>92</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil", Tomo VI, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogota-Colombia, 1984, Pág. 79 – 80.

- d. Finalmente la apertura de la sucesión indica que bienes tienen la calidad de herenciales.

Lanatta<sup>93</sup> anota por su parte que:

Apertura de la sucesión es la iniciación o comienzo de ésta. El verbo abrir se emplea aquí en el sentido de dar principio a algo, en este caso a la sucesión. Es un tecnicismo que se utiliza en derecho para precisar los siguientes puntos:

- El momento de apertura de la sucesión, o fijación sucesoral en el tiempo, que interesa para determinar, con referencia a ese momento, quienes son los sucesores y su capacidad para suceder; cuales son los bienes transmisibles y cuál es la ley que corresponde aplicar por razón de su vigencia en el tiempo.
- El lugar donde se produce la apertura, o la fijación sucesoria en el espacio, determinación que se aplica en el procesal para radicar, en una sola jurisdicción y hasta donde es posible hacerlo, los diversos procedimientos judiciales relativos a una misma sucesión.
- La transmisión sucesoria, considerada como efecto de la apertura de la sucesión.

La muerte, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia se producen, pues, en el mismo momento. Este principio importantísimo acarrea diversas consecuencias, a saber:

- El heredero, aun cuando fuese incapaz o ignorase la herencia que se le ha deferido, es, pese a ello, propietario de tal herencia desde la muerte del de cuius.
- A partir del fallecimiento se produce la mutación del acervo, cambiando cada uno de sus elementos de titular.

---

<sup>93</sup> LANATA, Rómulo. "Derecho de Sucesiones". Tomo I, Segunda Edición, Editorial Desarrollo, Lima, Perú, Pág. 147-148.

- El sucesible que sobrevive un solo instante al difunto transmite la herencia a sus propios herederos, que tienen la facultad de aceptación o de renuncia.
- La aptitud del sucesible para recibir la herencia está referida al momento de la muerte del de cujus.
- La competencia judicial (en especial acerca del conocimiento del proceso sucesorio) le corresponde al juez del último domicilio del causante.
- El derecho aplicable en todo lo concerniente a las consecuencias jurídicas de la transmisión se rige por la ley vigente a la fecha del fallecimiento, se trata de sucesores nacionales o extranjeros.
- Desde el instante mismo de la muerte se origina, en caso de pluralidad de herederos, el estado de indivisión hereditaria, y cada uno de ellos goza de los mismos derechos que el causante en lo que atañe a la propiedad y posesión de los bienes, cesando dicho estado de indivisión con la partición de la masa hereditaria.

## **2. LLAMAMIENTO SUCESORIO**

Consiste en el llamamiento de un sujeto de derecho a una determinada herencia; dicho llamamiento tiene como base o fundamento, la especial situación de un sujeto respecto a una herencia abierta, que es conocida como vocación hereditaria (respecto a la vocación hereditaria ya se tuvo oportunidad de desarrollar anteriormente).

Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos testamentarios o ab intestatos, son los llamados en el momento mismo de la muerte.

Una vez abierta la sucesión, se hace efectiva la capacidad sucesoria. Al llamamiento efectivo se le denomina también vocación<sup>94</sup>.

La efectividad del llamamiento, o vocación hereditaria, depende en todo caso de la apertura de la sucesión, y de que el llamado sobreviva al causante, no le haya premuerto.

### **3. DELACIÓN**

Constituye un paso más. Es decir, para que una persona sea heredero, no basta con que sea llamado a recibir la herencia y que tenga vocación sucesoria; sino que este tiene la posibilidad aceptar o renunciar a la misma, la posibilidad de aceptar la herencia es la característica principal de la delación<sup>95</sup>.

Somarriva<sup>96</sup>, señala que la delación supone que una o más personas determinadas que tienen vocación actual, tienen la posibilidad efectiva de poder aceptar o rechazar a la herencia, por tener igual o mejor derecho que otras y que la adquisición de la herencia no depende de una realización de un supuesto posterior a la apertura distinto de la aceptación.

Mafia<sup>97</sup>, señala es la situación en que el llamado a la herencia, cualquiera que sea su título de llamamiento, puede aceptarla o rechazarla.

---

<sup>94</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y Gullon Antonio. "Sistema de Derecho Civil", Volumen IV – Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Octava Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 303.

<sup>95</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, De Asís Rebullida Francisco, Luna Serrano Agustín, Delgado Echevarría Jesús, Rivero Hernández Francisco y Rams Joaquín Albasa. "Elementos de Derecho Civil", Tomo V – Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Dickinson, Madrid, 2007, Pág. 30-31.

<sup>96</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, M. "Derecho Sucesorio", Volumen II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, Chile, 1954, Pág. 89.

<sup>97</sup> MAFFIA, J. O. "Tratado de Sucesiones", Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, Pág. 258.



Con la apertura de la sucesión y generado el llamamiento sucesorio, tiene lugar otro momento importante del fenómeno sucesorio que es la delación. Con ella, se abre una situación en la que el llamado que tiene vocación puede aceptar o repudiar la herencia. Díez-Picasso<sup>98</sup> señala que la herencia es *deferida*, porque justamente es ofrecida y cuando dicha herencia es deferida, se atribuye al llamado un poder para que la acepte o repudie. Dicha situación se da, básicamente porque en nuestro sistema de tradición romanista, no hay aceptación *ipso iure* de la herencia con poder de repudiación, sino poder de aceptarla o repudiarla.

A ese poder atribuido al llamado se le denomina *ius delationis*, cuya naturaleza se discute en la doctrina. Se dice que el poder de aceptar o repudiar una sucesión no configura ningún derecho subjetivo, es un reflejo de la capacidad de obrar, un mero poder jurídico. Sin embargo la posición dominante lo conceptúa como un derecho subjetivo, que engloba, como todo derecho de esa índole, poderes concretos.

Las facultades derivadas del *ius delationis*, serían la de aceptar o repudiar la herencia ofrecida, y el realizar actos conservativos, tales como los regulados en el artículo 680° del Código Civil.

Antes ejercer el *ius delationis*, los llamados no pueden realizar actos de disposición de los derechos hereditarios, la disposición equivale a aceptar la herencia.

Si el llamado muere sin aceptar o repudiar la herencia, en este sentido preceptúa el artículo 679° del Código Civil. Se deduce de ello que el *ius delationis* se integra como un elemento más en el patrimonio hereditario del difunto. Sus herederos podrán aceptar o repudiar su sucesión. Si la aceptan, serán titulares de

---

<sup>98</sup> Díez-PICAZO, Luis y Gullon Antonio. "Sistema de Derecho Civil", Volumen IV – Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Ob Cit., Pág. 303.

su *ius delationis*, pueden aceptar o repudiar la primera herencia. Si no la aceptan, carecen de ese poder.

La delación se inicia cuando nace la oportunidad de aceptar la herencia y termina con la aceptación o la renuncia a la misma. La delación, en suma, es el paso previo para adquirir la cualidad de heredero y a la vez constituye un derecho para el llamado, porque sólo en la medida que acepte el ofrecimiento adquirirá, con efectos retroactivos, la calidad de heredero y el contenido de la herencia.

Aunque desde el punto de vista conceptual sean diferentes la vocación y la delación –pues la fuente de la primera es la voluntad de la ley o la voluntad del testador, y la fuente de la segunda siempre es la ley- producida la aceptación o el supuesto condicionante, coinciden temporalmente como consecuencia de la retroactividad legalmente impuesta.

La delación, a diferencia de la vocación que no se extingue, que supone un ofrecimiento de la herencia, tiene una duración determinada, que según el artículo 673° del Código Civil, es de tres meses, si el heredero está en el territorio de la Republica, o de seis, si se encuentra en el extranjero.

#### **4. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: SISTEMAS**

Las legislaciones disponen de manera diferente el camino hacia la adquisición de la herencia. La diferencia se halla, sobre todo, en la coincidencia o separación de los dos últimos periodos: la delación y la adquisición:

Para algunos ordenamientos, la persona llamada a suceder adquiere por el solo hecho de la muerte del causante. Es decir la herencia pasa ipso iure del difunto al heredero con la apertura de la sucesión; y la aceptación se requiere solo para confirmar la adquisición ya realizada. Ahora bien, el heredero no está obligado

aceptar; y si renuncia oportunamente, se entiende que en ningún momento ha adquirido la herencia. La aceptación tiene, pues, una función meramente negativa, en cuanto representa una renuncia al derecho a repudiar; mientras que la repudiación tiene una función positiva, porque sirve para destruir la adquisición ya producida. Sigue este sistema el Código Alemán.

En otras legislaciones el llamado solo adquiere la herencia mediante la aceptación; hasta entonces, no se convierte en sucesor. De forma que, entre delación y adquisición, media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere con efecto retroactivo. En ese lapso de tiempo no hay sucesor sino meramente un sujeto llamado a serlo: La herencia se halla yacente. Es el sistema al cual se acoge el Código Civil peruano.

Hemos dicho que la sucesión, es la transmisión patrimonial por causa de muerte. Dicha definición da la impresión, que por el simple hecho de la muerte, la herencia se transmite al heredero, tal como lo regula el artículo 660° del Código Civil; pero este asunto merece algunas precisiones: i) El mero deceso de una persona no determina la transmisión a favor de sucesor cierto y la consecuente adquisición, sino que esta se produce con efectos retroactivos a la muerte y cuando se dan determinados supuestos (aceptación, o cumplimiento de la condición suspensiva) propios de la calidad de heredero<sup>99</sup>. ii) La segunda, es que los legatarios, no suceden las deudas del causante, como en el caso de los herederos<sup>100</sup>, todo ello en el entendido de que la herencia incluye el activo y el pasivo.

De lo señalado anteriormente surge la interrogante, ¿desde cuándo se produce adquisición hereditaria? Al respecto Augusto Ferrero, señala que existen tres formas de adquisición de la herencia<sup>101</sup>: i) ***ipso iure***, al momento de la apertura de

---

<sup>99</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Ob. Cit., Pág. 60.

<sup>100</sup> Idem.

<sup>101</sup> Ferrero Costa, Augusto, en Código Civil Comentado – Comentan 209 Especialista en las Diversas Materias del Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Sucesiones, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, Pág. 14.

la sucesión con la muerte del causante. ii) mediante la **aceptación**, sea expresa o tácita. iii) por declaración judicial.

Como ya se tuvo oportunidad de señalar anteriormente, nuestro sistema jurídico sigue la tradición romana conforme a la cual la transmisión sucesoria<sup>102</sup>, no es automática por causa de muerte, sino que la herencia se transmite, siempre y cuando la persona llamada a heredar haya aceptado la misma. Tal como lo señala Lohmann, en el Perú no hay herencia impuesta o no querida<sup>103</sup>.

Gran parte de la doctrina señala, que en nuestro país la transmisión de la herencia se produce automáticamente con la muerte del causante, haciendo especial referencia a lo regulado en el artículo 660° del Código Civil<sup>104</sup>. En nuestra opinión la mayoría de estos autores confunden dos pasos importantes del fenómeno sucesorio, que conceptualmente son distintos y que en el tiempo se hacen uno solo y se entiende que se producen en el mismo momento por efecto de la retroactividad de los efectos de la aceptación. En ese sentido no debe confundirse la apertura de la sucesión (que se produce en el momento mismo de la muerte del causante) y transmisión de la herencia a personas inciertas hasta que acepten la herencia, con la adquisición como consecuencia de la adquisición. La adquisición se produce al aceptar, porque solo a partir de ese momento y no antes, se es heredero y se tienen responsabilidades por la herencia. Hasta entonces, no es heredero, sino simplemente llamado a la herencia, pero una vez producida la aceptación se

---

<sup>102</sup> La transmisión sucesoria debe entenderse con todos los bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento.

<sup>103</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Derecho de Sucesiones – Sucesión en General – Comentario a la Sección Primera del Libro Cuarto del Código Civil", Ob Cit. Pág. 201.

<sup>104</sup> Tal es la posición de Castañeda, J.E. Derecho de Sucesión, Tomo I, Lima, 1975, Pág. Que señala que: "para heredar no se necesita aceptar" y que por tanto la aceptación expresa es ociosa. Por lo demás, se contradice, pues más adelante (pág. 71) cuando asevera que "no es heredero sino el que quiere". Parecida opinión es de Lannata, Rómulo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, Universidad de San Marcos, 1969, pág. 378, cuando señala que la acepción es simplemente confirmación y consolidación del derecho del heredero porque la adquisición de la herencia se produce por efecto de la muerte, y que la acepción es una mera ratificación.

retrotrae al momento de la muerte, tal como se desprende 677° del Código Civil<sup>105</sup>.

Es decir para adquirir la herencia y que como efecto de ello se produzca la transmisión hereditaria, es necesario satisfacer dos requisitos: i) Que, exista un efectivo llamamiento al potencial heredero, es decir, que se dé la apertura de la sucesión con la muerte del causante y se haya deferido la herencia al heredero ii) y que éste voluntariamente quiera aceptarlo.

Como ya se indicó anteriormente, una vez aceptada la herencia los efectos se retrotraen a la muerte del causante, lo cual implica verse favorecido o afectado con lo que ocurra con la herencia en el periodo de interinidad, porque en razón de la retroactividad se entiende que durante la interinidad la herencia es del que la aceptó. Al efecto Lohmann, señala: “El heredero, en suma, no es tal por designación legal o testamentaria de la herencia, sino por un acto de voluntad de querer suceder”<sup>106</sup>.

Siguiendo la línea de pensamiento anterior, se puede concluir, que mientras no haya aceptación, mal se puede hablar de heredero, o provisionalidad en dicha situación; pues a decir de Zannoni, durante el periodo en que la herencia no es aceptada no existe, estrictamente titular de la herencia, sino tal solo vocación hereditaria. La titularidad de la herencia recién se adquiere aunque con efecto retroactivo, con la aceptación de la herencia<sup>107</sup>.

De lo anterior se puede concluir acerca de la impropiedad técnica de la redacción del artículo 680°<sup>108</sup> del Código Civil, cuando regula los actos de administración y conservación del llamado a heredar, antes de la aceptación de la herencia.

---

<sup>105</sup> Artículo 677° del Código Civil: “La aceptación y la renuncia no pueden ser parciales, condicionales, ni termino. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión”.

<sup>106</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Derecho de Sucesiones – Sucesión en General – Comentario a la Sección Primera del Libro Cuarto del Código Civil”, Ob Cit., Pág. 202.

<sup>107</sup> Zannoni, Eduardo, Ob Cit.

<sup>108</sup> Artículo 680° del Código Civil. “Los actos de administración provisional y de conservación mientras no haya vencido el plazo del artículo 673°, no importan aceptación ni impiden al renuncia”.

El hecho que el llamado a la herencia no sea heredero mientras no se produzca la aceptación no significa que quede desprovisto de derechos y facultades. Entre de ellas, como ya lo hemos señalado, están las facultades de administración y conservación de facultades que tienen como fundamento la vocación hereditaria del llamado a suceder. También, está el de pedir formación de inventario, precisamente para saber si ejerce o no el derecho de aceptar o no la herencia.

Para nosotros y para efectos prácticos la adquisición de la herencia representa el momento en el cual el sucesor asume la condición o la cualidad de heredero, esto es lo que la mayoría de autores confunden con la llamada posesión hereditaria.

## **CAPITULO V**

### **POSESION HEREDITARIA**

#### **1. CONCEPTO**

Para brindar una idea clara de ella creemos útil puntualizar algunas ideas previas:

- a) Ante todo, no se vincula con el derecho sucesorio en sí mismo, ni con la propiedad de los bienes. La transmisión de la propiedad opera instantáneamente en el momento del fallecimiento del causante, haya o no posesión hereditaria.
- b) Es necesario no dejarse engañar por las palabras. La posesión hereditaria nada tiene que ver con el derecho real de ese nombre. No requiere la detención material de la cosa, puesto que se adquiere por más que otras personas tengan la posesión real; no exige tampoco la intención de poseer porque algunos herederos (cónyuge, descendientes y ascendientes legítimos) logran la posesión hereditaria del pleno derecho en el momento del fallecimiento del causante, aunque ignoren que ha ocurrido el deceso.

Esto sentado, puede ya decirse que la posesión hereditaria no es otra cosa que el reconocimiento formal de la calidad de heredero, y que implicaría la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos hereditarios; el reconocimiento de la calidad de heredero a veces la ley hace de pleno derecho, sin intervención judicial (descendientes, ascendentes legítimos y cónyuge) y que, en los casos restantes exige una declaración del magistrado o de otro funcionario autorizado para ello. Dicho en otros términos, es la investidura del heredero, el título en virtud del cual se pueden ejercer todos los derechos inherentes a tal calidad<sup>109</sup>.

Establezcamos un símil. Una persona ha adquirido un inmueble por prescripción de diez años; es dueño, pero mientras no haya llevado a cabo la información judicial, mientras el juez no haya aprobado la información judicial, y reconocido su derecho, no tiene título ni puede transferir esa propiedad, constituir sobre ella derechos de hipoteca, etc. De igual modo, el heredero que no tiene posesión hereditaria, no por eso deja de ser heredero ni dueño; pero si quiere disponer de los bienes, debe gozar de la posesión hereditaria, o sea de ese título formal de heredero que es la investidura o reconocimiento de su derecho.

Es decir, que la calidad hereditaria se vincula con el goce de los derechos hereditarios y la misma se adquiere una vez aceptada la herencia con efectos retroactivos a la muerte del causante (adquisición de herencia)<sup>110</sup>; por otro lado la posesión hereditaria se vincula con la posibilidad plena del ejercicio de los derechos hereditarios.

Teóricamente algunos herederos tienen la plenitud del ejercicio de sus derechos desde el momento mismo de la muerte del causante: son los ascendentes y descendentes legítimos y el cónyuge de quienes se dice por ellos que gozan de pleno derecho de posesión hereditaria. Esta es la idea esencial de la institución. Pero apresurémonos a decir que ella es tan contraria a nuestra tradición jurídica y,

---

<sup>109</sup> BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Sucesiones", Tomo I, Sexta Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1982, Pág. 326.

<sup>110</sup> Ídem.



sobre todo, a las necesidades de una sociedad moderna, que la práctica, la jurisprudencia y los códigos de procedimientos han contribuido de consuno a desdibujarla aún más de lo que aparece en el propio código y a reducir su esfera de acción a un papel muy modesto. Pues, en nuestra realidad es imposible que un heredero pueda ejercer de manera plena todos los derechos inherentes a la herencia y si lo hace su actuación está restringida a algunos actos (actos de conservación y administración de la herencia); por ejemplo no podrá vender los bienes de la herencia, hipotecarlos, celebrar un usufructo, si es que previamente no se le ha reconocido judicial o notarialmente la calidad de heredero o se haya inscrito reconocimiento en los Registros Públicos.

Por lo pronto, todos los herederos, cualquiera sea su rango, necesitan el reconocimiento judicial de su carácter de tales, para el ejercicio pleno de sus derechos.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS<sup>111</sup>**

### **2.1. LA POSESION HEREDITARIA DEL DERECHO ROMANO**

En Roma, se conoció la institución de la bonorum possessio, que era otorgada por el pretor a quienes, a la muerte del causante, no tenían vocación según el derecho civil por haber dejado de pertenecer a la familia agnaticia, solicitaban aquella posesión en carácter extranei o herederos voluntarios, como se les llamó más adelante. Estos extranei eran cognados del de cuius y la acción del pretor, con la evolución, permitió reconocerles vocación, como lo muestran fielmente las novelas justinianeas.

Acaecía que los herederos civiles, los sui, podían ejercer el ius obstinendi, de modo que los bienes del causante quedaban en situación de res nullius, o

---

<sup>111</sup> ZANONI , Eduardo A. "Derecho Civil - Derecho de las Sucesiones", Tomo I, 3era edición, ampliada y actualizada, editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1982, Pág. 431-434.

herencia yacente y, en consecuencia, cualquier persona podría apropiárselos .pues bien, el pretor, en su fecunda acción superadora del arcaico ius civile, permitió en estos casos a los cognados pedir la bonorum possessio.

Frente a una herencia no aceptada, el pretor, a solicitud de los parientes próximos –cognados- del causante, entregaba a estos la posesión de los bienes de la herencia. Claro está que aquella posesión no otorgaba la calidad de heredero del derecho civil. Pero los poseedores –bonorum possessores- podrían llegar a serlo si, transcurriendo el plazo de la usucapio pro herede, ningún sucesor del derecho civil hubiese pedido la herencia a través del interdicto quórum bonorum. Mediante este procedimiento los llamados extraños (a la familia agnaticia) y, más adelante, herederos voluntarios, llegaban a ocupar la calidad de herederos.

Como se advierte a la luz de esta brevísima reseña, la bonorum possessio del derecho romano no estuvo estrictamente vinculada con el título de heredero, sino con la adquisición misma de la herencia. Es decir, la posesión era otorgada como un medio de adquirir, con el transcurso del tiempo requerido para la usucapio pro herede, la propiedad de los bienes.

## **2.2. LA “SAISINE”**

En el derecho de la edad media se conoció otra institución que también suele vincularse con la posesión hereditaria: la Saisine, cuyo nombre significa precisamente eso: posesión, apoderamiento.

Por supuesto que esta Saisine aparece en un contexto radicalmente distinto política y jurídicamente. Porque para extenderla es menester recordar la organización económica y social imperante, basada fundamentalmente en la concentración de tierras en manos de la nobleza.

## **2.3. VALOR DE LA “SAISINE HEREDITAIRE”**

La Saisine era la investidura requerida para la transmisión de la propiedad de los bienes que originariamente requería la concesión del rey o del señor feudal. Culmina el proceso al considerarse que los bienes se adquirían, no por concesión real, sino directamente del causante. De ahí que “le mort saisit le vif...”.

Sin embargo, y mediante el retorno a la idea de la continuación de la persona del causante por los herederos, se introduce simultáneamente otro principio. Es el que afirma que los herederos están automáticamente investidos de la posesión de los bienes del difunto. Algo totalmente distinto de lo que había ocurrido en el derecho romano respecto de la bonorum possessio que había que pedir todo heredero para ejercer sus derechos y defender la herencia de una eventual usucapio pro herede por parte de terceros.

