



FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**INCLUSIÓN DE HEREDERO PRETERIDO COMO
ASUNTO NO CONTENCIOSO DE COMPETENCIA
NOTARIAL**

**PRESENTADA POR
RICARDO HUAMAN PIZAN**

**ASESOR
OSWALDO ARNULFO ARIAS MONTOYA**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
REGISTRAL Y NOTARIAL**

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**INCLUSIÓN DE HEREDERO PRETERIDO COMO ASUNTO NO
CONTENCIOSO DE COMPETENCIA NOTARIAL**

**TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO REGISTRAL Y
NOTARIAL**

**PRESENTADO POR:
RICARDO HUAMAN PIZAN**

**ASESOR:
DR. OSWALDO ARNULFO ARIAS MONTOYA**

**LIMA, PERÚ
2021**

DEDICATORIA

En primer lugar, mi corazón me pide que dedique esta investigación a mi madre, Lorena, y lo hago con todo mi amor, ya que sin todo su esfuerzo no habría podido lograr lo poco que hasta ahora he conseguido. Gracias por prepararme para la vida.

En segundo lugar, mis recuerdos me piden dedicar este esfuerzo a mis dos ángeles, mis abuelitos Dora y Fortunato, de quienes aprendí desde escribir, hasta respetar a todos por igual. Me hubiese gustado poder darles más, pero lo poco que hice por ustedes, fue con todo mi corazón.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de todo corazón a mi esposa Guiliana, y a mi niña Valentina, por la paciencia, y porque sólo pensar en ustedes, me incentivó cada minuto que le dediqué a esta investigación.

Gracias también a dos abogados quienes fueron y siguen siendo mis grandes ejemplos a seguir: José Francisco Guerrero Abanto, por tu trato siempre como hijo, y por tus enseñanzas siempre como a un colega, y a Julio Antonio Del Pozo Valdez, a quien le agradezco además de enseñarme a “pensar como abogado”, por permitirme entender que la ética es el valor más importante de nuestra profesión.

Por último, agradezco a toda mi familia, ya que siempre me brindaron comentarios de aliento.

CONTENIDO

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	6
1.1 Antecedentes de la Investigación	6
1.1.1 Tesis de Luis Alfredo Huamán De La Cruz	6
1.1.2 Tesis de Gabriela Irene Del Águila Barrera	11
1.1.3 Tesis de María de Fátima Vargas Rivas	12
1.1.4 Tesis de Milagros Paredes Mendieta	15
1.1.5 Artículo “La Hereditatis Petitio y el Sucesorio Ab Intestado en Sede Notarial”	19
1.2 Bases Teóricas	20
1.2.1 Fenómeno Sucesorio	20
1.2.2 Derecho Romano	21
1.2.2.1 La Herencia	21
1.2.2.2 La Preterición	26
1.2.3 La Herencia	29

1.3 Definición de Términos Básicos	31
1.