## **2.4. DERECHO MODERNO**

A partir de entonces se perfilan nuevas ideas en torno al problema. Considerando que los herederos son continuadores de la persona del causante, y, por ende, titulares de la herencia desde el momento mismo de la muerte mediante la aceptación, se plantea la cuestión de si ellos pueden o no, de pleno derecho, hacer valer la posesión de que gozaba el causante. Es una idea simplificada. Se habla de hacer valer la posesión del causante, pero no se trata solo de la posesión de las cosas que poseía, el causante y tal como él las poseía, sino, ampliamente, del ejercicio de los derechos activos y pasivos que integran la herencia tal como hubiera podido o debido ejercerles el causante. Es por ello que se ha dado en llamar posesión civilísima.

De este modo, retomando las instituciones de la bonorum possessio ya fase final de la saisine hereditaire, se configuran dos grandes sistemas. Uno, según el cual los herederos necesitan ser “puestos en posesión” de los bienes; otro, según el cual, desde el momento mismo de la muerte del causante, los herederos “están ya en posesión” de los bienes. Sin embargo esto de “ser

puestos en posesión” no se interpreta como la entrada o tradición de los bienes singularmente considerados, porque los herederos son ya propietarios. La propiedad se atribuye directamente del causante. Pero se considera que, del mismo modo que el propietario necesita de la posesión para ejercer los derechos reales sobre la cosa, los herederos no pueden ejercer los derechos referentes a los bienes de la herencia si no les otorga la posesión de ellos.

A esta altura advertimos, como la habíamos anticipado, que el instituto de la posesión es una referencia apenas semántica. La posesión de la herencia es una atribución que atañe a la posibilidad del ejercicio de los derechos hereditarios. Para un sistema, los herederos necesitan previamente ser investigados, reconocidos, declarados como tales. Para otro sistema, los herederos no quieren ninguna investidura, sino que tienen la posesión de la herencia desde el momento de la muerte del causante.

### **3. Oponibilidad de pleno derecho o previo reconocimiento de la calidad de heredero**

- a) Una posibilidad es que cuando la vocación o llamamiento a la herencia es atribuida directamente por la ley en razón de un vínculo de parentesco con el causante (el caso de los hijos, por ejemplo), se considere que la prueba de ese vínculo -mediante el título de estado correspondiente- es suficiente para que el llamado sea considerado, sin otro trámite, heredero.
- b) Otra posibilidad es que la ley exija al llamado el reconocimiento previo de su vocación ante un juez o un notario público competente para que estos declaren que el llamado es, efectivamente, heredero. En este caso el juez o el notario público competente examinarán el vínculo de parentesco de quien se considera llamado a la herencia con el

causante o, si se trata de instituidos en el testamento de éste, analizarán este testamento; además, se cerciorarán, mediante un adecuado sistema de publicidad, que no hay otros llamados preferentemente (o sea titulares de una vocación hereditaria actual). Finalmente declararan quienes son los herederos, y solo a partir de ese momento, ellos podrán ejercer como tales los derechos hereditarios.

En el primer caso, el título de heredero deriva del título del estado que acredita el vínculo de parentesco del causante, es decir el hecho de ser descendiente, ascendiente o cónyuge del causante. En el segundo, el título está constituido por el instrumento que contiene la declaración efectuada por el juez u notario público en el sentido de que determinadas personas son herederos del causante.

El peso de la tradición jurídica ha provocado que se considere que el título de heredero atribuye la posesión de la herencia, aunque esto no sea lo correcto. Así como, respecto de las cosas singularmente consideradas, el ejercicio de los derechos reales sobre ellas exige su posesión, se ha pretendido utilizar la figura de la posesión de la herencia, para significar que ella es necesaria para el ejercicio de los derechos que resultan de la calidad de heredero. Pero bien se ve, que el término posesión así utilizado es poco menos que metafórico, pues no alude al corpus, sino a un título formalmente idóneo para oponer la adquisición hereditaria, aún sin existir por parte del heredero la posesión física, corporal, de las cosas que la herencia comprende(y que, de todas maneras, no agotan su posible contenido).

#### **4. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN HEREDITARIA**

Que la posesión hereditaria otorga al heredero un título oponible respecto de la adquisición de la herencia, es algo que no puede dudarse, puesto que implica, simultáneamente que el heredero puede ejercer: a) las acciones posesorias del difunto, aún antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios, sin estar obligado a dar otras pruebas que las que se podrían exigir al difunto; y b) que el heredero puede ejercer todas las acciones que dependen de la sucesión, demandar a los deudores y detentadores de los bienes hereditarios, pudiendo ser demandado por los acreedores hereditarios y otros interesados en la sucesión.

Pues bien, la adquisición de la posesión hereditaria supone que el heredero es reputado tal frente a terceros, a quienes, en ese carácter, puede oponer su adquisición, y por quienes puede, también, ser requerido o demandado

Hacemos notar que este reconocimiento de la transmisión hereditaria no debe de confundirse con la propiedad de la herencia. Esta puede ser discutida en el juicio sucesorio contra quien posea la herencia porque esa posesión ha sido dada a quien en virtud del título que ostenta, se presume por la ley llamado a recibir las titularidades transmisibles del causante como propietario.

Al respecto Borda señala, el heredero que no tiene la posesión hereditaria, no por ello deja de ser dueño; pero si quiere disponer de los bienes, debe gozar de la posesión hereditaria, es decir de ese título que es la investidura o reconocimiento de su derecho.

Aunque no implique propiedad, la posesión hereditaria instrumentaliza jurídicamente el ejercicio de los derechos hereditarios que, para su tutela la ley otorga a los herederos. Es decir la posesión hereditaria, se encuentra estrechamente vinculada con declaratoria de herederos o la aprobación del testamento.

## **CAPITULO VI**

### **DECLARATORIA DE HEREDEROS**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Ya se dio a entender anteriormente, que la posesión hereditaria se encuentra estrechamente vinculada con el reconocimiento de la cualidad hereditaria por parte del juez o notario; sin dicho reconocimiento los herederos y por ende titulares de las relaciones jurídicas derivadas de la herencia, no podrán ejercer ninguna de las acciones que dependan de la sucesión, ni demandar a los deudores o detentadores de los bienes hereditarios; tampoco pueden ser demandados por los acreedores y otros interesados en la sucesión.

Este reconocimiento se da en el caso de la sucesión de la intestada, mediante el procedimiento de declaratoria de herederos; y en el caso de la testamentaria, mediante el reconocimiento judicial o notarial del testamento. A continuación desarrollaremos lo concerniente a la declaratoria de herederos.

#### **2. CONCEPTO**

Zannoni<sup>112</sup>, conceptúa a la declaratoria de herederos, citando a Fassi, que es el pronunciamiento judicial mediante el cual se reconoce el carácter de herederos

---

<sup>112</sup> ZANNONI, Eduardo. Tomo I, Ob cit., Pág. 443.

legítimos. A continuación señala que dicho pronunciamiento por nombre sugiere que se trata de una sentencia declarativa, ya que tiene por objeto declarar la existencia de los presupuestos que son el fundamento del derecho a heredar por parte de quienes se incluyen en ella, y en esa declaración agota su contenido. Por su parte Borda<sup>113</sup>, señala que es el reconocimiento judicial de la condición de heredero.

En general el proceso de sucesión intestada o declaratoria de herederos tiene por objeto primero indagar previamente respecto a la existencia de los herederos llamados por la ley a recoger la herencia; lo anterior significa no solo que cualquiera, que se considere con vocación puede iniciar el proceso de sucesión, sino que una vez iniciado dicho proceso, cualquier persona que se crea con los mismos derechos puede intervenir para ser igualmente declarado heredero. En segundo lugar tiene como objeto declarar como herederos solo a los parientes del causante de acuerdo a los órdenes sucesorios que establecen los artículos 816º y 817º del Código Civil.

Según Zannoni<sup>114</sup> la declaratoria de herederos importa la culminación del control de legalidad y de mérito que realiza el juez en el proceso sucesorio.

Se ha reconocido que la acción de declaratoria de herederos ya sea de carácter judicial o notarial, es de carácter imprescriptible.

Como ya señaláramos anteriormente, el proceso de sucesión intestada se traduce en la resolución judicial o acta notarial de declaratoria de herederos. La que se obtiene luego de seguir un proceso en la vía judicial (mediante el proceso de sucesión intestada) o notarial (iniciado ante notario público, de conformidad a la Ley N° 26662, Ley Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos).

En el auto judicial o en el acta solo se señalan quienes son los herederos legales declarados, al ser estos procesos de naturaleza declarativa. Quienes no sean comprendidos en la declaratoria pueden interponer la acción petitoria de herencia.

---

<sup>113</sup> BORDA, Guillermo. Tomo I, Ob. Cit. Pág. 341.

<sup>114</sup> ZANNONI, Eduardo. Ob Cit., Pág. 443.



Téngase presente que esta acción petitoria puede tener varios extremos, uno de los cuales puede ser la declaración de herederos, de acuerdo al artículo 664° del Código Civil. El Juez de Paz Letrado o notario del último domicilio del causante mediante un proceso no contencioso.

### **3. EFFECTO DE LA DECLARATORIA DE HEREDEROS**

Una vez realizados todos los actos dirigidos a identificar a los posibles herederos ya sea por el notario o juez; según sea el caso, dictarán las actas de declaratoria de herederos o el auto respectivo; Dichos documentos como tal constituyen los títulos que inviste a los herederos y le otorga la posesión de la herencia.

La declaratoria de herederos no hace cosa juzgada material, puesto que se tratan de documentos que se limitan a declarar quienes han justificado su derecho a la herencia, y es dictada sin perjuicio de terceros. Sin perjuicio de lo anterior, la declaratoria de herederos constituye, un título oponible *erga omnes*, lo que se sintetiza, que si bien no hace cosa juzgada entre las partes, tiene validez para los terceros<sup>115</sup>.

### **4. VÍA PROCEDIMENTAL**

A nivel judicial la sucesión intestada se tramita como proceso no contencioso, de conformidad con el inciso 10 del artículo 749° del Código Procesal Civil y de acuerdo al régimen regulado en los artículos 830° al 836° del mismo código.

---

<sup>115</sup> ZANNONI, TOMO I, Ob. Cit., Pág. 448.

En estos casos es competente el Juez de Paz Letrado sujetándose a lo señalado en las normas del Código Procesal Civil<sup>116</sup>.

En aplicación de la Ley 26662, los interesados pueden acudir indistintamente al poder judicial o al notario para tramitar según corresponde la sucesión intestada, en el último caso se tramitará ante el notario del último domicilio del causante, aplicándose la misma regla a los jueces en el caso del trámite judicial.

## **5. REQUISITOS**

Aparte de los requisitos generales de toda demanda recogidos en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, la solicitud de sucesión intestada debe contener los siguientes requisitos:

1. Copia Certificada de la Partida de Defunción del causante o de la Declaración Judicial de Muerte Presunta.
2. Copia certificada de la Partida de Nacimiento del presunto heredero, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial, con lo que se acredita la relación parental entre el causante y el heredero y el grado de tal relación.
3. Relación de bienes conocidos, con ello se busca delimitar el objeto de la transmisión.
4. Certificado Registral de que no hay inscrito testamento en el último domicilio del causante y en donde tuvo bienes inscritos, con lo que se acredita la pertinencia del inicio de sucesión intestada.
5. Certificación Registral de los mismos lugares anteriormente mencionados de que no hay anotación de otro proceso de sucesión intestada, para evidenciar la pertinencia del proceso de sucesión intestada.

---

<sup>116</sup> Todo ello de acuerdo a lo regulado en el artículo 2° de la Ley 26662, del 20 de Setiembre del 1999.

A su vez la Ley 26662 en su artículo 39°, señala:

1. Nombre del Causante;
2. Copia Certificada de la Partida de Defunción o de la declaratoria judicial de muerte presunta.
3. Copia Certificada de la Partida de Nacimiento del presunto heredero o herederos, o documento público que contenga reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijos extramatrimoniales o adoptados.
4. Partida de matrimonio si fuera el caso.
5. Relación de bienes.
6. Certificaciones registrales al igual que en el trámite judicial.

## **6. TRÁMITE**

A nivel judicial de admitirse la solicitud de sucesión intestada dispondrá el juez lo siguiente:

1. La Publicación de un aviso en el diario de los anuncios judiciales como en otro de amplia circulación. Si no hubiere diario en el lugar se utilizará la forma de la notificación edictal que el juez disponga. Este aviso contendrá la identificación del juzgado y del secretario del mismo, los nombres de los solicitantes, del causante, la fecha y lugar de fallecimiento de éste. En la audiencia de pruebas correspondiente debe acreditarse la realización de dicha publicación. Esta fase tiene como finalidad dar conocer a los interesados del inicio de sucesión intestada. Si bien la norma no precisa la frecuencia de las publicaciones, nos remitiremos a los alcances del artículo 168º del Código Procesal Civil, que señala que las publicaciones se realizarán por tres días hábiles, salvo que este código establezca numero distinto, como es el caso de la inscripción y rectificación de partidas, que se

practica por una sola vez, como lo refiere el artículo 828º del Código Procesal Civil.

2. Asimismo el Juez ordenará la anotación de la solicitud en los Registros Públicos y constituye una forma de publicitar el inicio del procedimiento de sucesión intestada. El juez, con tal objeto, cursa los partes a los Registros Públicos.
3. Dentro de los treinta días siguientes contados desde la publicación del aviso mencionado en líneas anteriores, quien se considere heredero puede apersonarse acreditando su calidad con la copia certificada de la partida correspondiente, o instrumento público. De producirse tal apersonamiento, el juez citará a audiencia. Si no hubiera apersonamiento, el juez resolverá, sin necesidad de citar a audiencia resolverá atendiendo a lo probado, y expedirá el auto de declaratoria de herederos.

Consentida o ejecutoriada la resolución se procederá cursar los partes correspondientes a Registros Públicos a efecto de realizar la inscripción definitiva de la sucesión.

La Ley 26662, señala que la solicitud de sucesión intestada será presentada por cualquiera de sus interesados a que alude el artículo 815º del Código Civil; ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

El notario dispondrá se extienda anotación preventiva de la solicitud. Asimismo mandará publicar un aviso conteniendo un extracto de la solicitud por una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación del lugar donde se realiza el trámite, y, a falta de diario en dicho lugar, en el de la localidad más próxima, en el aviso debe indicarse el nombre y la dirección del notario ante quien se hace el trámite. Asimismo notificará a los presuntos herederos. En caso de herencia vacante, notificará también a la sociedad de Beneficencia Pública o, a falta de ésta a la Junta de

Participación Social en ambos casos, del último domicilio del causante en el país, o de la sociedad de Beneficencia de Lima si estuvo domiciliado en el extranjero.

Dentro del plazo de quince días útiles desde la publicación del último aviso, el que se considere heredero puede apersonarse acreditando su calidad de heredero con cualquiera de los documentos señalados en el artículo 834° del Código Procesal Civil. De ser así el notario pondrá en conocimiento de los solicitantes y una vez transcurrido diez días útiles no mediara oposición, el notario lo incluirá en su declaración y en el tenor del acta correspondiente.

Asimismo transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso, el notario extenderá su acta declarando herederos del causante a quienes hubiesen acreditado su derecho. Cumplido el trámite, el notario remitirá partes al Registro de Sucesión Intestada.

## **7. QUIENES PUEDEN SOLICITAR LA DECLARATORIA DE HEREDEROS**

El artículo 830° del Código Procesal Civil, señala que cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público. Según se desprende del referido artículo, la legitimidad activa para iniciar el proceso de sucesión intestada, lo tendrán todos los herederos con vocación sucesoria actual o eventual, teniendo en cuenta como es obvio, las reglas de exclusión sucesoria. Asimismo, dado que la norma, no la restringe, existe la posibilidad que el acreedor del heredero pueda solicitarlo vía acción subrogatoria, para cautelar la liquidez de su deudor. También, lo solicitará el Estado por intermedio del Ministerio Público, cuando se trate de la defensa de los derechos de los incapaces.

## **8. SUJETOS PASIVOS**

El artículo 832° del Código Procesal Civil, califica que tienen legitimación pasiva a los van a ser notificados con el auto admisorio de sucesión intestada. Esta notificación debe ser entendida técnicamente como un simple emplazamiento, *un poner en conocimiento*, pues no se trata de un proceso contencioso, sino de una citación a los herederos.

La norma señala que los presuntos herederos domiciliados en el lugar, al cónyuge supérstite y a la beneficencia se les notifican solo la resolución admisorio. Los herederos no están obligados a comparecer al proceso, pero si lo hacen, se les notificará todas las resoluciones que recaigan en el proceso.

La notificación a la Beneficencia Pública es importante porque a falta de sucesores legales, el juez o notario que conoce del trámite de la sucesión intestada adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria.

## **9. NOTIFICACIÓN A LOS PRESUNTOS HEREDEROS**

Se ha discutido acerca, de ¿si la persona que inicia el trámite de sucesión intestada se encuentra obligada o no, a poner en conocimiento del juez o notario de la existencia o no de otros presuntos herederos?

Al respecto debemos señalar, que si el solicitante conoce el nombre y domicilio de algunos de los herederos, está en la obligación poner en conocimiento al juez o notario, a efecto de que se les notifique y se les ponga en conocimiento respecto del inicio del proceso de sucesión intestada; dándoles la oportunidad de apersonarse al proceso y tengan la posibilidad que les reconozcan con la calidad de herederos y tomar posesión de la herencia.

La obligación de comunicar de la existencia de más herederos, se hace relevante si el solicitante es un heredero de grado preferente o concurrente a otros; ya que de su buena o mala fe, dependerán los efectos de un posible proceso de sucesión petición de herencia, iniciado por un heredero que alegue la preterición de sus derechos. Es justamente la inobservancia de la obligación de poner en conocimiento de la existencia de otros herederos, los que son las causas que dan origen a los procesos judiciales de petición de herencia.

## **10. FUNCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN POR EDICTOS**

A simple vista daría la impresión, que la inobservancia de la obligación de comunicar al juez o notario de la existencia de otros herederos, se vería salvada, mediante la notificación por edictos; ya que teóricamente la misma tiene como función la de informar a quien se considere heredero de la solicitud del inicio del proceso de sucesión intestada. Señalamos teóricamente, ya que en la práctica, dicha función informativa o de publicidad carece de relevancia.

Al respecto Borda<sup>117</sup>, señala que la publicación por edictos es un resabio de las viejas prácticas, cuyo valor como medio para notificar a los interesados es, de verdad nula.

Consideramos, que en la actualidad, la función de la publicación por edictos, se circunscribe a ser un requisito formal o paso previo para la posterior declaratoria de herederos que realizarán el Juez o Notario.

Para atenuar las deficiencias de la notificación por edictos, de la que nadie se entera, se ha resuelto que, si de las constancias de autos aparece la existencia de un pariente y presunto heredero conocido, hay que citarlo personalmente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 832° del Código Procesal Civil.; recayendo la obligación de informar al solicitante de la sucesión intestada.

---

<sup>117</sup> BORDA, Guillermo. Tomo I, Ob. Cit., Pág. 342.

## **CAPITULO VII**

### **OMISION DE LOS HEREDEROS DEL PROCESO DE TRANSMISION SUCESORIA**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

La transmisión patrimonial derivada de la muerte, no siempre se produce sin altibajos. Por el contrario, suelen presentarse muchas situaciones en que dicha transmisión opera en forma indebida; pues puede darse el caso que las personas que deben recibir la herencia a título de herederos, no lo hacen debido a que no han sido mencionados en el testamento o no han sido incluidos en el proceso de declaratoria de herederos en el caso de la sucesión intestada; toda esta situación genera, que los bienes que conforman la herencia no pasen de manera total o parcial a manos de sus verdaderos titulares en el modo y cantidad que le corresponde.

Ya, sea que la omisión se haya realizado bajo el régimen de la sucesión testada o intestada, nuestro ordenamiento legal prevé herramientas legales para cada uno de los casos.

Por ejemplo tratando de la sucesión testada la omisión puede darse de diversas maneras o circunstancias; por ejemplo, puede darse el caso de que el testador haya



nombrado herederos voluntarios y haya omitido de manera involuntaria a los legitimarios, o cuando al tiempo de otorgarse el testamento desconocía respecto a la concepción del heredero; para estos casos, es aplicable la figura de la caducidad<sup>118</sup> de testamento que tiene como efecto invalidar la institución de heredero, dicha institución está regulada en el artículo 806° del Código Civil<sup>119</sup>.

Por otro lado puede darse el caso, que un heredero de buena o mala se haya hecho declarar heredero, afectando los derechos de herederos de grado preferente o concurrente, para estos casos, es aplicable la figura de la petición de herencia.

Tal como se anotó anteriormente en la práctica se presentan diversas clases de conflictos derivados de la transmisión sucesoria, generalmente generadas por la omisión de los herederos del proceso de transmisión sucesoria, entendida esta desde la apertura de la sucesión hasta la toma de posesión de la herencia.

## 2. CONCEPTO

Como ya se señaló anteriormente el proceso de transmisión sucesoria tiene etapas debidamente marcados y que algunas veces coinciden en el tiempo, las que a saber son: la apertura de la sucesión, el llamamiento sucesorio, la delación, la adquisición y la toma de posesión de la herencia; etapas en donde la intervención del heredero se va haciendo cada vez más importante cada vez que el proceso sucesorio avanza. Por ejemplo en la etapa de la **apertura de la sucesión** la intervención de los sucesores se hace casi irrelevante, ya que la apertura de la

---

<sup>118</sup> La caducidad de los testamentos, consiste en la pérdida o falta de eficacia de aquellos por causas extrañas a la voluntad de los testadores. VALVERDE y VALVERDE, Calixto. "Tratado de Derecho Civil español", Tomo V, tercera edición, Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, España, 1926, Pág. 157

<sup>119</sup> Artículo 806° del Código Civil: "La preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afecta la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada esta, la porción disponible pertenece a quienes hubieran sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios".

sucesión depende generalmente de un hecho natural o de que se realice la declaratoria judicial de muerte presunta; generalmente dichos hechos no dependen de la voluntad de los sucesores. En el caso del **llamamiento sucesorio**, la importancia de la participación del heredero se circunscribe, a que éste exista y le una cierto grado de parentesco consanguíneo o adoptivo, o relación marital con el causante. En el caso de la delación la intervención del heredero se hace más importante, ya que en este caso tiene la posibilidad de actuar ya sea manera positiva o negativa, es decir para aceptar o rechazar la herencia. En la **adquisición de la herencia** su intervención se hace importancia en tanto y en cuanto al quedar investido de la cualidad de heredero necesitará ejercitar las facultades derivadas del derecho de herencia, su inactividad puede dar origen a la preterición de sus derechos.

En la **toma de posesión de la herencia** su intervención es de vital importancia, en primer lugar para solicitar se le invista de la calidad de heredero por el funcionario competente, para ejercitar los derechos derivados de la herencia, defender los derechos hereditarios o para oponer dichos derechos a terceros.

Así mismo debemos señalar, que el proceso transmisión sucesoria no siempre se produce con normalidad es decir durante dicho proceso existirán altibajos generados la mayor de las veces por la conducta propia de los sucesores, del causante o de terceros ajenos a la sucesión. Es así que en la práctica encontraremos personas que habiendo tenido vocación hereditaria, no adquieren la herencia, por haber renunciado a ella, haberse declarado la indignidad o desheredación. Encontraremos a terceras personas en posesión ya sea de hecho o de derecho de los bienes que integran la herencia, sin tener título hereditario; en otros casos observaremos que algunos sujetos, que teniendo la cualidad hereditaria no pueden ejercitar los derechos derivados de la herencia, es decir no asumen la posesión plena de los derechos hereditarios, ya que éstos vienen siendo detentados por terceros con igual o menor derechos que éste. Todos los hechos descritos

anteriormente, es lo que en el presente trabajo denominaremos como la “OMISIÓN DE LOS HEREDEROS DEL PROCESO SUCESORIO”.

Intentamos conceptualizar a la “omisión del proceso sucesorio” u “omisión hereditaria” como aquella situación en donde de manera intencional o no, son dejados de lado del proceso de transmisión sucesoria específicamente de la etapa de la toma de posesión de la herencia –reconocimiento de la calidad hereditaria-, teniendo como consecuencia imposibilidad del ejercicio pleno de sus derechos hereditarios. La omisión, generalmente se materializa o se vuelve evidente en la etapa de toma de posesión de la herencia, que como ya se indicó anteriormente comienza con el reconocimiento de la cualidad hereditaria por parte del funcionario competente.

En el caso de la sucesión testada la omisión puede generarse antes de la apertura de la sucesión y verificarse después de la muerte del causante; pues, a partir de ese hecho comienzan a surtir los efectos del testamento. En el caso de la sucesión intestada, la omisión en la mayoría de las veces, se genera y se verifica al realizarse la declaratoria de herederos.

### **3. CLASIFICACION DE LAS OMISIONES DE LOS HEREDEROS DEL PROCESO SUCESORIO**

Teniendo en cuenta la causa que da origen al título sucesorio la omisión sucesoria, puede ser generada dentro del régimen de la sucesión testamentaria y la sucesión intestada.

#### **3.1. OMISION EN LA SUCESION TESTAMENTARIA**

En el primer caso la omisión es generada siempre por el causante, quien de manera intencional o no, deja de lado a los herederos legitimarios del proceso sucesorio ejemplo de ello se da cuando el causante designa herederos

voluntarios, instituye legados con preterición de los derechos de los herederos legitimarios o simplemente no designa a todos los herederos en el testamento, aquí en este punto cobra vital importancia la figura de la preterición hereditaria. Esta omisión dependiendo de su modo o forma, es que generará determinados efectos jurídicos. A continuación pasaremos a desarrollar dicha figura:

- **Preterición Hereditaria:** Desde un punto de vista semántico “Preterir” significa “Prescindir”, “omitir”. Aplicado al derecho sucesorio, implica, en principio, la omisión de determinados sucesores del proceso hereditario. Asimismo desde esa óptica, según el diccionario de Cervantes de la Lengua Española<sup>120</sup>, el vocablo omisión significa lo opuesto a la acción, pues para Santo Tomas de Aquino<sup>121</sup>, por solo citar un ejemplo, “tanto uno se puede pecar por sus acciones como por omitir actos prescritos”. En este caso la omisión sería un pecado para ese autor, porque si reflexionamos sobre algunos de los diez mandamientos bíblicos, que son en esencia actos de omisión, como no matarás, no robarás.

Sin embargo, jurídicamente también la inacción, el olvido, la omisión, aun cuando supone una abstención, un no hacer o no decir, tiene una interpretación, y de ella se derivan determinadas consecuencias en dependencia de la rama del derecho que se encargue de regular la relación jurídica en la que se haya realizado el acto de omitir algo o alguien. Siendo, así en el derecho penal, constituyen delitos no solo las acciones, sino también las omisiones, siempre que sean socialmente peligrosas y se prohíban por ley, derivándose, como consecuencia, la imposición de una sanción penal.

Ahora bien, en el derecho de sucesiones centro de nuestro debate, de igual manera, puede omitir el testador, en su testamento, a alguien o algo. Cuando ese alguien resulta ser un heredero a quien la ley protege, reservándole una

---

<sup>120</sup> Diccionario de Cervantes de la Lengua Española, Editorial Científico – Técnica, 1980, Pág. 310.

<sup>121</sup> Enciclopedia Ilustrada Universal, N° 39, Bilbao Madrid, Barcelona, España, 1922, Pág. 380.

porción intangible de la herencia, se dice entonces que ha incurrido en preterición, institución que en esta materia podemos definir como el olvido, la exclusión, en el testamento, por el testador de un heredero tutelado por la ley, y decimos esencialmente, porque en esa misma conceptualización han coincidido la mayoría de los civilistas clásicos y contemporáneos, Ignacio de Cassio, Juan Valet de Goytisolo, Luis Diez Picasso, en otros. Pensamos en esencia que dicha institución debe ser vista más allá de esa esencia, ya que, actualmente existen tendencias doctrinales, entre cuyos seguidores destaca José Luis La Cruz Berdejo, que nos acercan a otras reflexiones no previstas en la preterición, es sin duda, una omisión en el sentido de la no mención en el testamento del heredero al cual la ley, de cierta forma, protege, pero en ocasiones contradictoriamente el heredero puede figurar entre los instituidos, o sea el testador puede haberlo señalado o nombrado en el acto de última voluntad, pero pese a haberlo mencionado, no hace una atribución patrimonial directa a su favor, es decir no refiere que parte de su herencia dejará, una vez que fallezca ese causahabiente, caso en el que obviamente, el testador no habrá a alguien, sino algo (hacer una referencia patrimonial) pudiéndose aducir también preterición. Curiosamente la institución de la preterición no se circunscribe solamente al momento de la redacción del testamento, porque ya se avizora por un sector mayoritario de la doctrina, en el cual figuran exponentes como el tratadista Calixto Valverde Valverde, Manuel Albaleadejo y otros, que la preterición puede tener lugar también en otros momentos del fenómeno sucesorio, como el de la partición hereditaria, cuando al momento del acto particional se omite al heredero. Por lo que no basta con el simple silencio del testador, respecto al heredero en el acto jurídico testamentario para que exista preterición y no siempre se ve, de manera exacta, el olvido en el testamento para que se aprecie.

De lo anterior se deriva, que solo puede hablarse de preterición ante la omisión, no de cualquier heredero, sino de aquellos a quienes el ordenamiento jurídico ofrece tutela especial, reservándole una porción de la

herencia, sobre la cual no puede disponer libremente el testador que se ha denominado, indistintamente por ese motivo reserva, parte indisponible, legítima, lo que ha generado, a su vez, que los herederos con derecho a esta porción, se denominen herederos legitimarios, porque a ellos se reserva la legítima, o forzosos por la obligación ineludible del testador de incluirlos en el testamento, aun cuando no sea éste su deseo, la mayor parte de la doctrina y las legislaciones estima como tales a los hijos, descendientes, ascendientes y el cónyuge viudo.

Con la preterición se priva, por tanto, a estos sujetos de sus derechos hereditarios, por lo que, como consecuencia de ellos pueden iniciar la acción de nulidad de la institución de herederos hecho con preterición, originándose con ello la apertura de la sucesión ab intestato.

Cuando lo que se ha dejado al causahabiente no satisface completamente la porción, solo podrá pedirse el complemento de la misma, ejercitando la acción de complemento.

La preterición no es obra de los civilistas de estos tiempos, porque ya en Roma, los romanos habían hablado de la Praeteritio, como le denominaron, para referirse al olvido u omisión en las Tabulas<sup>122</sup> de determinados herederos. En un principio, las normas del derecho civil, Ius Civile (para los romanos) imponían al Pater Familia<sup>123</sup> el deber de no omitir en su testamento a los herederos suyos, que no eran otros que los hijos que se encontraban bajo su guarda o potestad; a estos les otorgó la acción de nulidad del testamento donde figuraban preteridos, pero más avanzada la historia, este deber jurídico se sustituyó por razones de justicia y de equidad que entonces obligaban al testador a incluir en su testamento también a los hijos que ya no

---

<sup>122</sup> Así denominaban los romanos el testamento.

<sup>123</sup> Era la figura más importante en la familia romana a quien la ley otorgo poderes ilimitados que ejercía sobre las personas que se encontraban bajo su abrigo, era el Cabeza de Familia como también se identifica.

estaban bajo su protección y a sus padres, a los cuales dio posesión de determinados bienes, aún en contra de las prescripciones testamentarias e incluso hubo un momento en el que ya estos últimos podían iniciar una especie de demanda que motivaba que se hiciera nulo ese testamento y que se procediera al reparto de los bienes como si el testador hubiese muerto sin hacer testamento, lo que también procedía cuando al heredero se le dejaba una porción insuficiente.

Posteriormente se incluyó entre los herederos forzosos al cónyuge viudo a quien se le asignaba una cuota que no adquiría en plena propiedad, procediendo, en caso de preterición, a declarar la nulidad del testamento.

En nuestra legislación los supuestos de omisión testamentaria cometida por el testador, tienen efecto la caducidad testamento, en cuanto a la institución de heredero, los supuestos están regulados indirecta en los artículos 805 ° y siguientes del Código Civil:

El primero de ellos, se da cuando el testador omite herederos forzosos, que no tenía cuando otorgó testamento o que estén concebidos momentos de la muerte testador siempre y cuando nazca vivo<sup>124</sup>. En este caso se hace referencia a los herederos forzosos, descendientes o ascendientes por nacimiento o adopción, y el cónyuge por matrimonio.

Tenemos el caso de la omisión, cuando el heredero instituido renuncia a la herencia, o pierde la misma por indignidad o desheredación, sin dejar representación sucesoria. En este caso los representantes del heredero, tienen derecho a la herencia, respecto a la parte que le correspondía al heredero que perdió o renunció a la herencia.

---

<sup>124</sup> Supuesto regulado en el inc. 1 del artículo 805° del código civil: “Si el testador deja heredero forzosos que no tenía cuando otorgo el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos”

Tenemos el caso de omisión, cuando el testador instituye herederos voluntarios, deja fuera a herederos forzosos, habiendo instituido a estos últimos resulta afectada la legítima.

### **3.2. OMISION EN LA SUCESION INTESTADA**

En el segundo caso la omisión puede ser generada por los herederos que intervienen en el proceso de declaratoria de herederos o por la providencia de que pese a existir herederos legítimos ninguno de ellos acude al llamamiento sucesorio generando a consecuencia de ello que los bienes derivados de la herencia sean adjudicados al estado representados por la Beneficencias Públicas o a la Junta de Participación Social del último domicilio del causante o a la Sociedad de Beneficencia de Lima si estuvo domiciliado en el extranjero, según lo regulado en el artículo 830° del Código Civil.

Como, ya se indicó anteriormente, en la sucesión intestada, la omisión se genera y se verifica al realizarse la declaratoria de herederos. La omisión se da con referencia a la etapa de la posesión de la herencia, ya que en las demás etapas el heredero es tenido en cuenta quiera o no; por ejemplo al darse la apertura de la sucesión, el llamamiento hereditario se hace a la generalidad de los sucesores sean actuales o eventuales; en la delación la posibilidad de su ejercicio, es decir de aceptar o repudiar la herencia, también lo es a la generalidad de los herederos; en la adquisición de la herencia, la transmisión de los derechos también se hace con respecto todos de los herederos legítimos, quieran o no.

La omisión en la sucesión intestada, es sólo con referencia a los herederos a diferencia del proceso sucesorio derivado de la sucesión testamentaria, donde existe la posibilidad que se omita los derechos sucesorios de los legatarios.

#### **3.2.1. Momento en que se verifica la omisión**



En el caso de la sucesión intestada, la omisión se verifica al realizarse el proceso de declaratoria de herederos o sucesión intestada, y se materializa cuando los herederos ya sea de manera intencional o no, son excluidos de la posibilidad de reconocerles la calidad de herederos, tanto en el auto judicial como en el acta notarial de declaratoria de herederos.

La omisión puede ser generadas por las personas que solicitan el inicio del proceso de sucesión intestada, quienes pese a conocer de la existencia de otros herederos no ponen en conocimiento del juez o notario de dicho hecho, privando de esta manera a los demás herederos de que se les incluya en la declaratoria de herederos.

### **3.2.2. Supuestos de omisión**

Respecto a la omisión de los herederos dentro del régimen de sucesión intestada, se pueden verificar los siguientes supuestos:

- **La omisión de los herederos de primer orden:** En donde la omisión recae o perjudica a los hijos causante, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, sean hijos consanguíneos o adoptivos. Asimismo, cabe la posibilidad, que en la sucesión intestada no se tenga en cuenta a los nietos del causante, dado que uno de los coherederos ha premuerto al causante, en cuyo caso, los hijos de aquel heredan mediante la figura de la representación sucesoria y lo hacen por estirpe.

La omisión de los herederos de primer orden puede ser generada, por uno de los hijos del causante, que por error o intencionalmente no ha cumplido con señalar en la solicitud de sucesión intestada o declaratoria de herederos a los demás hijos del causante. Por el cónyuge supérstite, que se hace declarar como único y universal heredero, con perjuicio de los derechos de los hijos del causante. Puede darse asimismo el caso de que un heredero de grado más remoto, como por ejemplo el abuelo

o el primo del heredero se hagan declarar herederos, con preterición de los derechos del heredero de grado preferente.

- **La omisión de los herederos de segundo orden:** En estos casos la omisión recae o perjudica a los ascendientes del causante, que generalmente son los padres, quienes heredan a falta de hijos del fallecido. Esta omisión puede ser generada por el cónyuge supérstite o por parientes de grado más remoto que el cónyuge sobreviviente.
- **La omisión del cónyuge supérstite:** La omisión recae o perjudica al cónyuge sobreviviente, quien según sea el caso tiene derecho a heredar solo, o en concurrencia con los herederos de primer y segundo orden. La omisión de estos herederos puede ser generada tanto por los herederos de primer, segundo orden o de grados más remotos.

Una vez materializada la omisión, el heredero que asume posesión de los bienes de los herederos en virtud a dicha investidura defectuosa, pasa tener la condición jurídica de heredero aparente.

### **3.2.3. Heredero Aparente**

Según Zannoni<sup>125</sup> heredero aparente es el pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de la herencia por ausencia o inacción de los parientes más próximos, o un pariente del mismo grado que rehúsa reconocerle la calidad de heredero pretendiendo ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él.

Por su parte Borda<sup>126</sup> señala que se llama heredero aparente a quien entra en posesión de la herencia y por haber obtenido declaratoria de herederos

---

<sup>125</sup> ZANNONI, Eduardo. "Derecho de las Secesiones", Tomo I, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1982, Pag.480.

<sup>126</sup> BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Sucesiones, sexta edición actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, Pág. 366.

a su favor o la aprobación de un testamento actúa como heredero real. Luego los hechos demostrarían, que no lo es, que no tenía título para suceder al causante y que probablemente será vencido en el juicio de petición de herencia o quizá, sin necesidad de pleito, hará entrega de los bienes cuando otra persona demuestre su mejor derecho a la sucesión.

#### **3.2.4. La buena o mala fe**

Estrechamente vinculado con la idea moral en el derecho, nos encontramos con el principio de la buena fe. Aunque no enunciado de una manera general por la ley, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo que sin duda alguna, lo convierten en un principio general del derecho de la mayor importancia. Como dice DÍEZ PICAZO<sup>127</sup>, el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesta (v.gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.). El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en la circulación de los bienes. Veamos ahora las principales aplicaciones que esta idea tiene en nuestro derecho positivo.

La buena fe se consagra como un principio general del derecho, que puede ser entendido de dos diferentes maneras: subjetiva o psicológica y objetiva o ética. Para la concepción psicológica, la buena fe se traduce en un estado de ánimo consistente en ignorar, con base en cualquier error o ignorancia, la ilicitud de nuestra conducta o de nuestra posición jurídica. La concepción ética exige, además, que en la formación de ese estado de ánimo, se haya desplegado la diligencia socialmente exigible, con lo cual, sólo tiene

---

<sup>127</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. "FUNDAMNETOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL", Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1993, Págs. 49-52.

buena fe quien sufre error o ignorancia excusable<sup>128</sup>. Por otro lado la concepción objetiva de la buena fe se traduce en un deber, corrección o lealtad en todos los actos que realice el sujeto de derecho, este deber objetivo de comportamiento, es también conocido como buena fe contractual<sup>129</sup>.

Como ya se señaló anteriormente, la omisión de los sucesores del proceso sucesorio, puede ser causada de manera intencional o no, por las personas que solicitan la declaratoria de herederos; de lo anterior se deduce que la buena fe aplicable al tema que nos ocupa, es la buena fe subjetiva. De dicha intencionalidad depende la buena o mala fe de la persona que comete la omisión.

De lo que se puede concluir, que la mala fe, aplicada a la omisión en el proceso de sucesión intestada, consiste en el conocimiento que tiene el poseedor de la herencia de que existe un heredero con igual o mejor derecho que él para concurrir a la sucesión y en omitir intencionalmente de poner conocimiento del funcionario competente, para su notificación del proceso sucesorio, a fin de excluirlo de recibir el acervo sucesorio en la porción que le corresponde.

La mala fe conlleva desde cualquier punto de vista a una consecuencia lógica que es el castigo de dicha conducta y que en el sistema de derecho privado es conocido generalmente como responsabilidad.

### **3.2.5. Mala fe en el proceso de Sucesión Intestada**

El principio general, aplicado al tema que nos atañe, es la presunción de la buena fe<sup>130</sup> de la posesión hereditaria; es decir quien alegue mala fe, tendrá

---

<sup>128</sup> RIPERT, Georges. La Regla Moral en las obligaciones Civiles. La Gran Colombia - Bogotá. 1.946. Pág. 18.

<sup>129</sup> GALGANO, Francesco. "El Negocio Jurídico", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992, Pág. 453.

<sup>130</sup> La buena fe, es un principio del en general se encuentra consagrado en nuestro derecho y establece un estándar jurídico o regla flexible inherente a la conducta social media de la buena fe lealtad y la buena fe creencia. Se distinguen en doctrina dos especies distintas de la buena fe: la

la carga de probarlo. Respecto al tema tratado el Código Civil, no define la buena o mala fe del poseedor de la herencia, en el artículo 666°<sup>131</sup> del Código Civil, solo se circunscribe a señalar los efectos de la misma. La responsabilidad del heredero causante de la omisión depende de su buena o mala fe.

Como ya se indicó anteriormente, el concepto de buena fe aplicado al tema que nos atañe, es la subjetiva, la *buena fe-creencia*, que consiste, en la ignorancia o error de hecho o derecho, de la existencia de otros herederos de grado preferente o concurrente a él.

La doctrina divide entre *ignorancia de hecho* (el desconocimiento de una relación, circunstancia o situación material, cuando tiene efectos jurídicos en el supuesto de llegar a saber la verdad quien procedió ignorándola), e *ignorancia de derecho* (la falta total o parcial del conocimiento de las normas jurídicas que rigen a determinado Estado).

El error se define como un concepto equivocado, un juicio falso, y el Código señala que puede ser de hecho (error factico) o de derecho (error iuris); el primero viene a ser el que versa sobre una situación real, el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; mientras que el segundo se refiere al error de la existencia de la norma, es decir, se equipara a la ignorancia de la ley; sin embargo, al igual que la ignorancia, no cualquier error puede ser invocado como configurante de la buena fe, por ejemplo el error por negligencia.

Conforme a lo expresado, podemos diferenciar el error de la ignorancia: el primero constituye una falsa representación de la realidad manifestada en la

---

buena fe-lealtad (también llamada objetiva) y la buena fe-creencia (también llamada subjetiva), esta última es aplicable al tema que nos atañe.

<sup>131</sup> Artículo 666° del Código Civil: El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

realidad<sup>132</sup>, mientras que la segunda consiste en la falta de conocimiento absoluto de un hecho o situación determinada.

De otro lado, creemos que el error de derecho o la ignorancia de las leyes no debería ser una causal eximente, teniendo en cuenta el adagio latino “*iuris non excusat*” (la ignorancia del Derecho no sirve de excusa), es decir un tío, no puede alegar que desconocía, que según la ley peruana, su sobrino tenía mejor derecho para heredar a su padre.

Cabe indicar, en el tema que nos ocupa, que el mero conocimiento de que existe un heredero con igual o mejor derecho no supone mala fe, solución lógica y coherente con el sistema que permite aceptar la herencia al heredero de grado más lejano; pues hay un interés social en que los bienes no permanezcan improductivos; de tal modo que si el heredero con mejor derecho permanece inactivo, es justo autorizar al más lejano a que tome la herencia; y no sería admisible que esta conducta, que la ley favorece, fuera castigada imponiendo al poseedor las responsabilidades y efectos propios de la mala fe<sup>133</sup>.

Lo que la ley quiere es juego limpio. Si el que aspira a la herencia sabe que hay otro pariente más próximo que ignora la apertura de la sucesión, debe hacérselo saber; pero si a pesar de haber sido informado, el que tiene mejor derecho se mantiene inactivo, entonces el otro puede tomar la posesión de la herencia, sin incurrir en la calificación de mala fe.

A los efectos poner en conocimiento del heredero más próximo o de grado concurrente, la apertura de la sucesión, no basta con la publicación de edictos. La notificación debe ser personal, pues de lo contrario no queda excluida la mala fe. Algunos autores señalan que no es necesaria una notificación judicial; basta que el interesado pruebe de manera fehaciente que ha puesto en conocimiento del heredero la apertura de la sucesión.

---

<sup>132</sup> GALGANO, Francesco. “El Negocio Jurídico”, Ob Cit., Pág. 294.

<sup>133</sup> BORDA, Guillermo. Tomo I, Ob. Cit., Pág. 360.

En nuestro caso mala fe, se manifiesta de la siguiente forma: Tratándose de herederos de grado más remoto al omitido, estos solicitan la declaratoria de herederos a su favor pese a conocer de la existencia de herederos con grado preferente; pues de ser así su conducta debería ser de abstención; así por ejemplo no sería admisible que un primo hermano del causante adujera que creía, por ignorancia de la ley, tener mejores derechos a la herencia que un sobrino; que un hermano alegara tener mejores derechos a la herencia que un hijo. Tratándose de herederos de grado concurrente la mala fe se manifiesta en el hecho, de solicitar la declaratoria y no informar al juez o notario de la existencia de otros, a efecto de que éstos sean notificados y tengan la posibilidad lograr su reconocimiento como tal; por ejemplo es imposible que un hermano alegara buena fe respecto a la omisión de su hermano, cuando pese a vivir en la misma casa, no ha comunicado al juez de su existencia.

### **3.2.6. Efecto de la mala fe**

En general, el principal efecto de la mala fe, es que los efectos de hecho cometido, no serán los queridos. El Código Civil, aplica al poseedor de la herencia de mala fe, los mismos efectos, que al poseedor de mala fe en general. En ese sentido el artículo 666° del Código Civil, repite las reglas reguladas en el del libro V, título I, sección tercera, del acotado.

En, ese sentido el poseedor de mala fe de la herencia, está obligado a:

- Restituir la totalidad o parte de los bienes de la herencia, según sea el caso de herederos con derecho excluyente o concurrente; y, si los bienes hayan sido transferidos, el precio de transferencia y si se le adeudará el precio, el derecho a cobrarlo.
- A restituir los frutos percibidos o el valor estimado de los mismos al tiempo que los percibió, e incluso por los que, por su culpa ha dejado de percibir el heredero con derecho preferente o concurrente.

- No tiene derecho, a que se le reembolsen las mejoras hechas a los bienes de la herencia, solo las necesarias.
- Está obligado a responder de la pérdida o detrimento de bienes de la herencia aun por caso fortuito o fuerza mayor.
- A indemnizar al heredero por cualquier perjuicio causado.

### **3.2.7. Responsabilidad Subjetiva (Dolo)**

La responsabilidad subjetiva es aquella en la que se requiere, para que se aplique la sanción, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta ilícita o antijurídica.

La responsabilidad civil derivada de la omisión hereditaria, se basa fundamentalmente en un sistema de responsabilidad subjetiva; es decir para sancionar civilmente a un sujeto que ha cometido un perjuicio en virtud a la omisión hereditaria, este debe haber tenido la intención de causar daño. Es decir debe haber actuado con dolo.

Se habla de dolo, como una dirección o impulso de la voluntad hacia el evento que de hecho se ha verificado; en el tema que nos atañe el dolo se verifica, en el hecho de que el sujeto activo de la omisión conozca de la existencia de herederos con grado preferente o grado concurrente y pese a ello no ha llevado a cabo las acciones necesarias para incluirlo en el procedimiento de sucesión intestada.

Por el contrario no incurre en responsabilidad, el que comete la omisión hereditaria, si no sabía de la existencia de otros herederos o ha comunicado válidamente del inicio de sucesión intestada y el heredero omitido pese a ello no acudió a la misma.



## **CAPITULO VIII**

### **PETICIÓN DE HERENCIA**

#### **1. CONCEPTO**

El artículo 664 del Código Civil establece sobre el particular lo siguiente:

- a) El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio, para excluirlo o para recurrir con él.
- b) A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han pretendido sus derechos.
- c) Las pretensiones que se refiere este artículo (Art. 664 del c.c.) son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

Lanatta<sup>134</sup> refiere que, “si quien se encuentra en posesión de los bienes hereditarios lo hace a título de heredero, la acción del heredero demandante para

---

<sup>134</sup> LANATTA, Rómulo. “Derecho de Sucesiones”, Tomo I, segunda edición, Editorial Desarrollo, S.A., Lima, 1981, Pág. 245.

concurrir con el poseedor, si tiene igual derecho, o para excluirlo por tener mejor derecho, es denominada petición de herencia. Esta acción se da también cuando el demandado es un poseedor sin título”.

Para Ferrero<sup>135</sup>, la acción petitoria es la que el heredero dirige contra un sucesor para concurrir con él o para excluirlo, si tiene mejor derecho. En el primer caso, el denominado es un coheredero; en el segundo, un heredero o legatario aparente.

Bonnecase<sup>136</sup>, define la acción de petición de herencia como “una acción real concedida al heredero contra una persona que posee total o parcialmente la sucesión, pretendiendo tener derecho a ella”.

En opinión de Zannoni<sup>137</sup>, la petición de herencia es una acción que, en sus términos más generales, controvierte el carácter excluyente o concurrente de la vocación hereditaria. Su objeto, a través del reconocimiento del carácter de heredero, en cuanto titular de la adquisición, persigue a la vez que el desplazamiento de un título aparente, la posesión misma de la herencia – como objeto de adquisición – y la entrega de los bienes que la componen”.

Domínguez Benavente y Domínguez Águila<sup>138</sup>, sostienen que;” la acción de petición de herencia es aquella acción que se concede al dueño de una herencia para reclamar calidad de tal, sea contra quien la posee en su totalidad o en parte, como falso heredero o parcialmente de quien siendo verdaderamente heredero, desconoce este carácter al peticionario, a quien también le corresponde; o, en fin, contra el que posea o tenga cosas singulares que componen la herencia, a título de heredero”.

---

<sup>135</sup> FERRERO, Augusto. “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Sexta Edición, Primea Reimpresión, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, Pág. 183.

<sup>136</sup> BONNECASE, Julien. “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Oxford University Press, México D.F., 2003, Pág. 590.

<sup>137</sup> ZANNONI, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, VOLUMEN 1, segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, Pág. 312- 313.

<sup>138</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Derecho Sucesorio”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990, Pág. 471-472.

Polacco<sup>139</sup>, conceptúa a la acción de petición de herencia como “aquella acción en virtud de la cual el heredero reclama el reconocimiento de la propia calidad hereditaria contra quien posee cosas hereditarias, aún singulares, a título de heredero o de simple poseedor, o contra quien posee la herencia como cosa universal, aunque sea a título singular, o bien contra quien, pretendiéndose heredero, se arroga a sí mismo o le discute a él el ejercicio de derecho hereditarios; y esto, con el propósito de reivindicar la herencia o las cosas singulares pertenecientes a ella, o de conseguir el libre ejercicio de los derechos hereditarios discutidos.

Messineo<sup>140</sup> enseña acerca de la acción de petición de herencia lo siguiente:

“Esta acción presupone la posesión, por parte de un tercero, de bienes hereditarios con la pretensión a la cualidad de heredero, y defiende al heredero efectivo consintiéndole obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y, de reflejo conduce a obtener la restitución de los bienes, siempre que sean objeto de derecho, ya incorporados al patrimonio del de cujus. La petición es acción universal, en cuanto está siempre dirigida a obtener, en primera línea, el reconocimiento de la cualidad de heredero(...); de manera que puede estar dirigida a obtener la restitución también de la totalidad (universum ius) de los bienes hereditarios, o de una cuota de la totalidad, y o solamente de bien singulares. La petición de herencia es acción de condena, en cuanto tiende a obtener la restitución de bienes hereditarios poseídos por otras; pero puede ser también acción de declaración positiva de certeza a la cualidad de heredero. La petición asume este segundo y menos pleno aspecto, cuando esté en discusión la calidad de heredero, pero no existe también posesión de bienes hereditarios por parte de un no heredero”.

---

<sup>139</sup> POLACCO, Vittorio. “De las Sucesiones”, Tomo II, segunda edición, Ediciones Jurídicas Europea – America, Bosch y Cía. Editores, 1950, Pág. 144.

<sup>140</sup> MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europea – America, Buenos Aires, Argentina, 1956, Pág. 444.

Lahomann Luca de Tena<sup>141</sup>, sobre la acción petitoria de herencia, hace estas acotaciones:

“Verdadera petición de herencia en sentido estricto es la pretensión, judicial o extrajudicial, de quien considerándose llamado a la herencia reclama su posición hereditaria y como correlato de ello, si los hubiera, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones (...) que componen la herencia y que otro los tiene invocado asimismo título sucesorio. (...) Vale decir, objeto de la petición es la acción para obtener la exclusión total de quien indebidamente se compara como sucesor (y que de ordinario posee los bienes), o el reclamo a concurrir con él en cuota determinada de la herencia (exclusión parcial). La acción, por lo tanto, se dirige contra otros sucesores que actúan sin serlo, o sin serlo exclusivamente. Prioritariamente la acción no se dirige para recuperar bienes, sino para que al reclamante se le reconozca su título sucesorio discutido. Reconocido este derecho, tendrá posibilidad de acceder al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que le fueron transmitidos con efecto desde la muerte del causante”.

La palabra acción de petición de herencia que figuraba en la versión original del artículo 664<sup>142</sup>, con la modificación efectuada por el D. Leg. N° 768, ha sido sustituida por la palabra derecho de petición de herencia. La herencia es un derecho subjetivo que el titular puede hacer valer judicial o extrajudicialmente. Del derecho a la herencia dimana la acción de petición de herencia que es la facultad o poder jurídico del que se pretende heredero de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva cuando otro posee los bienes hereditarios, también pretendiendo la calidad de heredero. Será en el pronunciamiento de fondo que se efectuará en la sentencia en el que se establezca a cuál de las partes, si al demandante o al demandado, corresponde la calidad de heredero.

---

<sup>141</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Derechos de Sucesiones”, Tomo I, Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú, 1995, 134-135.

<sup>142</sup> El texto original del artículo 664 establecía: “La acción de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que le pertenecen, contra quien los posea en todo o en parte a título de heredero, para excluirlo o para concurrir con él. Esta acción es imprescriptible”.

En el proceso formulario romano, la *intentio* se podía dar *in persónam* porque se dirigía contra persona determinada o *in rem* (in = contra), no se nombraba al demandado. La palabra *actio* estaba reservada para la *in persónam*. A lo que hoy se conoce como acción real se le denominaba *in rem* o *vindicationem* o *petitio*. Por ello se considera que la expresión acción de petición de herencia es redundante, porque el término *petitio* lleva implícito el de acción. Sin embargo, el Derecho moderno distingue a las acciones en personales y reales. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparadas utilizan indistintamente las expresiones: petición de herencia y acción petitoria de herencia. Desde Celso, la acción es el derecho que tiene una persona de recurrir al juez reclamando la tutela de un derecho subjetivo (lo que nos es debido). Desde esta perspectiva, si el heredero reclama ante el juez que le reconozca su calidad de tal y, como consecuencia, se condene al demandado para que le restituya los bienes que le pertenecen por herencia, no vemos inconveniente alguno para hablar de acción de petición de herencia. Pretender el derecho a la herencia o al mejor derecho a la herencia sin acción es como no tenerlo<sup>143</sup>.

Nosotros consideramos por la petición de herencia; el hecho que el heredero pide que se le reconozca su calidad de sucesor y, como consecuencia, al ser inválido o ineficaz el título sucesorio de quien funge ser sucesor (como heredero o legatario) sin serlo o sin serlo exclusivamente, se le condene a la restitución de los bienes hereditarios, o sea que se le excluya de la herencia; o se condene al coheredero poseedor a compartir los bienes hereditarios con el coheredero reclamante, es decir, que se reconozca al reclamante su calidad de coheredero y

---

<sup>143</sup> Como dice Alsina: "La acción y el derecho están estrechamente vinculados, se complementan. La acción no tiene una función específica, sino que es instituida en función de la protección del derecho, puede este faltar no obstante haberse ejercitado la acción, pero ello no autoriza a suponer que la acción pueda deducirse sin otro objeto que su propio ejercicio. Recíprocamente, el derecho no siempre requiere la protección de la acción, como ocurre en el caso del cumplimiento voluntario, pero resultaría ineficaz si no se contase con ella cuando el obligado pretende substraerse al cumplimiento de su obligación" (Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. I, Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., Tucumán-Buenos Aires, 1941, p. 185).

se disponga su derecho a concurrir en la herencia con el coheredero que indebidamente está poseyendo en exclusividad.

El supuesto normativo del primer párrafo del artículo 664º del Código Civil, contempla dos situaciones:

- 1º Que el actor concorra con el poseedor de la herencia por tener igual derecho para suceder, o sea, el demandante no poseedor y el demandado poseedor son coherederos, tienen igual vocación hereditaria; y
- 2º Que el demandante tenga mejor derecho para heredar como es el tener grado de parentesco más cercano con el causante o mejor vocación hereditaria, es decir, el actor es heredero verdadero y el demandado, heredero aparente, por tanto, la acción es para excluir al demandado de la posesión de los bienes.

La controversia sobre la calidad de herederos de las partes litigantes está en la esencia de la petición de herencia. Sin disputa de la calidad de heredero no hay petición de herencia. Es una acción universal que persigue el reconocimiento de la condición de heredero y, como consecuencia de ello, reivindicar los derechos hereditarios.

## **2. CARACTERÍSTICAS DE LA PETICIÓN DE HERENCIA**

La pretensión de petición de herencia presenta las características siguientes:

- 1) La petitoria de herencia se concede para obtener de modo unitario los bienes que forman parte del activo del patrimonio dejado por el causante.
- 2) El reclamante invoca su calidad de heredero testamentario o ab intestato. Es una acción que se concede a quien se le desconoce su cualidad de heredero al preterirlo en la sucesión testamentaria o intestada o de cualquier

modo se le priva de su derecho hereditario. No se requiere que acredite la aceptación previa de la herencia.

- 3) Se concede solo contra el poseedor de todo o parte de los bienes hereditarios que invoca título sucesorio como fundamento de su derecho.
- 4) Es una acción real por cuanto no se deriva de un vínculo obligacional entre heredero verdadero y heredero aparente, sino del derecho de propiedad adquirido a título de sucesor universal por el primero, derecho que es oponible a todo el que posee los bienes hereditarios, en todo o en parte, a título sucesorio, sea su posesión de buena o de mala fe. O sea, se caracteriza por su absolutez (erga omnes). En la doctrina no hay acuerdo sobre si la hereditatis petitio es real, personal o mixta. Para unos es personal porque se trata de establecer el título de heredero. Los que consideran que es real sostienen que el título de heredero como el de propietario son oponibles erga omnes. Otros sostienen que es mixta por cuanto se compone de real y personal<sup>144</sup>, porque la demanda contiene una pretensión de reconocimiento de la calidad de heredero (acción personal) y de restitución de los bienes (acción real). El ordenamiento jurídico peruano no reconoce las acciones mixtas<sup>145</sup>.
- 5) Los efectos de la acción se extienden a un universus ius, a todo el patrimonio hereditario, aunque se trate de reclamar solo un bien singular. Es decir, es una acción a título universal, se funda en el derecho de propiedad del demandante adquirido por herencia; la restitución del bien o bienes hereditarios al demandante está condicionada a que se le reconozca su calidad de heredero, quien como tal asume no solamente el activo sino también el pasivo dejado por el causante.

---

<sup>144</sup> GARCÍA CALDERÓN, Francisco. "Diccionario de la Legislación Peruana", Tomo II, Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Lima, 2007, p. 1533

<sup>145</sup> Lohmann expresa: "Podrá decirse que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce las acciones mixtas. Si tal es el argumento, entonces habrá que contestar simplemente que se trata de una acción personal, de la que pueden derivarse efectos reales" (Lohmann Luca de Tena, Guillermo, ob. cit., p. 138). Lafaille dice que es un conglomerado de acciones personales y reales (Lafaille, Héctor, Curso de Derecho Civil, Sucesiones, t. I, Buenos Aires, 1933, p. 229).

- 6) Se puede acumular la pretensión para que se declare heredero al actor si existe declaración de herederos que no lo incluye.
- 7) Es imprescriptible.
- 8) Se tramita como proceso de conocimiento.
- 9) No procede contra terceros adquirentes de los bienes hereditarios a título singular, contra quienes el heredero tiene la acción reivindicatoria de bienes hereditarios.

### **3. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

El legitimado activo de la acción de petición de herencia debe ser un heredero (legal o testamentario) que no ha llegado a entrar en posesión de los bienes hereditarios o de su cuota parte, por encontrarse en poder de terceros que los poseen alegando tener derechos sucesorios. Si hay varios herederos, cada uno de ellos obra por su propia cuenta, si quiere representar a los otros deberá premunirse de los respectivos poderes. El heredero legal, para ejercitar la acción, no necesita declaración firme judicial o notarial que le reconozca la calidad de heredero, puesto que a su pretensión de petición de herencia puede acumular la pretensión para que se le declare heredero cuando considera que en la declaración judicial o notarial de herederos se ha preterido su derecho.

Si el heredero no reclama o renuncia a la petición de herencia en perjuicio de sus acreedores, estos pueden también promover la petición de herencia, por vía de acción subrogatoria (artículo 1219° Inc. 4 del Código Civil<sup>146</sup>), siempre, como dice Borda<sup>147</sup>, que no esté subordinada al ejercicio previo y concomitante de una acción personalísima, como son las de reclamación o impugnación de estado. No permitirle

---

<sup>146</sup> Inc. 4 del Artículo 1219° del Código Civil: Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:(...) Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando la ley lo prohíba. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

<sup>147</sup> Borda, Guillermo A., Manual de sucesiones, 7ª ed., Perrot, Buenos Aires, p. 178



al acreedor el ejercicio de esta acción para obtener la satisfacción de su crédito, significaría amparar la conducta fraudulenta del deudor, lo que es contrario a toda función del ordenamiento jurídico<sup>148</sup>. La duda que existe al respecto se debe a que la petición de herencia implica la aceptación de la misma, acto en el que, por ser inherente a la condición de heredero, no podría subrogarse el acreedor<sup>149</sup>. Pero, en todo caso, la duda queda disipada con la aceptación presunta por haber transcurrido el plazo de tres o de seis meses, según que el heredero se encuentre en el Perú o en el extranjero (artículo 673).

Una cosa es ser heredero y otra ser legatario. El heredero es sucesor a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. En cambio, el legado es una atribución mortis causa a título particular y se limita a determinados bienes (artículo 735). El artículo 664 dispone que la acción de petición de herencia corresponde al heredero. Con esta acción el peticionante hace valer su título de heredero adquirido con la aceptación expresa o tácita, por tanto, el legatario no puede ser legitimado activo de la misma. El legatario tiene acción personal para exigir que el albacea o, en su caso, los herederos le paguen o entreguen los bienes legados; además puede actuar directamente en reivindicación contra cualquier tercero que posea indebidamente los bienes legados.

De acuerdo a esta distinción, el heredero para interponer la acción petitoria de herencia no requiere haber sido declarado como tal, judicial o notarialmente o instituido por testamento, en cuyo caso deberá acumular a la petitoria de herencia la de declaratoria de heredero. En nada afecta que el demandante en vía de petición de herencia solicite que se le declare heredero, acumulando a ésta la pretensión

---

<sup>148</sup> La acción oblicua faculta al acreedor ejercitar las acciones de su deudor, con excepción de las que sean inherentes a la persona. Estas deben tener como límite el elemento ético. Hay que tener presente que el derecho de aceptar la herencia se transmite a los herederos, y, de otro lado, la petición de herencia tiene fines conservatorios del bienes del heredero. Otras legislaciones conceden al acreedor el derecho de exigir al deudor para que acepte o repudie la herencia (por ejemplo el artículo 3314 del Código Civil argentino).

<sup>149</sup> Sobre este punto, los Mazeaud refieren que los acreedores pueden aceptar porque no hacen sino confirmar una situación que existe desde la apertura de la sucesión; pero no tendrán personalidad para renunciar, por excluir al heredero de la sucesión esa renuncia y modificar con ello la situación jurídica (Mazeaud, ob. cit., p. 12)

para que se le reconozca su derecho para acceder a la masa hereditaria, debido a que el artículo 664° posibilita el reconocimiento de tales derechos de naturaleza sucesoria, siendo irrelevante el orden pretendido.

#### **4. LEGITIMACIÓN PASIVA**

El legitimado pasivo es siempre un heredero o coheredero o legatario, quien negando la calidad de heredero o de coheredero del reclamante, posea toda la herencia, o parte de ella o algún o algunos de los bienes de ella.

El derecho de petición de herencia se otorga contra todo poseedor de los bienes hereditarios que invoque título sucesorio y que niegue al accionante su vocación concurrente o preferente. Si posee invocando otro título corresponde la acción reivindicatoria, y si fuera de igual grado que el actor y le reconoce esa calidad, cabe la acción de partición. Si son varios los poseedores que se comportan a título de sucesores, todos ellos deberán ser emplazados con la demanda.

El legitimado pasivo es el poseedor de los bienes hereditarios que pretende un título sucesorio como heredero o como legatario (poseedor de herencia o de legado), sabiendo o no que no tiene el carácter de tal, o que siendo coheredero no comparte la herencia en la forma estipulada por el causante o por la ley. Esta situación se da cuando el demandado tiene, en el orden preferencial que señala la ley, menor derecho a heredar que el demandante, o sea el demandante es heredero verdadero y el demandado es sucesor aparente, o tiene igual derecho que el demandante, pero posee de modo exclusivo, es decir, el demandante y el demandado son coherederos verdaderos, pero solo el demandado posee en exclusividad, negando al reclamante su calidad de coheredero.

## **5. PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO**

Como demandante y demandado invocan ser sucesores del mismo causante, quien era el propietario de los bienes que se disputan, no existen títulos de propiedad en pugna, razón por la que el debate judicial no es una cuestión de propiedad, sino de establecer cuál de los títulos sucesorios debe prevalecer, o sea, determinar quién es el heredero real y quién el aparente, si el demandante o el demandado.

Si el heredero demandante tiene mejor título que el heredero demandado, la finalidad de la petitio hereditatis es excluir al demandado de los bienes que ha venido poseyendo. Por ejemplo, cuando el testador instituye heredero creyendo erróneamente que sus hijos o demás herederos forzosos habían muerto; o en la declaración de herederos ab intestato se declara como tales a parientes de un orden inferior sin considerar que existen parientes de un orden superior conforme a lo establecido por el artículo 816.

Cuando el demandante y el demandado son coherederos verdaderos, pero solamente el demandado posee los bienes hereditarios negando su calidad de tal al demandante, la finalidad de la petición de herencia es que se ordene judicialmente la concurrencia de ambas partes en la herencia

Según el artículo 664° El demandante debe probar:

- 1) Su calidad de heredero;
- 2) Que los bienes que reclama, en la época de la apertura de la sucesión, han estado comprendidos en la masa hereditaria.

Pero no tiene que demostrar que el bien o bienes pertenecían al de cujus. No está en discusión que la herencia que se reclama era verdaderamente el patrimonio del causante, sino que solo se aduce por el demandado que no corresponde al demandante, que alega ser heredero de aquel, porque niega que lo sea realmente.

Tampoco tiene que probar que el bien o bienes pro herede le pertenecen en propiedad exclusiva o en concurrencia con el demandado. Su carácter de propietario o de copropietario de los bienes hereditarios y su derecho a la posesión de los mismos se acredita con la prueba de su calidad de heredero verdadero;

3) Que el demandado posee la herencia entera, parte de ella o bienes concretos de la misma.

## **6. COMPETENCIA PARA CONOCER LA PETICIÓN DE HERENCIA**

En atención a que la acción de petición de herencia se tramita como proceso de conocimiento (según la parte final del art. 664° del Código Civil), es que la competencia para conocer de dicha acción corresponde a los jueces civiles, pues se infiere del primer párrafo del artículo 475° del Código Procesal Civil.

Asimismo, que en aplicación del artículo 19° del Código Procesal Civil, en materia sucesoria es competente el Juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, siendo dicha competencia improrrogable.

## **7. VÍA PROCEDIMENTAL**

La acción petitoria de herencia se tramite en vía de proceso de conocimiento, de acuerdo a lo regulado en el artículo 664° parte final del Código Civil.

## **8. EFFECTOS DE LA PETICIÓN DE HERENCIA**

El fin de la petición de herencia es excluir de la herencia al sucesor aparente poseedor de los bienes hereditarios y, en consecuencia, que los entregue al actor o, si el actor y demandado poseedor de los bienes son coherederos, que ambos concurren en la herencia en calidad de copropietarios de los bienes que la integran.

El reconocimiento de la calidad de heredero o coheredero del actor es el medio para obtener la totalidad de los bienes hereditarios o de su cuota parte.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla específicamente todo lo relativo a las obligaciones del heredero aparente y del coheredero, poseedores ilegítimos, frente al heredero o coheredero vencedor en el proceso de petición de herencia, respecto de la entrega de los bienes, los frutos, pérdidas o detrimentos, mejoras, edificaciones y enajenaciones realizadas durante el tiempo que estuvieron en posesión, por lo que la regulación a aplicar es la de las disposiciones generales bajo las que caiga cada supuesto, según que haya poseído de buena o de mala fe.

Podemos resumir los efectos de la petición de herencia en los siguientes:

1. Al vencer el heredero en el proceso sobre petición de herencia, el poseedor vencido, si es heredero aparente queda excluido de la herencia y debe entregar a aquel todos los bienes que componen el acervo hereditario con sus accesiones y mejoras, y, si es coheredero, debe concurrir en la herencia con el actor, compartiendo los bienes en calidad de copropietarios.
2. Si el poseedor vencido es de buena fe: a) hace suyos los frutos hasta el día en que es notificado con la demanda (artículos 907 y 908); b) no responde de la pérdida o deterioro del bien (a contrario sensu del artículo 909); c) si ha enajenado el bien hereditario está obligado a restituir el precio (artículo 666) con sus intereses, y si se le adeudare, se trasmite el derecho de cobrarlo al heredero.
3. Si el vencido es poseedor de mala fe debe, además de restituir los bienes con sus accesiones y mejoras: a) entregar los frutos percibidos y, si no existen porque han sido consumidos, enajenados, perdidos o debido a su culpa ha dejado de percibirlos, está obligado a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibirlos (artículo 910); b) responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser

que hubiesen igualmente tenido lugar si esos bienes se hubieran encontrado en poder del heredero (artículo 909); c) si ha enajenado el bien hereditario debe resarcir el valor de los bienes y, además, indemnizar los daños causados al heredero.

4. El poseedor vencido, sea de buena o mala fe, tiene derecho a que el heredero vencedor le pague las mejoras en los términos señalados en el artículo 917. Puede retener el bien hasta que las mejoras le sean abonadas (artículo 918).

Cuando son varios los herederos, cada uno de ellos obra por cuenta propia, y la sentencia solo tiene efectos respecto de él, sin beneficiar ni perjudicar a los otros. Es lógico que si uno de los herederos obra por cuenta propia y representando a los otros, premunido de los poderes respectivos, la sentencia produce efectos para el actor y sus representados.

Si varios herederos (coherederos) tienen acreditada su calidad hereditaria con el respectivo testamento o aclaratoria de herederos ab intestato, judicial o notarial, en aplicación del artículo 979, cualquiera de ellos puede accionar en beneficio de los demás.

## **CAPITULO IX**

### **DIAGNOSTICO DEL PROBLEMA “OMISION EN EL PROCESO DE SUCESION INTESTADA”.**

#### **1. DIAGNOSTICO**

El problema de la omisión hereditaria en el proceso de sucesión intestada debe ser analizado desde dos puntos de vista, el primero desde un punto de vista práctico y el otro desde un punto de vista doctrinario.

Desde un punto de **vista práctico**, se puede señalar, que pese a que en nuestro sistema jurídico, existe una herramienta idónea para responder a este tipo de problemas, que es la acción *petición de herencia*; se basa en el hecho, de que estas siempre se cometen dentro del círculo de personas unidas por lazos familiares o de parentesco; conductas que el derecho debe propender a su eliminación debido a que su comisión remueven las hebras más sensibles de la sociedad que son los lazos familiares; procesos que bien podrían ser evitados, si los solicitantes mantuvieran una conducta acorde con la buena fe, que debe primar en todas las conductas de todos los sujetos de derecho, más aun tratándose de sujetos unidos por lazos de familiaridad o parentesco.

Asimismo se ha observado, que la mayor incidencia de la omisión hereditaria, es causada por los herederos conocidos como herederos forzosos; es decir, dentro

del círculo de parientes cercanos al causante y que en la generalidad de las veces conocen de la existencia de otros herederos con vocación concurrente, pero que no ponen en conocimiento de dicha situación al juez o notario encargado de llevar a cabo el proceso de sucesión intestada. Es así que se puede observar que hijos, omiten comunicar la existencia de sus hermano respecto a la herencia dejada por su padre, o el caso de la cónyuge supérstite que se hace declarar como única y universal heredera del causante, pese a la existencia de hijos.

Lo anterior nos lleva a concluir, respecto a la alta incidencia de dolo y mala fe en los casos de omisión hereditaria, ya que, como se indicó anteriormente, los sujetos activos de los perjuicios cometidos por la omisión hereditaria, generalmente conocen a los sujetos pasivos.

Los casos de omisión hereditaria, normalmente tiene como móvil el aprovechamiento patrimonial, del heredero que lo comete; todo ello con la finalidad de aprovecharse de una herencia que no le corresponde dado su lejanía en grado con el causante o de la parte que le toca de más, por la imposibilidad del heredero omitido de la posesión efectiva de la herencia. Asimismo, se ha observado, que la cuestión patrimonial juega un rol importante, al momento que un heredero se decide o no iniciar un procedimiento de sucesión intestada o declaratoria de herederos, ya que al no existir bienes dejados por el causante, el proceso de sucesión intestada en la mayoría de casos pierde su atractivo para los herederos.

Por otro lado se ha observado, que tratándose de herederos conocidos por el solicitante de la sucesión intestada, el sistema notificación por edictos, no representa un sistema idóneo de publicidad acerca de la apertura de proceso de sucesión intestada alguno; pues en la mayoría de veces, nunca se llegan a enterar; el sistema publicación por edictos solo tiene sentido, en los casos de heredero no conocidos o con domicilio no conocido.



Por último, se ha observado, que pese a existir, en nuestro medio, un sistema de respuesta ante los posibles perjuicios causados debido a la posesión indebida de la herencia y que es perfectamente aplicable a los casos de la omisión hereditaria regulados en el artículo 666° del Código Civil. El sistema de sanciones regulados en dicho artículo –devolución de los frutos, indemnización hasta por caso fortuito-, tienen una función netamente resarcitoria; pero mas no preventiva. El incremento considerable de procesos de petición de herencia, por omisiones dolosas; es muestra evidente, que el sistema de protección de los bienes jurídicos hereditarios se ha tornado en ineficaz en lo que respecta al tema tratado.

Siendo una de las funciones del sistema responsabilidad, no solo la de resarcir por los perjuicios causados; sino también la prevención y represión de conductas antijurídicas y ante el alto grado de incidencia perjuicios generados por la omisión hereditaria; se hace evidente la necesidad de implementar un sistema de respuesta más eficaz, ante este caso violaciones a los bienes jurídicos.

Es la intención del presente trabajo, tratar de dar una respuesta adecuada al problema omisión sucesoria a nivel del régimen de la sucesión intestada, poniendo especial énfasis a aquellos casos, en donde la omisión es generada de manera dolosa por el solicitante del proceso de sucesión intestada o declaratoria de herederos; tratando de implementar medidas idóneas que tengan por finalidad aminorar la incidencias de las omisiones dolosas.

Desde un punto de vista doctrinario, el problema se manifiesta en el hecho, de que dicho tema, pese a ser de suma relevancia sustantiva y procesal, no ha recibido la atención debida por parte de la doctrina nacional y extranjera. Pues, no existen antecedentes doctrinarios que tocan directamente el tema en referencia, sino solo de manera de tangencial.

## **2. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE SANCION CIVIL**

## 2.1. INTRODUCCIÓN (DEBER DE RESPONDER)

La conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen, una modificación del mundo exterior. La alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás, puede ser favorable al interés individual o colectivo de estos, o bien puede ser contrario.

Cuando la alteración favorece las ansias ajenas y proporciona a los demás, o bien se traduce en ventajas para otro, el autor de aquella puede aspirar a una recompensa o retribución benéfica de quien la recibe utilidad.

Cuando la alteración, constituye la violación de un deber moral o jurídico, menoscabando el interés ajeno se invade la órbita de actuación de otro, se produce en el sujeto pasivo del acto una reacción desfavorable que se traduce en una insatisfacción. El autor de la alteración no puede aspirar en este caso a una recompensa; al contrario, se halla frente a la víctima en actitud de dar respuesta a la perentoria exigencia de ésta.

La moral y el derecho señalan cual es la respuesta que puede pretender el ofendido. Esta respuesta fijada por la norma moral y por el derecho, a veces constituye la sanción adecuada para ese proceder. El autor debe responder entonces de su acto lesivo cumpliendo la sanción que le viene impuesta consecuentemente<sup>150</sup>.

Es, ese deber de dar cuenta de nuestros actos y someterse a las consecuencias reguladas por el ordenamiento jurídico, lo que constituye la esencia de la responsabilidad en general.

---

<sup>150</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Novena Edición Ampliada y Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 72.

Responder es un verbo de raíz latina que tiene muchos significados de acuerdo al diccionario de la Real Academia, es decir que es un término polisémico<sup>151</sup>. La que nos interesa son las acepciones 16ª y 17ª. La primera nos dice que responder es “Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida”. La segunda acepción citada es más genérica: “asegurar una cosa haciéndose responsable de ella”.

Como vemos la última es más genérica que la primera, pero ambas pueden ser subsumidas, en sentido jurídico, con la que da Bustamante Alsina cuando dice que “responder es dar uno cuenta de sus actos”<sup>152</sup>.

Hay deberes de responder que no interesan al derecho, pero sí a la moral, porque como hemos dicho, a quien el ser humano debe dar cuenta es a su propia conciencia. Por ejemplo el que envidia los bienes o la mujer de su prójimo no puede ser penado, pero sí cometerá un pecado si eso está prohibido por su religión; o deberá rendir examen ante su conciencia si ella se lo reprocha, pero no irá preso ni indemnizará al prójimo por codicioso o lascivo, mientras esos sentimientos no se traduzcan en actos concretos que dañen al otro. Esta es una diferencia que existe entre moral y derecho. La responsabilidad moral existe aún sin acto exterior que la ponga en evidencia. Así una persona puede odiar a otra sin emitir palabra o gesto alguno, lo que le genera una gran responsabilidad moral pero no jurídica. Ello sin embargo no quiere decir que exista una total independencia entre moral y derecho ya que en algunos casos la moral tiene efectos sobre el derecho, como en el caso de la objeción de conciencia de una persona que profesa determinada religión y se niega a participar del servicio militar, o de un médico cuya religión le prohíbe el aborto o la contracepción y se niega a practicar estas operaciones.

---

<sup>151</sup> SEGUÍ, Adela, Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna, 2001, en [www.alterini.org](http://www.alterini.org)

<sup>152</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge., Ob.Cit. Pág. 67

El deber de responder que interesa a esta materia no es el que viene impuesto por la moral o las creencias, sino el que impone el ordenamiento jurídico, el que reiteramos algunas veces puede conceder efectos a comportamientos que normalmente estarían regidos únicamente por la moral o la religión. En algunos supuestos este deber de responder surge de la actuación unilateral del individuo como cuando roba, o atropella a otra persona. En otros casos el deber es bilateral porque existe un pacto previo, el que se asimila a la ley, porque para las partes tiene esa fuerza, tal es el caso de los contratos. En la compraventa el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio y responden el uno para con el otro si no cumplen con sus respectivas obligaciones.

Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse de estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos, éticos, pero sin embargo todos tienen en común la existencia de dos elementos comunes la ilicitud y la sanción, el schuld y el haftung del que hablan los alemanes o el duty y liability del common law. El presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud, y la consecuencia la sanción. Analizamos los temas seguidamente.

## **2.2. ILICITUD**

El ser humano es un ser racional, dotado de inteligencia y libertad, por lo que como principio puede hacer todo lo que desee a menos que ello esté prohibido de alguna forma. Este obrar contrario a la prohibición por más vaga que esta sea, es lo que denominamos ilicitud. Puede consistir en una acción u omisión, y también tener lugar en una relación contractual como ante la ausencia total de contrato; puede ser unilateral o bilateral y puede causar daño o no.

Comportarse no respetando la licitud –en el sentido más amplio que se quiera darle al término- acarrea una sanción, la que no asume un único rasgo característico, sino que puede asumir múltiples formas según el tipo de responsabilidad que se trate.

Por definición la ilicitud es lo contrario a la ley. El concepto del mismo, presupone entonces la existencia de una ley, o sea de una norma que imponga compulsivamente una determinada conducta. La compulsión se manifiesta en la sanción prevista para el caso de violación<sup>153</sup>.

La ilicitud en sentido genérico o conducta antijurídica, es cualquier obrar contrario al ordenamiento considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos parcializados. Así por ejemplo si es una regla de derecho la que establece, que nadie puede causar daño a otro, está, sin embargo justificado el daño causado en legítima defensa o en estado de necesidad. Por otro lado encontraremos conductas ilícitas que se encuentran previamente valoradas y calificadas como tales por el derecho, es decir previstas abstractamente en el supuesto de hecho de una norma jurídica como una conducta prohibida o antijurídica, estas conductas conforman el ámbito de la antijuricidad típica.

Dentro del tema que nos atañe la omisión dolosa del proceso de sucesión intestada, puede ser calificada como una conducta ilícita genérica, ya que si bien el ordenamiento jurídico no califica directamente a dicho comportamiento, como ilícito, dicha conducta atenta contra el mandato genérico de no causar daño a nadie.

Ricardo de Ángel Yágüez, comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que

---

<sup>153</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge., Ob. Cit., Pág. 74.

gobiernan la convivencia humana”<sup>154</sup>. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona<sup>155</sup>.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice De Cupis una reacción del derecho para facilitar la represión del daño<sup>156</sup>.

### **2.2.1. Incumplimiento y acto ilícito**

El acto ilícito tradicionalmente ha sido dividido en contractual y extracontractual. Al ilícito contractual se le conoce también como incumplimiento y al extracontractual como ilícito puro y simplemente. La categoría de contractual de la ilicitud deriva de la falta cumplimiento de las disposiciones contractuales. Por el contrario el ilícito será extracontractual cuando se viola el deber genérico de no causar un daño injusto a otro<sup>157</sup>. La responsabilidad contractual parte de una relación jurídica pre existente entre las partes intervinientes y siempre es de carácter civil. Por su lado responsabilidad extracontractual, tiene un sin número de causas, tales como hechos no queridos –accidente de tránsito-, la promesa unilateral, el delito, enriquecimiento sin causa, entre otras.

---

<sup>154</sup> ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. “La responsabilidad civil”, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1989, p. 21.

<sup>155</sup> De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la segunda acepción de responsabilidad es “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”; a su vez la primera acepción de responsable no puede ser más ilustrativa: “obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona”.

<sup>156</sup> DE CUPIS, Adriano. “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1970, p. 82.

<sup>157</sup> CANDIAN, Aurelio. “Instituciones de derecho privado”, Primera Edición en Español, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961, Pág. 116.

La omisión hereditaria dolosa, conlleva como consecuencia una responsabilidad de tipo extracontractual, ya que la misma deriva de la violación del deber de no causar perjuicio en derechos e intereses de los demás herederos.

### **2.3. SANCION**

Generalizando, podemos considerar que la principal tarea que lleva a cabo el sistema jurídico es el reconocimiento de derechos. Parte de esta tarea se materializa mediante la adopción de las medidas necesarias para proteger su ejercicio (en caso contrario el derecho no puede entenderse como plenamente reconocido), o bien, en otras palabras la creación de incentivos necesarios para lograr que los agentes no conculquen ilícitamente derechos de terceros<sup>158</sup>. Parte de dichos incentivos son las sanciones creadas por dicho sistema jurídico.

La sanción no es un efecto primario de las normas jurídicas, sino un efecto derivado y secundario. Las normas jurídicas se caracterizan por la imposición de deberes y la correlativa atribución de derechos. Sólo en el caso de que falle esta estructura, se impondría la sanción.

La sanción es, pues, un efecto no deseado, en el sentido de que sólo puede ser aplicada cuando no se logra evitar el incumplimiento del deber jurídico.

La sanción jurídica presenta unos rasgos distintivos que la hacen singular respecto al resto de sanciones que pueden imponerse en otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas del juego, etc.). Así las sanciones jurídicas se distinguen por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición.

---

<sup>158</sup> RODRIGUES LOPEZ, Fernando. "El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por comportamientos corruptos" en Documentos de la Universidad de Salamanca – España. Ubicado el 15.5.2011 en <http://web.usal.es/~frodriguez/doctrab/conflictosanciones.pdf> pág. 2-3.

Lo que caracteriza a las sanciones jurídicas es el haber llegado al máximo grado de institucionalización. Y ello por el valor de la seguridad jurídica de todo Estado de Derecho, por el que es imprescindible que el sistema haga público todo lo que atañe a la imposición de sanciones.

Por último, hay que diferenciar entre la coactividad y la sanción jurídica. La coactividad es la posibilidad de aplicación de la fuerza física por parte de la organización social, pero no pueden identificarse ambos pues hay muchas actuaciones jurídicas de carácter coactivo que no tienen ningún carácter sancionador. Así, por ejemplo, el internamiento a la fuerza de un loco furioso en un centro de salud no es ninguna sanción.

En conclusión podemos definir la sanción jurídica como “las medidas que un ordenamiento jurídico cualquiera establece al fin de reforzar el respeto de sus propias normas y, en su caso, remediar los efectos de su incumplimiento”.

### **2.3.1. SANCION RESARCITORIA Y SANCION REPRESIVA**

Cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa, se impone una sanción que consiste fundamentalmente en un deber en el sentido querido por aquella y no respetado por el infractor; es, en el deber de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del acto ilícito. Esta es la sanción de carácter resarcitoria que obliga a la reparación restableciendo la situación anterior en cuanto fuere posible desmantelándose la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presente y futuros. Este tipo de sanciones se encuentran estrechamente relacionadas con sistema de sanciones aplicadas en el derecho privado, principalmente con el sistema de responsabilidad civil.

Como la justicia no se satisface solamente con volver las cosas al estado anterior, también impone a veces una sanción ejemplar para que esos hechos



no se repitan, haciendo sufrir al autor un mal por el mal causado, sin perjuicio del resarcimiento por el daño causado.

Este tipo de sanciones son conocidas como represivas, con este tipo se sancionan buscan la creación de incentivos necesarios para que los agentes en ninguna circunstancia vulneren los derechos ajenos, y se reservan para los casos en que la sociedad reconoce un valor máximo e incuestionable para el ejercicio de cierto derecho por parte de su titular. Este tipo de sanciones se fijan en una cuantía superior al beneficio causado que pueda obtener el potencial infractor, anulando así eficazmente los incentivos que éste tiene para cometer el ilícito sancionado. Dichas sanciones son más eficientes desde el punto de vista preventivo.

Si bien es cierto, las sanciones represivas son propias del derecho penal, lo que no significa que sea exclusiva de los delitos criminales, tampoco que la sanción resarcitoria sea exclusiva de los ilícitos civiles<sup>159</sup>.

Por ejemplo, el juez penal puede ordenar el desmantelamiento del hecho ilícito, disponiendo la restitución a su dueño del objeto del robo, mandando a destruir los documentos falsificados o la liberación de la víctima de la privación ilegal de la libertad, etc.

Asimismo, se puede observar que la sanción resarcitoria no es la única, en el derecho civil. Así la sanción será resarcitoria en la nulidad del acto jurídico o en el caso de comisión de daños patrimoniales.

En cambio la sanción será represiva cuando consiste en la pérdida o suspensión de la patria potestad impuesta al padre que no cumple con sus deberes impuestos por las leyes que organizan el régimen de la familia, y asimismo la pérdida de los derechos impuestos al cónyuge culpable del divorcio

---

<sup>159</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge., Ob. Cit., Pág. 74.

por no cumplir los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación que nacen del matrimonio.

### 2.3.2. Las sanciones y los sistemas de responsabilidad

Como ya se indicó anteriormente comportarse ilícitamente acarreará a la imposición de una sanción y estas sanciones asumirán múltiples características según el sistema de responsabilidad que se trate:

Así tenemos por ejemplo la **responsabilidad penal** constituye el máximo instrumento de control<sup>160</sup> de las conductas humanas por lo que tanto la ilicitud como la sanción tienen particulares formas. El derecho penal pertenece al derecho público y se caracteriza por su intervención violenta<sup>161</sup>, estigmatizante, devastadora para quien la sufre. Es por ello considerada la última ratio del orden jurídico, aquello a lo que se recurre cuando han fallado todos los otros instrumentos de control. Es además rigurosamente formal porque las conductas prohibidas están descritas en tipos que deben amoldarse perfectamente en la conducta que pueda haber realizado el delincuente. Surge únicamente cuando

---

<sup>160</sup> El profesor de la Universidad Complutense de Madrid García Pablos de Molina opina que el control social es el “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. El control social dispone de numerosos sistemas normativos (la religión, la ética, el Derecho civil, el Derecho penal, etc.); de diversos órganos o portadores (la familia, la Iglesia, los partidos, los sindicatos, la justicia, etc.); de variadas estrategias de actuación o respuestas (represión, prevención, resocialización, etc.) de diferentes modalidades de sanciones (positivas, como ascensos, distinciones, buena reputación; negativas, reparación del daño, sanción pecuniaria, privación de la libertad, etc.) y de particulares destinatarios (estratos sociales deprimidos, estratos sociales privilegiados, etc.). La justicia, lógicamente, constituye uno de los posibles portadores del control social. El derecho Penal representa sólo uno de los sistemas normativos existentes [cursivas en original].” GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal. Introducción, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000, p. 3.

<sup>161</sup> Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, Derecho penal. Parte general 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998: “Hablar de derecho penal es hablar de un modo u otro de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del derecho penal.” p. 28 “La violencia es por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control [cursiva en original]” p. 31

no se han respetado ciertos bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger de esta forma, lo que hace que su titularidad sea también pública. La víctima tiene un papel secundario, no siendo parte del proceso penal, salvo que deduzca querrela. Las partes son el fiscal y el delincuente imputado.

Asimismo tenemos la **responsabilidad ética** surge por ejemplo cuando se incumple algún deber impuesto por las incumbencias profesionales, el que normalmente está descrito en el código de ética profesional cuando éste existe. Lo más corriente es que la ilicitud ética cause un daño a terceros, pero no siempre es así. Por ejemplo el abogado que en vez de hablar con el abogado de la otra parte, trata directamente con el cliente de su contrario.

La responsabilidad administrativa puede asumir dos formas. Una está dada por las relaciones de la administración con sus funcionarios y empleados, quienes responden frente a ella en caso de no cumplir con los deberes a su cargo y deben atenerse a las consecuencias como sucede en una relación laboral. Pero la que nos interesa es la responsabilidad en que incurre el administrado cuando no cumple con las reglamentaciones administrativas, es decir cuando comete una falta o contravención. En estos casos hablamos del derecho administrativo sancionador, que tiene una intervención parecida a la del derecho penal, pero si se quiere es más suave, porque las penas son menos severas, generalmente multa, clausura o inhabilitación, pero no reclusión por ejemplo. La ilicitud también está rigurosamente descrita en tipos.

La responsabilidad civil por último también al igual que las demás establece una sanción que consiste en la indemnización, ya sea que esta consista en dinero o en la reposición de las cosas al estado anterior. Es lo que se conoce como sanción resarcitoria. Sin embargo debemos aclarar que no es la responsabilidad civil la única sanción resarcitoria que se conoce. La nulidad, también vuelve las cosas anterior al acto que se ha declarado inválido y por

ejemplo si se declara nula una compraventa debe entonces devolverse la cosa y el predio.

La sanción resarcitoria es además pecuniaria cuando consiste en una suma de dinero, o apreciable en dinero cuando se abona in natura, pero no es la única sanción pecuniaria que conoce el derecho civil. Podemos citar también dentro de esa categoría a los intereses punitivos, intereses sancionatorios, la cláusula penal moratoria, arras penitenciales.

Pero no debemos creer que aquí se agote el panorama de sanciones que puede imponer el derecho civil. También existen penas privadas no dinerarias, como ser la privación de la patria potestad, la desheredación, la indignidad para suceder.

Lo que tienen en común todas las responsabilidades de derecho civil, es que en todas existe el requisito de ilicitud y la sanción como consecuencia. Así, en los intereses punitivos la ilicitud estará dada por el cumplimiento moroso y la sanción es la tasa mayor que debe pagarse. En la indignidad para suceder o en la privación de la patria potestad los supuestos en que proceden estas sanciones están predeterminados de antemano.

¿Qué es entonces lo que distingue la responsabilidad civil de otras responsabilidades impuestas por el derecho? En primer lugar en que en la responsabilidad civil debe existir daño, lo que puede no acontecer en el derecho penal o en el derecho tributario con las infracciones formales. En segundo lugar la responsabilidad civil no es excluyente de otras responsabilidades y bien puede afirmarse que es complementaria. Por ejemplo si el delito penal ha causado un daño este debe ser indemnizado; lo mismo que el hecho por el cual se priva de la patria potestad al padre, también puede generar obligación de indemnizar al hijo (malos tratos, por ejemplo). Podemos decir que la responsabilidad civil no es subsidiaria, es decir no se impone luego de las otras

sanciones o cuando éstas no se han impuesto, por lo que puede coexistir con la responsabilidad penal, ética, administrativa, sin dar lugar a planteos de non bis in ídem. Incluso la responsabilidad civil puede ser previa.

De lo antes expuesto, se puede concluir que la noción, de que la responsabilidad civil solo se reduce a la sanción indemnizatoria, es muy restringida, ya que el sistema de sanciones dentro del derecho es muy variada y responde a diversos factores, tales como la compensación adecuada del daño o la necesidad de prevención o precaución.

## **2.4. FUNCION DE LA SANCION**

Según Alzamora<sup>162</sup> sanción en sentido amplio es el medio que tiene por objeto dirigir la voluntad hacia cumplimiento de una norma.

En dicha definición el referido autor resume, dos de las funciones principales de la sanción, es decir la función preventiva y la represiva. En la preventiva, la pena actúa como un mensaje a los sujetos de derecho, a que cumplan los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico o es la medida dirigida a evitar que dicho incumplimiento se produzca. En la represiva, mediante la aplicación de la consecuencia regulada por la norma en caso de incumplimiento de dicho deber.

Las normas jurídicas señalan una correlatividad de situaciones, en los sujetos de derechos, a unos les corresponderán derechos subjetivos y a otros deberes jurídicos o viceversa. Existe un deber, que tiene el carácter de principio general en todos los sistemas jurídicos, que es el deber genérico de no causar daño a otro y que tiene como función guardar el equilibrio del sistema jurídico; y es justamente el incumplimiento de dicho deber, rompe tal equilibrio y da lugar a esa consecuencia que es la imposición de sanciones.

---

<sup>162</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario. "Introducción a la Ciencia del Derecho", Octava Edición, Tipografía Sesator, Lima, Perú, 1982, Pág. 140.

Desde dicho punto de vista la sanción como elemento integrante del ordenamiento jurídico, constituye un factor necesario para evitar que se produzca la negación del derecho, puesto que sin ella, las frecuentes violaciones de aquel, llevarán a su desaparición.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la eficacia de una sanción se mide en la medida, en que verdaderamente desincentiven conductas ilícitas y cumplan la función de prevención general que se les supone; cuando la sanción no cumpla dicha finalidad habremos de decir, que la misma se ha tornado ineficaz.

La eficacia de las sanciones, es necesaria, dado que la principal tarea, que lleva a cabo el sistema jurídico es el reconocimiento de los derechos. Por ello se puede decir que las sanciones constituyen uno de los principales instrumentos con que cuenta el sistema jurídico para garantizar el ejercicio de los derechos.

## **2.5. EFICACIA DE LAS SANCIONES DE LAS PERSONAS QUE COMETEN OMISION DOLOSA.**

Como ya hemos, tenido oportunidad de señalar anteriormente la eficacia de las sanciones, se mide en la medida que éstas coadyuven a evitar la comisión de los hechos que buscan sancionar; las sanciones que se imponen por el mero hecho de castigar carece de sentido, en nuestro sistema jurídico; estas siempre deben cumplir una función preventiva general, lo contrario conllevaría a la ineficacia del sistema.

Dado el alto índice de casos de peticiones de herencia a nivel judicial, teniendo como causa las omisiones hereditarias, se puede concluir que el sistema de sanciones de responsabilidad civil regulado en el Código Civil, como respuesta para este tipo de ilícitos, no basta para evitar la comisión de

omisiones dolosas al momento de realizar la declaratoria de herederos. Consideramos que ello es así, dado que el sistema sanciones de carácter netamente indemnizatorio no basta, pues esta asocia a la vulneración de derechos, una sanción igual al valor del daño causado, esperando una racionalidad en la toma de decisiones de los agentes –que no siempre sucede–, cabe esperar que estos comparen la ganancia esperada de su comportamiento potencialmente ilícito con la sanción asociada y que finalmente decidan cometer el ilícito, cuando la ganancia sea mayor que el perjuicio causado o bien de abstenerse hacerlo en caso contrario. No puede decirse que este tipo de sanciones incentive decididamente el respeto de los derechos de terceros.

Lo señalado anteriormente, se evidencia en el hecho, de que según nuestro sistema jurídico, si algún heredero comete omisión de algún heredero con mejor o igual derecho que él; éste sabrá de antemano que su conducta tendrá como castigo la devolución de parte de la herencia o el valor de la misma, los frutos percibidos y indemnizar los daños causados<sup>163</sup>; es decir el castigo tendrá una directa relación con el daño causado y con el enriquecimiento indebido del heredero que cometió la omisión y dentro de un sistema de valoración económica dará lo mismo cometer el ilícito o no.

Dentro del tema que nos atañe, el sistema de responsabilidad civil basado netamente en la indemnización, tendrá una función netamente reparatoria, no cumple la función de crear los incentivos necesarios para que los agentes no conculquen los derechos hereditarios.

Ante dicha situación será, necesaria la imposición de una sanción civil distinta a la indemnización que sirva como medio disuasivo para la no comisión de los ilícitos hereditarios, en este punto cobra especial relevancia la figura del daño punitivo.

---

<sup>163</sup> Todo ello se desprende de lo prescrito en el artículo 666° del Código Civil.

### 2.5.1. Daño Punitivo

Los daños punitivos son una institución jurídica que tuvo origen en dos casos ingleses relacionados del siglo XVII: Wilkes vs. Wood<sup>164</sup>, y Huckle vs. Money<sup>165</sup> en los cuales se mandó pagar más de lo que fue el daño sufrido con propósitos sancionatorios y preventivos. Actualmente existen daños punitivos en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y Estados Unidos, país donde el instituto tuvo expansión más notable.

Algunos autores norteamericanos como Dobbs<sup>166</sup> definen a los daños punitivos como “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado” Otra definición es la que dan Prosser y Keeton<sup>167</sup> para quienes los daños punitivos son “tales

---

<sup>164</sup> 2Wils KB 203, 95 Eng.Rep 766 (1763). El caso tuvo lugar en cuando se publicó en el periódico Nort Briton un panfleto que fue considerado libeloso contra el rey Jorge II y alguno de sus ministros. El Secretario de Estado, Lord Halifax, emitió una orden general de allanamiento y requisa de los papeles y publicaciones del Nort Briton. La medida ordenada se cumplió en la casa de Wilkes, a quien se sindicó como editor, porque la orden (warrant) no especificaba a persona alguna por su carácter de general. Wilkes llevó el caso a los Tribunales alegando que “una indemnización insignificante no pondría fin a la invasión a sus derechos civiles”. La razón le fue otorgada y se impusieron daños punitivos para castigar al demandado y disuadir futuras inconductas.

<sup>165</sup> 2 Wils KB 205, 95 Eng.Rep. 768 (1763). En virtud de la generalidad de la misma orden del Secretario de Estado Lord Halifax, se detuvo a Huckle, quien era empleado del imprentero. En el procedimiento el detenido Huckle, fue arrestado y luego inició un juicio por los daños sufridos. Si bien el arresto duró sólo seis horas y fue tratado bien y los daños reales ascendían a veinte libras, una indemnización total incluyendo daños ejemplares (exemplary damages, otra variedad de los daños punitivos) por 300 libras le fue otorgada, equivalente a trescientas veces la paga semanal que recibía Huckle. Los motivos del Tribunal Inglés para otorgar una indemnización de daños ejemplares superiores al real perjuicio sufrido, en un párrafo reiteradamente citado por muchos estudios sobre el tema que nos ocupa, fueron: “entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización innominada con el fin de procurarse evidencia es actuar peor que la Inquisición Española; ningún inglés quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera”.

<sup>166</sup> Dobbs, Dan B. Law of remedies, 2ª edition 1993, West Publishing Co, St. Paul Minnesota, p. 312. “Punitive damages are sums awarded in addition to any compensatory or nominal damages, usually as punishment or deterrent levied against a defendant found guilty of particularly aggravated misconduct, coupled with a malicious, reckless or otherwise wrongful state of mind”.

<sup>167</sup> Prosser and Keeton, The law of torts 5ª edition 1984, cit, p. 9. “.. such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the



daños [que] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado". Estos autores son de los más reconocidos en Norteamérica en materia de derecho de daños. En el libro mencionado de Prosser puede leerse una opinión que ha sido muy citada por otros autores, con respecto a que los daños punitivos constituyen una "anomalía" dentro del sistema de reparación de daños, por cuanto las ideas subyacentes en el derecho criminal han invadido el campo del derecho de daños<sup>168</sup>.

La Corte de Estados Unidos en el caso *Gertz vs. Robert Welch*<sup>169</sup> ha definido a los daños punitivos como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia".

Bustamante Alsina; "los daños punitivos son una especie de indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición<sup>170</sup>.

En todas las definiciones están presentes dos elementos que son fundamentales para definir los daños punitivos. El castigo (punishment) y la

---

defendant, of teaching the defendant not to do it again and of deterring others from following the defendant's example"

<sup>168</sup> Prosser and Keeton, On torts 5ª edition 1984, cit. p 9.. "In one rather anomalous respect, the ideas underlying the criminal law have invaded the field of torts."

<sup>169</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo. "Introducción a la Responsabilidad Civil", en: [www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf](http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf)

<sup>170</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", La Ley, 1994-B, 860.

disuasión (deterrence). Esos dos elementos que pueden ser también traducidos como la faz sancionadora y la faz preventiva del derecho de daños son los fines que persigue el instituto.

Nosotros consideramos que la denominación daño punitivo, no es la más apropiada, ya que se designa a la consecuencia con la causa, nosotros optaremos por denominarla sanción civil, ya que con dicha denominación se podrá designar, a todo tipo de sanciones punitivas aplicables en el ámbito civil.

### 2.5.2. Naturaleza Jurídica

Comenzaremos desentrañando la naturaleza jurídica de los daños punitivos diciendo que no son una indemnización por daños sufridos. No tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria. Sin embargo es probable que tangencialmente indemnicen como sería el caso en que en tal o cual país exista una infracompensación por las razones que fuere (política legislativa, dificultad probatoria, deficiencias judiciales, tarificación o baremación, etc.). Todo sistema jurídico indemniza sólo ciertos daños porque la indemnización de todos los daños a todos los damnificados puede hacer llegar la responsabilidad al infinito. Por ejemplo en algunos sistemas el daño moral se indemniza sólo cuando existe un delito criminal, o bien no se indemnizan los daños morales en los contratos.

Los daños punitivos son un agregado, un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que en nuestra opinión puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. He aquí un primer indicio de su naturaleza jurídica: **es un instituto jurídico siempre accesorio, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense “incidental”**. Es decir que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción,

casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hace procedente este instituto de excepción.

Amén de accesorios, los daños punitivos son de aplicación estrictamente excepcional<sup>171</sup>. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar por ejemplo que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además, en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias como ser por ejemplo la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones.

Claramente puede advertirse otro de los rasgos distintivos de los daños punitivos: el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos. La jurisprudencia de los Estados

---

<sup>171</sup> Los más reconocidos estudios de campo sobre los daños punitivos así lo demuestran. Rustad, Michael, "The incidence, scope, and purpose of punitive damages: Article: unraveling punitive damages: current data and further inquiry", en Wisc. L.R. Vol. 15, 1998, p. 14; Koenig, Thomas, "The shadow effect of punitive damages in settlements", en Wisc. L.R., vol. 1998, pp.169-171; Eaton, Thomas A; Mustard, Thomas A.; Talarico, Susette, "The effect of seeking punitive damages of Tort Claims", en [www.terry.uga.edu/pdf](http://www.terry.uga.edu/pdf) ; Kritzer, Herbert M.; Zemans, Frances Kahn, "The shadow of punitives: an unsuccessful effort to bring it into view", en Wisconsin Law Review, vol. 1998, p. 157; Peterson Mark, Sarma Syam y Shanley Michael, Punitive Damages. Empirical Findings, Institute for civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California,1987; Moller, Erik; Pace Nicholas M.; Carroll, Stephen J., Punitive Damages in financial injury jury verdicts. Executive summary. Institute for civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California,1997; Moller, Erik, Trends in Civil Jury verdicts since 1985, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Mónica, California 1996; Daniels, Stephen; Martin, Joanne, "Myth and reality in punitive damages" en Minn. L.R, vol. 75, 1990-91; General Accounting Office, Product liability: Verdicts and Case resolution in Five States, HRD-89-99, 29 de Septiembre 1989; DeFrances, Carol; Litras, Marika; Civil trial cases and Verdicts in Large Counties, 1996, Bureau of Justice Statistics Bulletin, Setiembre 1999; Kelso J. Clark; Kelso Kari C., An analysis of punitive damages in California Courts, 1991-2000, Capital Center for Government Law & Policy, University of the Pacific, material obtenido de Internet; Vidmar, Neil; Rose, Mary R., Punitive damages in Florida: In terrorum and in reality, conferencia brindada el 28.5.00 en el Annual Law & Society Meetings, Miami Florida. El texto nos fue generosamente enviado por sus autores; Rustad, Michael, "In defense of punitive damages in products liability: testing tort anecdotes with empirical data", en 78, Iowa L. R. , 1, 1992; Rustad, Michael; Koenig, Thomas, "Reconceptualizing punitive damages in medical malpractice: targeting amoral corporations, not "moral monsters", en Rutgers Law Review, Vol. 47, 975, primavera 1995; Eisenberg, Theodore; Goerdts, John; Ostrom, Brian; Rottman, David, Wells, Martin, "The predictability of punitive damages", en J. of. L. Stud., Vol XXVI (junio 1997).

Norteamericanos ha sido particularmente precisa en los términos que ha usado para describir el elemento subjetivo de toda condena por daños punitivos<sup>172</sup>.

En nuestra opinión los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada<sup>173</sup> accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas.

### **2.5.3. Antecedentes**

El daño punitivo, para muchos, tiene sus orígenes remotos en el código de Hammurabi, pero su limitación y distinción de otros rubros indemnizatorios, se produce recién a finales del siglo XVIII. La primera aplicación, se produjo en 1763 en Inglaterra, en el caso “Hucke c/ Barbard”, el “Common Law” británico, consideró una justa respuesta la aplicación de daños punitivos adicionales, ante actos dolosos o faltas graves en perjuicio de terceros. Pese a este antecedente, ha sido en Estados Unidos en donde esta figura, conocida como punitive damages o exemplary damages ha alcanzado su mayor desarrollo. Los jueces de Estados Unidos, han utilizado este instrumento, no prescindiendo del factor subjetivo, ante conductas negligentes o despreocupación temeraria.

---

<sup>172</sup> Así por ejemplo Alabama habla de una “malicia, voluntariedad, intencionalidad y temerario desinterés por los derechos de los otros” *Mid-State Homes, Inc. vs. Johnson*, 311 So 2d 312, 317 (Ala 1975); también California, requiere que “el acusado sea culpable de opresión, fraude o malicia” *Cal. Civ. Code § 3294* (1995 Supp). el Distrito de Columbia establece como requisito que exista “evidencia de real malicia, conducta querida o violencia deliberada” *Kelsay vs. Motorola, Inc.* 74 Ill 2d 172, 384 NE 2d 353, 359 (1978). Illinois es un poco más amplio al requerir un “acto cometido con fraude, real malicia, violencia deliberada u opresión, o cuando el demandado actúa voluntariamente, o con tal negligencia como para indicar una voluntario desinterés por los derechos de los otros” *Smith vs. Executive Club, Ltd.*, 458 A. 2d 32, 35, 48 A.L.R. 4th 147 (DC. 1983). Texas requiere que “el acto reclamado no sólo sea ilegal pero también resulte de fraude, malicia o grosera negligencia” *Tex Civ Prac & Rem Code § 41.003* (1993); *Ogle vs. Craig*, 464 SW 2d 95, 97 (Tex 1971). Pensylvania requiere para conceder una indemnización de este tipo una conducta “maliciosa, temeraria, intencional u opresiva” *SHV Coal, Inc. vs. Continental Grain Co.*, 526 Pa. 489, 527 A2d 702 (1991).

<sup>173</sup> Carval, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 47. En el mismo sentido de considerar pena privada a los daños punitivos: Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1996, p. 48. También Busnelli, Francesco D, Patti, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Turín, 1997, p. 75. Ídem Martin Casals, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982, cit. p. 1254.

No fue fácil la introducción del daño punitivo, en los sistemas jurídicos romanistas, el jurista formado bajo este sistema, experimenta complicaciones al intentar comprender una figura que se refiere tanto a la víctima como a la del dañador<sup>174</sup>. La Corte de Casación Francesa, ha rechazado en múltiples oportunidades la aplicación de daños punitivos, sosteniendo que configurarían enriquecimiento sin causa para la víctima, pero se ha dado en las últimas décadas una positiva evolución, camino a su recepción. La ley española 1/1982, autoriza con fines indemnizatorios a computar además del daño causado, el beneficio obtenido por el demandado. En la legislación italiana desde hace más de 20 años, los daños causados al medio ambiente se calculan en base al beneficio obtenido por el autor del mismo.

En Argentina país en donde mucho se ha discutido sobre su incorporación al derecho positivo, el Proyecto de Reformas del 98' receptó originariamente la figura en los siguientes términos: “Art. 1587: Multa Civil: *El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija en consideración a las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el Tribunal por resolución fundada*”.

La Comisión de Diputados, aprobó el siguiente texto: “Artículo 1559: *Atribuciones del Juez. Medidas preventivas. Multa civil. Condenación conminatoria. El Juez tiene atribuciones para:*

- a) Disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.*
- b) Para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en*

---

<sup>174</sup> ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Los daños punitivos”, LL VOL. 2000-A Pag.1113

*consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.*

Ambas normas requerirían para su aplicación la presencia de un factor subjetivo: la grave indiferencia hacia los derechos de terceros, realizados con dolo o culpa.

Si bien este proyecto nunca llegó a ser derecho vigente, ni hay actualmente perspectivas de que lo sea, sirve de antecedente y muestra de manera mucho más clara que el actual Art. 52 de la ley de defensa del consumidor el fin perseguido por el instituto.

En el marco de discusiones sobre la incorporación de la figura, la doctrina adoptó, frente al instituto tres posturas diferentes:

- 1) Pizarro, uno de los primeros expositores, es partidario de la aplicación del instituto en nuestro derecho, proponía que se realice de “*lege ferenda*”<sup>175</sup>.
- 2) Bustamante Alsina, se muestra contrario a su aplicación por considerarlo una sanción penal que no es traspasable al ámbito civil.
- 3) Kemelmajer de Carlucci, en tesitura intermedia, postula que la víctima opte por reclamar el daño sufrido o, en su defecto, las ganancias percibidas por el dañador en los términos de ilícitos lucrativos<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, Daños punitivos, en AA.VV., Derecho de Daños. Segunda parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291. EDGARDO LÓPEZ HERRERA lo califica de landmark, en Los daños...cit., p. 318.

<sup>176</sup> GALDÓS, J.M., “Los daños punitivos...”, R.C.y S. 1999-196 y Álvarez Larrondo F. M. “Los daños punitivos”, L.L. 2000-B-1111.

Diez años de aparecer en un primer proyecto, los daños punitivos nacen como derecho positivo pero no en el marco del Código Civil, sino en el ámbito del derecho del consumo, con la ley 26.361.

Se encuentra regulado por el Art. 52 bis, en los siguientes términos:

*“Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el Art. 47 Inc.b) de esta ley.”.*

#### **2.5.4. Derecho Comparado**

Los daños punitivos han alcanzado un mayor desarrollo en los países del Common Law, sobre todo en los Estados Unidos de América.

Por otro lado, en los países de Europa y Latinoamérica no han tenido mayor repercusión, más allá de que en dichas legislaciones se promueve su paulatina incorporación.

Veamos algunos ejemplos de ello:

- **Europa**

- **Inglaterra**, cuna de los daños punitivos, pero su gran popularidad se vio afectada por un fallo de 1964 de House of Lords, que redujo la aplicación a tres supuestos;
  1. Comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.
  2. Estuvieran previstos, por disposiciones estatutarias.
  3. El demandado hubiera intentado premeditadamente, obtener provecho con su accionar antijurídico.
  
- **Francia**, no se han aceptado los daños punitivos, argumentando que generarían un enriquecimiento injustificado y, por otro lado, la Corte de Casación, se niega a darle función penal a la responsabilidad civil. En el tratado de Viney Geneviene, expresa “la gravedad de la culpa, no puede justificar una condenación superior al daño causado”.
  
- **Suiza**, pese a no ser una figura utilizada con normalidad, el código de las obligaciones, permite al juez, tener en cuenta la gravedad de la culpa al momento de evaluar la indemnización.
  
- **España**, existen mecanismos que si bien no son daños punitivos, se aproximan a la figura. La ley 1 de 1981, en su art.9, establece la posibilidad de fijar una indemnización, superior al daño sufrido por la víctima, que refleje el beneficio económico sufrido por el demandado.
  
- **Noruega**, el derecho penal, es el que reconoce la obtención de una suma de dinero, en base a dos factores: gravedad de la culpa del demandado y capacidad contributiva del responsable.

- **América Latina**



- **Perú, Guatemala, Bolivia, Suriname**, los daños punitivos no forman parte del derecho vigente de estos estados, pero si están presentes en la jurisprudencia, porque han tenido que acatar fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones de carácter ejemplarizante o disuasivo ya marcan presencia en la jurisprudencia de esta Corte. Algunos de ellos son:
- **Aloeboetoe c/ Suriname, 1993**, la Corte ordenó la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios.
- **Villagrán Morales y Otros c/ Guatemala, caso de los “Niños de la Calle”, 2001**, la Corte ordenó una vez más la designación de un centro educativo con nombre alusivo a las víctimas del caso.
- **Cantoral Benavides c/ Perú, 2001**, la Corte ordenó al Estado proporcionar una beca de estudios universitarios a la víctima.
- **Barrios Altos c/ Perú, 2001**, la Corte dispuso sobre reparaciones en prestaciones educativas y el pago de gastos de servicios de salud.
- **Durand y Ugarte c/ Perú, 2001**, la Corte volvió a ordenar el pago de gastos de prestaciones o servicios de salud y de apoyo psicológico.
- **Trujillo Oroza c/ Bolivia, 2002**, la Corte volvió a ordenar la designación de un centro educativo con el nombre de la víctima.

- **Myrna Mack Chang c/ Guatemala, 2003**, la Corte ordenó reparaciones dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio, con propósitos ejemplarizantes o disuasivos.

#### **2.5.5. Clasificación**

Los tratados norteamericanos sobre la materia, no clasifican los daños punitivos, tampoco los artículos, sin embargo nos parece valioso mencionar la clasificación que realizó el Dr. Edgardo López Herrera, en su tesis doctoral:

- **Según su origen:** Judiciales, arbitrales o legislativos.

Los daños punitivos nacieron con un acto proveniente del juez, con o sin ley que los autorice, pero hoy estos, que serían los judiciales han desaparecido, por lo menos en los países en que se han incorporado al derecho positivo. Por ello, pese a que las leyes han recogido los principios de la jurisprudencia, actualmente los daños punitivos son generalmente, legislativos.

También podrían tener su origen en una cláusula compromisoria de un acuerdo arbitral o a falta de este, nacer de las leyes declaradas aplicables por las partes para el caso de arbitraje.

- **Según su imposición:** facultativos u obligatorios.

Generalmente los daños punitivos forman parte de la discrecionalidad del juez, la víctima no puede obligar a su imposición, como si puede exigir ser resarcido en el daño causado. En contra de esta posición, encontramos los daños punitivos obligatorios, muestra de estos, en Estados Unidos, encontramos los daños triples, caso en que la víctima recibe tres veces más el daño causado. Esta condena esta prevista en la ley antimonopolio, es claramente obligatoria su concesión.

- **Según su relación con la condena:** relacionados o no relacionados.

Los primeros son conocidos como daños dobles o triples o porcentuales. Por ejemplo se condena en concepto de daños punitivos por el doble de la condena o por el 20% de esta.

Los segundos, se clasifican a su vez, en daños punitivos sin límite (el juez puede establecer la cifra que concede según su leal saber y entender) y en otros limitados a una cantidad fija( se pone un tope en dinero, sin relación con el monto de los daños causados).

- **Según el destino de la condena:** de condena completa, compartida o cero.

Según a quien vaya destinada, en el primer caso hace referencia a la condena que va íntegramente a la víctima, en el segundo, se da cuándo ésta debe compartirla con el Estado y en el último, cuando es percibida totalmente por el Estado u otra persona distinta de la víctima.

#### **2.5.6. Aplicabilidad**

Existe mucho recelo respecto a la aplicabilidad de esta figura en los sistemas jurídicos romano-germánicos y al respecto existen posiciones encontradas:

##### **2.5.6.1. Argumentos en contra:**

- **Violación de principio de reserva:** El planteo de esta crítica, proviene de los autores que la consideran una sanción penal. Argumentan por ese motivo, que dentro de un proceso civil, no se dan las garantías de un proceso penal, y de ahí la inconstitucionalidad. Sebastian Picasso, afirma que viola el principio de reserva (art. 18CN), al afirmar que “la consagración legislativa de los “daños punitivos” requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de

la sanción”<sup>177</sup>. Pero nos permitimos disentir diciendo que, las sanciones de carácter civil que no requieren la descripción del hecho generador o tipificante con la misma precisión que se exige en materia penal, recayendo en los magistrados la facultad de su aplicación o no en cada caso concreto.

- **Viola el principio de Non bis in ídem:** También se corre el riesgo, se ha dicho, de violar el non bis in ídem. Al respecto caben formular algunas precisiones: no se viola el principio en tanto y en cuanto la misma conducta no sea objeto de una sanción penal. Nadie sostiene que se viola el non bis in ídem cuando el condenado en sede penal por un ilícito es obligado a reparar las consecuencias dañosas del hecho. Aquí ocurre algo similar. El plus que constituye el daño punitivo tiene una finalidad -entre otras- disuasoria, lo que permite su asimilación parcial con la pena. El hecho de que deban pagarse dos sumas dinerarias, una en concepto de indemnización y otra como “daño punitivo”, no implica una doble sanción por la misma conducta. Tampoco constituiría violación al principio en cuestión que el condenado con pena de multa en fuero penal deba reparar -también pecuniariamente- los efectos de su acto dañoso.
- **Viola el debido proceso legal:** Se ha dicho que violan el debido proceso legal, porque generalmente se aplican sobre la base de una presunción de preponderancia de evidencia, siendo diferente del proceso penal donde la condena requiere que la evidencia vaya más allá de toda duda (INDUBIO PRO REO).

---

<sup>177</sup> PICCASO, Sebastian “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor” LL, Supl. Esp. reforma de la ley de defensa del consumidor, 2008.

También, se argumenta que al fijar sumas excesivamente altas como multas, no se garantiza el debido proceso. La Corte Suprema de Estados Unidos ha manifestado al respecto que la petición de parte interesada al momento de interponer la demanda garantiza el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En consecuencia, considera que al demandar por daños punitivos, debe necesariamente establecerse la suma pretendida en ese concepto.

**2.5.6.2. Argumentos a favor:** Los daños punitivos tienen múltiples aplicaciones y pueden ser utilizados para casos de discriminación, responsabilidad profesional, responsabilidad por productos elaborados, por ocultamiento de defectos o por culpa lucrativa, difamación, derecho sucesorio, entre otros.

Asimismo debemos indicar que los sistemas romano-germánicos, no son ajenos a la imposición de sanciones punitivas; pues tal es el caso de los intereses moratorios, la inclusión de la cláusula penal, inclusive sanciones no pecuniarias tales como la pérdida de la patria potestad y un caso especial se da en el derecho sucesorio, como la indignidad para suceder, entre otros.

Debido a esta amplitud, es que deben fijarse claramente los requisitos de su procedencia, a saber:

- a) Existencia de un daño resarcible, entonces además de las indemnizaciones compensatorias se impone un “plus” a título de pena;
- b) actuación con dolo o culpa grave o una notoria desaprensión por los derechos ajenos;

c) Tener en la mira la obtención de beneficios económicos aunque no los haya obtenido, ya sea por ganancias producto de la actividad lucrativa o por ahorro de gastos en medidas de prevención<sup>178</sup>.

Con respecto al punto a), creemos propicio indagar sobre si es necesaria la existencia de lesión y daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para reconocer los daños punitivos. Hay posiciones encontradas, en algunos fallos no solo es necesaria la existencia de daños reparables sino también se exige una razonable relación entre ambos. Pero la posición dominante, sostiene que por ser la principal función de los daños punitivos la sanción privada, se puede reconocer en ausencia de una pérdida material demostrada o cuando ésta sea mínima. Pero dejemos claro que se trataría de una excepción ya que generalmente por su carácter accesorio se reclaman como un ítem más en un proceso de daños.

#### **2.5.6.3. Argumentos de aplicabilidad de sanciones civiles en el sistema jurídico peruano:**

La aplicación de sanciones civiles, no es ajeno a nuestro sistema jurídico ya que existen ejemplos claros del mismo, tal

---

<sup>178</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ sostiene que no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, y funda su posición en la prioridad que debe darse a la recomposición económica de las derivaciones de la situación lesiva. Agrega que no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Ob. cit. pág. 190. Asimismo, vale para los supuestos donde sólo existe una notoria indiferencia por los derechos ajenos y la sanción puede imponerse al titular de la empresa donde se produjo la situación lesiva. En el caso los damnificados sufrieron tratos discriminatorios y ofensivos por personal de la empresa demandada. La Corte condenó al empleador por daños compensatorios y punitive damages. (U.S.C. Oregon, Paul, Ardí, Arnold and Barfield vs. Asbury Automotive Group, Civil Case Nº 06-1603-KI, enero 2.009, en archivo electrónico de la Biblioteca de la Universidad de Oregon, Eugene). Vide también Stiglitz Rubén - Pizarro Ramón. Reformas a la ley de defensa al consumidor. L.L. 2.009-B-958; Ariza, Ariel. Contratos y responsabilidad por daños en el Derecho de Consumo, en La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2.008.

es el caso de los intereses moratorios,<sup>179</sup> las arras penales en caso de incumplimiento<sup>180</sup>, la inclusión de cláusula penal<sup>181</sup>; así tenemos sanciones civiles punitivas no pecuniarias, tal es el caso de la pérdida de la patria potestad<sup>182</sup>, pérdida de los gananciales del cónyuge culpable en la separación de hecho<sup>183</sup>. Nuestro sistema jurídico a diferencia de otros sistemas jurídicos no señala como finalidad del sistema de responsabilidad civil, una función exclusivamente resarcitoria, si bien es cierto el artículo 1969° del Código Civil, señala que aquel, que por dolo o culpa, causa daño a otro está obligado a indemnizarlo, esta norma no limita la imposición de otro de tipo de sanciones siempre que éstas se encuentren taxativamente reguladas en la ley, los casos señalados en el párrafo anterior son muestra fehaciente de ello.

Asimismo, podemos señalar que en los casos de las sanciones civiles señaladas con precedencia, se acentúa la función preventiva de la responsabilidad civil, que es la finalidad, que se busca con la imposición de la sanción civil en el caso de omisiones hereditarias dolosas.

Por otro lado se debe tener en cuenta, que en nuestro sistema civil, la indemnización no siempre cubre a cabalidad todos

---

<sup>179</sup> Regulado en el artículo 1242° del Código Civil: El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora del deudor.

<sup>180</sup> Regulado en el artículo 1478° del Código Civil: Si la parte que hubiera entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras: si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto y exigir el doble de arras.

<sup>181</sup> Regulada en el artículo 1341° al 1350° del Código Civil.

<sup>182</sup> Regulada en el artículo 462° del Código Civil: La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

<sup>183</sup> Regulado en el artículo 323° del Código Civil: En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

daños proferidos a la víctima, a ello se suma el hecho, de que existe, que es práctica común a nivel judicial la imposición de penas bajísimas notando una gran insatisfacción en las víctimas, en ese sentido las sanciones civiles, bien aplicadas representarían una herramienta idónea para brindar un clima de seguridad jurídica y justicia con relación a las víctimas.

#### **2.5.6.4. Argumentos para la aplicabilidad de una sanción civil para el caso de las omisiones hereditarias dolosas:**

Los argumentos son los siguientes:

- Por una **razón de eficacia**: Dado el incremento considerable casos de petición de herencia en sede judicial, nos lleva a concluir acerca de la ineficacia del sistema de sanciones aplicables a la fecha para el caso de omisiones hereditarias dolosas, sistema basado fundamentalmente en el sistema de indemnizaciones. En ese sentido podemos señalar que la eficacia de las sanciones no se mide, en la cantidad de sanciones impuestas, sino en la medida que coadyuven a la no comisión de los ilícitos que buscan sancionar. Desde este punto de vista se hace necesaria una reforma en ese sentido.
- Por **razones de prevención**: Consideramos que la imposición de una sanción civil para los casos de omisiones hereditarias dolosas, resulta efectiva desde un punto de vista preventivo, pues en este caso, el dañador sabrá de antemano antes de cometer el ilícito, que la sanción será proporcionalmente más alta en términos valorativos que el daño causado, situación que no sucede en el sistema meramente indemnizatorio.



- Por el grado de **reproche de la acción omisiva dolosa**: Si causar daño a un tercero resulta reprobable; más aún reprochable es el daño cometido a personas con quienes el sujeto activo del ilícito tiene relación de parentesco o familiares, tal es el caso de los herederos. El derecho en la medida de lo posible debe tratar de eliminar la comisión de dichos ilícitos, ya que dichas acciones desestabilizan a la célula básica de la sociedad que es la familia.
- Por las **consecuencias ulteriores de la omisión hereditaria**: Las consecuencias dañosas de las omisiones hereditarias no se agotan con el hecho de la omisión; sino que en la mayoría de las veces, los herederos perjudicados, tienen que soportar y tratar evitar las maniobras del o los herederos causantes de la omisión, cuando estos últimos tratan de ocultar, reducir o aprovecharse en la medida de lo posible de la masa hereditaria en perjuicio de los herederos omitidos. El heredero omitido se ve envuelto en una serie de juicios –generalmente duran años-, no solo de petición herencia; situación que le genera perjuicios económicos y morales, que muchas veces no son cubiertos por la indemnización.

#### **2.5.6.5. Afectación de la parte de la herencia del heredero que causó la omisión:**

Como ya se dio entender anteriormente la sanción civil, puede materializarse mediante la imposición de una suma de dinero por el juez o mediante la imposición de sanciones no dinerarias mediante la restricción de algunos derechos no patrimoniales.

En este punto consideramos que la sanción civil más idónea aplicable para los casos de omisión hereditaria dolosa es la afectación de parte de la herencia del heredero causante del daño; consideramos ello, debido a que el móvil que generalmente mueve a los herederos que causan la omisión dolosa, es el aprovechamiento patrimonial de la parte de la herencia del heredero afectado, y por ello lo más lógico, es que se le castigue privándole de la herencia o de una parte de la misma o el pago de su valor que le hubiera correspondido, sino hubiese causado la omisión.

#### **2.5.6.6. Cuantificación de la sanción civil**

La cuantificación de las sanciones pecuniarias, se imponen teniendo en cuenta ciertos criterios, entre otras tales como:

- Tales como la gravedad del hecho, que se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad del agente.
- La solvencia del deudor.
- La ganancia obtenida con la acción dañosa.
- La reincidencia.

Todos estos criterios son generalmente analizados y aplicados por el juez al momento de imponer la sanción, en los casos en específico que se le ponen en conocimiento.

Por una cuestión de seguridad jurídica y dada la naturaleza de penas privadas de las sanciones civiles, éstas deben estar debidamente reguladas en las normas de derecho positivo de cada sistema jurídico, a efecto de no violar el principio de legalidad que es propio de las sanciones punitivas.

La cuantificación de las sanciones a nivel positivo, responde a diversos criterios de política legislativa. Nosotros en el caso específico de las omisiones hereditarias dolosas proponemos como quantum de la sanción “en un cuarto de la herencia que le hubiera correspondido al heredero que cometió la omisión”.

Consideramos dicha cuantificación como razonable, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida; ya como medida ejemplarizante basta con privarle una parte de la herencia; optar por privarle toda la herencia al heredero infractor, resulta una medida muy severa. Ello no obsta que por una cuestión de necesidad y de gravedad de la situación el legislador optara por una cuantificación mayor de la sanción civil.

En los casos en donde el heredero haya transferido los bienes de la herencia o estos hayan desaparecido quedara obligado a pagar el valor correspondiente a la sanción civil señalada en la norma.

#### **2.5.6.7. Destino de la sanción**

Existen algunos autores que consideran a la sanción civil, como una multa civil, lo cual llevaría a pensar, que lo que se recaude como consecuencia de la aplicación de la sanción tendría como destino las arcas fiscales. Pues existen razones de sobra para negar ello, optando por la conveniencia destinar lo recaudado al sujeto dañado. Estas razones son las siguientes:

- El Estado ha demostrado ser un mal administrador y la experiencia en materia de fondos especiales es nefasta.
- Dicha monto servirá para aplacar en algo las angustias en las se ven envueltos los herederos dañados en este tipo situaciones.

- El heredero es el propio fiscalizador de las omisiones hereditarias cometidas; pues el Estado como tal no puede evitar la comisión de dichas conductas omisitas.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes respecto de los cuales recaerá la sanción –bienes hereditarios- la fórmula del legislador podría materializarse, que una vez verificado la omisión y el daño, el heredero dañado adquirirá el derecho de acrecer en una cuarta parte de la herencia que le hubiera correspondido al heredero que cometió la omisión.

Asimismo teniendo en cuenta que se trata de un derecho dependerá del heredero si exige o no dicho derecho; ya que podría suceder que una vez verificado la omisión y daño el heredero optara por no solicitar la ejecución de la sanción civil.

Esto guarda relación con la naturaleza propia de las sanciones civiles, que a diferencia de las penales no son aplicadas de oficio por los tribunales; sino, siempre y cuando así lo exijan los justiciables.

#### **2.5.6.8. CONDICIONES DE APLICABILIDAD DE LA SANCION CIVIL EN LAS OMISIONES DOLOSAS:**

La aplicación de la sanción civil consistente en la afectación de una parte de la herencia del heredero que causa la omisión hereditaria dolosa, deberá realizarse bajo las siguientes condiciones:

- **Con respeto al principio de legalidad:** En principio este tipo sanciones civiles, dada su naturaleza punitiva, para materializarse debe estar previamente y debidamente regulado en un texto normativo.

- **Su aplicación es carácter accesorio:** Es decir la acción punitiva dirigida a la afectación de la herencia del heredero que cometió la omisión, no tiene vida propia, siempre será accesoria a la acción de petición de herencia y en donde deberá apreciarse la especial conducta agravante y el daño sufrido.
- **Su aplicación será siempre a pedido de parte:** Es decir no podrá ser aplicada de oficio por el juez; es decir para ser posible su aplicación el heredero dañado deberá exigirlo en su escrito de demanda. Esto guarda relación con la naturaleza privada de dicha pena.
- **Deberá verificarse que la omisión sea dolosa:** Lo que se ajusta con la naturaleza propia de este tipo sanciones, que buscan sancionar las conductas especialmente graves, en donde existe un desprecio evidente de los bienes jurídicos.
- **Deberá verificarse la existencia de daños:** Que, generalmente son de tipo económico, en ese sentido no habrá sanción, si es que no existe un beneficio indebido para el heredero que cometió la omisión.

## TERCERA PARTE

### 3.1. ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

En este caso analizaremos los resultados obtenidos, como producto de la investigación realizada, teniendo en cuenta el problema científico, los objetivos y la hipótesis.

#### 3.1.1. PROBLEMAS PLANTEADOS:

- Interrogante 01

*¿Es posible la aplicación de una sanción civil a los herederos que pese a conocer la existencia de otros herederos, con mayor o igual derecho sucesorio, solicitan y obtienen una declaración judicial o notarial de sucesión intestada del causante, produciendo una omisión dolosa de otros herederos?.*

Para responder a dicha interrogante se tuvo en cuenta, las siguientes variables:

1. **Fundamento del sistema de responsabilidad:** Que, tiene su fundamento en el deber de responder y que se constituye en un instrumento de protección de los derechos subjetivos.
2. **Las sanciones resarcitorias y represivas:** La primera es propia del sistema de responsabilidad civil y la segunda del sistema de responsabilidad penal. Pero, ambas no son excluyentes, esto quiere decir que es posible aplicar ambos tipos de sanciones a cualquier sistema de responsabilidad, sin que ello signifique la violación de los principios básicos de cada sistema. Desde un punto de vista de prevención, las sanciones represivas son más eficaces.

3. **Función de la sanción:** Fundamentalmente la sanción, cumple la función de instrumento de prevención general, es decir como un mensaje para que los sujetos respeten los derechos subjetivos. En ese sentido la eficacia de una sanción se calibra en la medida que cumpla dicha función.
4. **Las sanciones para los casos de omisiones hereditarias:** El derecho sucesorio peruano, no cuenta con un sistema sanciones propio, para los casos omisiones hereditarias dolosas, solo existe normas de carácter remisivo, tal es el caso de la aplicación de las reglas de la buena o mala fe y la indemnización, que muchas veces no cubren todos los daños producidos por la conducta omisiva dolosa.
5. **La Posibilidad aplicación de sanciones represivas en el sistema jurídico civil:** El derecho civil, no es ajeno a la aplicación sanciones represivas, muestra de ello es la aplicación la pérdida de la patria potestad, la pérdida de gananciales del cónyuge culpable y en el derecho sucesorio la indignidad.
6. **Grado de reproche de la conducta omisiva dolosa:** La omisión hereditaria dolosa, es una conducta ilícita, con un alto grado de reproche social, ya que se cometen por personas que se encuentra unidos por lazos de familiares, que el derecho debe tratar de evitar.

- **Interrogante 02:**

Para responder a la interrogante respecto a: ***¿Qué tipo de sanción es posible aplicar?*** En los casos de omisiones hereditarias dolosas, se tuvo en cuenta las siguientes variables:

1. **El sistema civil:** Es decir, el tipo de sanción aplicable, debe guardar correspondencia con la naturaleza del sistema de responsabilidad civil, el cual es aplicable a las consecuencias de las omisiones dolosas. En ese sentido, las sanciones aplicables pueden ser tipo patrimonial o mediante la imposición de restricciones al ejercicio de los derechos subjetivos.
2. **El Móvil en la comisión de las omisiones:** Se ha determinado que el móvil, que mueve a los herederos para cometer las omisiones dolosas,

generalmente es el aprovechamiento patrimonial de la parte de la herencia que no le corresponde.

### 3.1.2. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

- **Hipótesis 01:**

***“Si, es posible la aplicación de una sanción civil, para los casos de omisión hereditaria dolosa, dado que la aplicación de la misma, no contradice los principios de responsabilidad civil aplicable al derecho sucesorio peruano”.***

Esta hipótesis ha sido comprobada con los argumentos esgrimidos en los puntos 2.5.6.3 y 2.5.6.4 del Capítulo IX de la presente tesis, siendo los argumentos principales los siguientes:

- Los sistemas romano-germánicos y en el caso específico del sistema jurídico peruano, no son ajenos a la imposición de sanciones punitivas dentro del derecho privado, pues existen innumerables ejemplos de la misma dentro del derecho civil y de manera específica en el derecho sucesorio, siendo destacable el caso de la indignidad hereditaria.
- Nuestro sistema jurídico a diferencia de otros, no señala como finalidad del sistema de responsabilidad civil, una de carácter exclusivamente resarcitorio.
- En nuestro sistema jurídico, el sistema de responsabilidad, basado en la indemnización, no cubre a cabalidad todos los daños proferidos a la víctima; asimismo en las sanciones civiles de tipo represivo se acentúa la función preventiva de la responsabilidad civil.
- Asimismo tratándose de los casos de omisiones hereditarias dolosas, dichas conductas deben tener una reacción más contundente por parte del sistema jurídico, por el alto reproche social de las mismas, dado que el daño es inferido, se da entre personas de un círculo cercano y unidos por lazos familiares y asimismo porque las consecuencias dañosas no se agotan en la



omisión, sino que el perjudicado en la mayoría de casos, tiene que pasar por interminables procesos judiciales para el reconocimiento de sus derechos.

**Conclusión:** En el presente caso, se ha verificado afirmativamente la primera hipótesis formulada.

- **Hipótesis 02:**

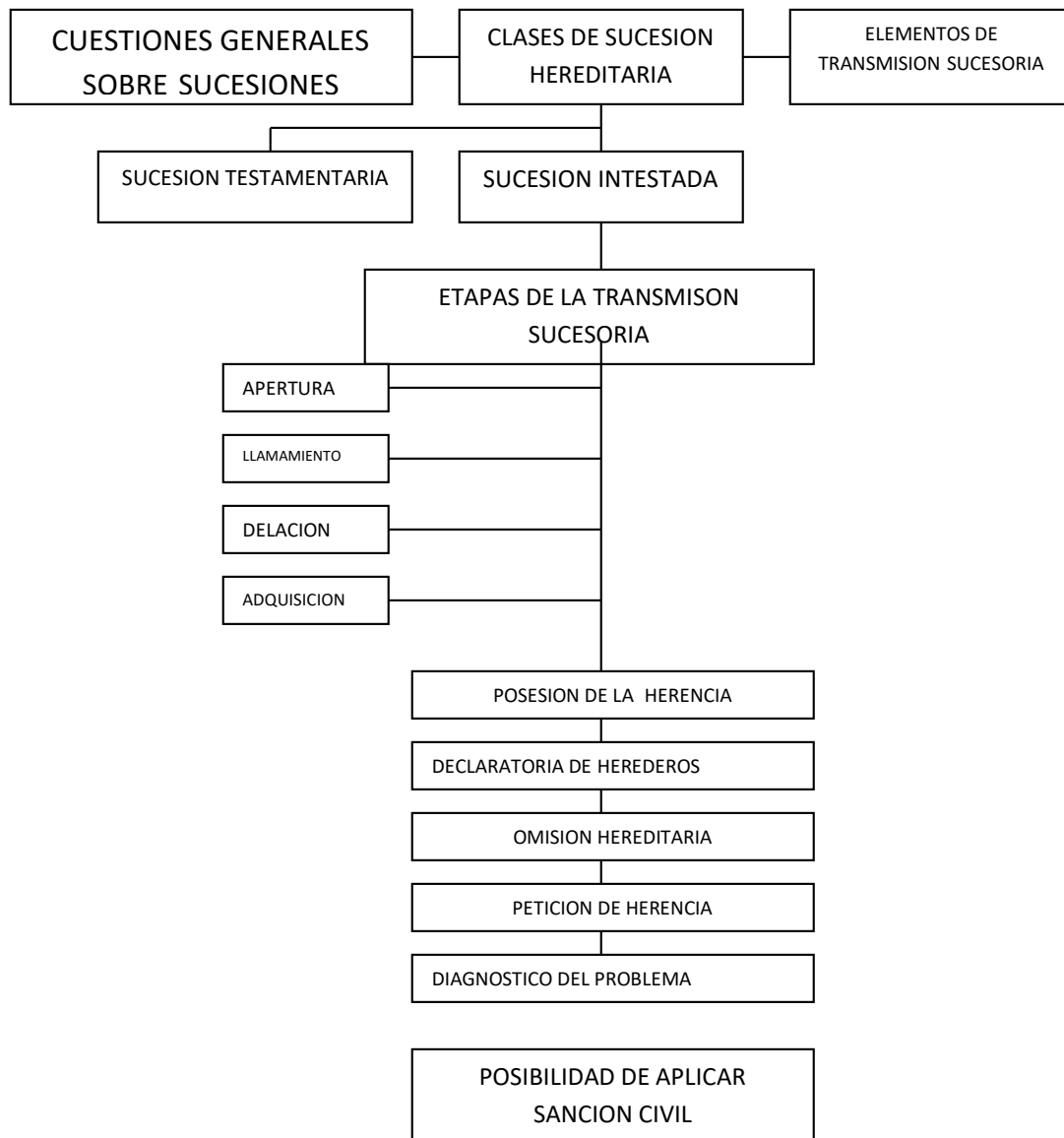
***“El tipo de sanción aplicable, será de carácter patrimonial, consistente en la afectación de una parte de la herencia del heredero del heredero que cometió omisión dolosa, la que pasara será adjudicada a favor de perjudicado”.***

Esta hipótesis ha sido comprobada con los argumentos esgrimidos en los puntos 2.5.6.5 del Capítulo IX de la presente tesis, siendo los argumentos principales los siguientes:

- La imposición de una sanción civil de tipo patrimonial, consistente en la afectación de una parte de la herencia del heredero infractor, es coherente con sistema responsabilidad propio del derecho privado.
- El móvil que generalmente mueve a los herederos infractores mediante omisiones dolosas, es el aprovechamiento patrimonial de la parte de la herencia del heredero afectado, en ese sentido la aplicación de una sanción de tipo patrimonial consistente en la afectación de una parte de la herencia, se construye en la más coherente desde un punto de vista teórico.
- Dicha sanción servirá para compensar, los daños no cubiertos por una posible indemnización.

**Conclusión:** En el presente caso, se ha verificado afirmativamente la segunda hipótesis.

### **3.2. MODELO TEORICO**



## CONCLUSIONES

- Para un adecuado tratamiento del tema de la omisión hereditaria, resulta imprescindible, una comprensión cabal y clara de la noción de la figura posesión hereditaria. Pues ambos temas se encuentran estrechamente vinculados, dado que las omisiones hereditarias dolosas se cometen en la etapa de la toma de posesión de la herencia.
- Desde un punto de vista del ejercicio de los derechos hereditarios, consideramos, que la toma de la posesión hereditaria es una de las etapas más importantes del proceso sucesorio, ya que sin el reconocimiento formal de la calidad de heredero, es imposible que el heredero pueda ejercitar sus derechos de manera completa y sin restricción alguna.
- A la fecha el sistema de publicación por edictos regulado para los procedimientos de sucesión intestada carece de eficacia, ya que no cumplen su finalidad de publicar la existencia de un procedimiento de sucesión intestada en trámite; pues se reduce a ser un mero requisito formal y sin mayor importancia. Consideramos que aquí radica una de las mayores falencias dentro del sistema de sucesión intestada.
- Las sanciones civiles, constituyen un mecanismo de respuesta idóneo, que el derecho civil no debe perder de vista, y cuya aplicación debe ser tenido en cuenta, sobre todo ante la comisión de conductas ilícitas de alto reproche social, conductas respecto a las cuales el sistema de reparaciones se ha tornado en ineficaz.
- La aplicación de sanciones civiles de tipo represivo distintas a las resarcitorias, no es contraria a los principios ordenadores del sistema de responsabilidad civil, propia del derecho privado. Más bien, en casos, como la omisión hereditaria dolosa, resultan ser un complemento, ante los daños

no cubiertos por las indemnizaciones; más aún teniendo en cuenta el derecho sucesorio peruano, en los casos de omisiones hereditarias, no cuenta con un sistema de sanciones, acorde con la naturaleza y el alto reproche social de las conductas omisivas dolosas.

- Teniendo en cuenta la naturaleza propia del sistema de responsabilidad civil, el móvil de los infractores y la compensación de daños a la víctima; la afectación de una parte de la herencia del infractor a favor del heredero perjudicado, se constituye en la respuesta más adecuada y coherente para responder a los casos de omisiones hereditarias dolosas.

## RECOMENDACIONES

- Dada, la importancia del tema de la posesión y omisión hereditaria se sugiere su inclusión en los cursos de derecho de sucesiones en las aulas universitarias.
- Dado, que la notificación por edictos se ha tornado en ineficaz como medio de publicidad del inicio de un procedimiento de sucesión intestada, se recomienda dar mayor relevancia a la notificación personal de los sujetos con interés en la sucesión abierta.
- Si bien es cierto las sanción civil, pena privada, sanción punitiva o como se la quiera denominar, institución de raigambre netamente anglosajona, en los países donde se aplica viene constituyéndose en un instrumento eficaz para la prevención en el ámbito civil de conductas, que por su alto reproche social son consideradas como indeseadas y que el derecho busca evitar a como dé lugar. En ese sentido vale la pena profundizar en el estudio de dicha figura, que no es muy conocido en nuestro medio y así permitir ampliar los alcances de la responsabilidad civil, tratando de darle al mismo un matiz preventivo, para el caso conductas altamente dañosas y de gran reproche social.
- La aplicación de una sanción civil, dado su carácter punitivo, debe ser aplicado teniendo en cuenta determinado parámetros o principios tales como: Con respeto al principio de legalidad, con carácter accesorio, a pedido de parte, aplicable a conductas altamente reprochables y con verificación de daños.

## **PROPUESTA LEGISLATIVA**

Que, teniendo en cuenta el sustento doctrinario esbozado anteriormente y habiéndose comprobado afirmativamente la hipótesis planteada proponemos una propuesta legislativa, que se materializara en la modificación del último párrafo del artículo 815° del Código Civil:

### **Texto Actual:**

Artículo 815° del Código Civil:

(...)

La declaratoria judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664°.

### **Texto materia de la propuesta:**

Artículo 815° del Código Civil:

(...)

Cuando la declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada se ha producido omitiendo en forma dolosa la inclusión de otros herederos, los herederos perjudicados podrán solicitar al juez en el proceso de petición de herencia el derecho de acrecer o el pago del valor de ser el caso de la cuarta parte de la porción que le corresponda al heredero que promovió el proceso no contencioso de sucesión intestada.

## BIBLIOGRAFIA

- ✚ ALZAMORA VALDEZ, Mario. "Introducción a la Ciencia del Derecho", Octava Edición, Tipografía Sesator, Lima, Perú, 1982.
- ✚ ANGEL YÁGÚEZ, Ricardo. "La responsabilidad civil", 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1989.
- ✚ ARIANO DEHO Eugenia, "Heredero Titulado", Sucesión Intestada y Partición (...Cuando la "Forma" se antepone a la "Sustancia"), en "Dialogo con la Jurisprudencia, N° 55, abril ,2003.
- ✚ BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. "Curso de Derecho Civil", Volumen V, cuarta edición, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1931.
- ✚ BARROS ERRAZURIZ, Edgard; BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla S.A., México, 1994.
- ✚ BONNECASE, Julien. "Tratado Elemental de Derecho Civil", Oxford University Press, México D.F., 2003.
- ✚ BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones, Décima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- ✚ BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Sucesiones, sexta edición actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- ✚ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", La Ley, 1994.
- ✚ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Novena Edición Ampliada y Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

- ✚ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, en Código Civil Comentado, Tomo IV, Derecho Sucesiones, Comentado por mas 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Mayo, 2007.
  
- ✚ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, Sucesión Intestada. Cuando La Ley Determina a Quien se Debe Declarar Herederos, en Dialogo con la Jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
  
- ✚ CABANELLAS, Guillermo.- “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo III, 8ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974.
  
- ✚ CANDIAN, Aurelio. “Instituciones de derecho privado”, Primera Edición en Español, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.
  
- ✚ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Derecho de Sucesión”, Tomo II, Edit. e Imp. Bautista, Lima, Perú, 1975.
  
- ✚ DE CUPIS, Adriano. “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1970, p. 82.
  
- ✚ DE GASPERI, L. “Tratado de Derecho Hereditario”, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1953.
  
- ✚ DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel, “Compendio de Derecho Sucesorio”, Editorial La Ley, Madrid, 1990.
  
- ✚ DIEZ-PICAZO, Luis y Gullon Antonio. “Sistema de Derecho Civil”, Volumen IV – Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Octava Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
  
- ✚ DIEZ-PICAZO, Luis. “FUNDAMNETOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL”, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1993.
  
- ✚ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA Ramón, “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1990, Tomo II.
  
- ✚ ECHECOPAR GARCIA, Luis.- “Derecho de Sucesiones”, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 1999.



- ✚ FALCON, Modesto.- Código Civil Español, Tomo Tercero, Centro Editorial de Góngora, Madrid, España, 1889.
- ✚ FERNANDEZ ARCE, C.: “El Legado en nuestra realidad nacional”. Publicado en “Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional en Lima”. Universidad de Lima, 1992.
- ✚ FERRERO COSTA, Augusto. “Derecho de Sucesiones”, Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima, 1993.
- ✚ FERRERO, Augusto.- “Tratado de Derecho Civil”, Tomo V, Volumen I, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000.
- ✚ FERRERO COSTA, Augusto, en Código Civil Comentado – Comentan 209 Especialista en las Diversas Materias del Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Sucesiones, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- ✚ FERRERO, Augusto.- “Tratado de Derecho Civil”, Tomo V, Volumen II, Derecho de Sucesiones, Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú, 2000.
- ✚ FERRERO, Augusto. “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Sexta Edición, Primea Reimpresión, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005.
- ✚ GALGANO, Francesco. “El Negocio Jurídico”, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1992.
- ✚ GARCÍA CALDERÓN, Francisco. “Diccionario de la Legislación Peruana”, Tomo II, Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Lima, 2007.
- ✚ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal. Introducción, Publicaciones Complutense, Madrid, 2.000.
- ✚ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, “Derecho de Sucesiones”, Tercera Edición, Editorial Idemsa, Lima, Perú, 1999.
- ✚ JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Sucesiones – Doctrina – Jurisprudencia – Modelos”, Jurista Editores, Lima, Perú, 2007.
- ✚ JARA QUISPE, Rebeca. “Manual de Derecho de Sucesiones”, Jurista Editores, Lima, Perú, 2009.

- ✚ LACRUZ BERDEJO José Luis, De Asís Rebullida Francisco, Luna Serrano Agustín, Delgado Echevarria Jesús, Rivero Hernández Francisco y Rams Joaquín Albasa. “Elementos de Derecho Civil”, Tomo V – Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Dickinson, Madrid, 2007.
  
- ✚ LANATTA, Rómulo E.- "Derecho de Sucesiones" Tomo I. Parte General. Editorial Desarrollo S.A., Lima-Perú. 1981.
  
- ✚ LEON BARANDEARIAN, José. “Tratado de Derecho Civil”, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 1995.
  
- ✚ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones”, Sucesión en General (Comentarios a la Sección Primera del Libro Cuarto del Código Civil), Tomo I, Biblioteca para leer el código civil, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1998.
  
- ✚ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.- “Derecho de Sucesiones – Sucesión Testamentaria”, Tomo II – Segunda Parte, Biblioteca para leer, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, Perú, 1998.
  
- ✚ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Derechos de Sucesiones”, Tomo I, Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú, 1995.
  
- ✚ MAFFIA, Jorge A.- “Manual de Derecho Sucesorio”, Tomo II, segunda edición actualizada y aumentada, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.
  
- ✚ MAFFIA, J. O. “Tratado de Sucesiones”, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
  
- ✚ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europea – America, Buenos Aires, Argentina, 1956.
  
- ✚ MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes, Derecho penal. Parte general 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
  
- ✚ PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. “Manual de Derecho Civil” Tomo II, Volumen 2, segunda edición, Editorial Huallaga, Lima, Perú, 1987.

- ✚ POLACCO, Vittorio. “De las Sucesiones”, Tomo II, segunda edición, Ediciones Jurídicas Europea – América, Bosch y Cía. Editores, 1950.
  
- ✚ RODRIGUEZ LOPEZ, Fernando. “El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por comportamientos corruptos” en Documentos de la Universidad de Salamanca – España. Ubicado el 15.5.2011 en <http://web.usal.es/~frodriguez/doctrab/conflictosanciones.pdf>- pág. 2-3.
  
- ✚ RIPERT, Georges. La Regla Moral en las obligaciones Civiles. La Gran Colombia - Bogotá. 1946.
  
- ✚ SÁNCHEZ CALERO Fernando y SÁNCHEZ CALERO Guilarte Juan, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. I, Vigésima Sexta Edición, Editorial Mac Graw Hill, Madrid, 2004.
  
- ✚ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. “Derecho Sucesorio”, Volumen I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, Chile, 1954.
  
- ✚ TRABUCCHI Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo II, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1967.
  
- ✚ VALENCIA ZEA, Arturo. “Derecho Civil”, Tomo VI, sexta edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984.
  
- ✚ VALVERDE y VALVERDE, Calixto. “Tratado de Derecho Civil español”, Tomo V, tercera edición, Talleres Tipográficos “Cuesta”, Valladolid, España, 1926.
  
- ✚ ZANNONI, Eduardo. “Derecho de las Sucesiones”, VOLUMEN 1, segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976.
  
- ✚ ZANNONI, Eduardo. “Derecho de las Secesiones”, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1982.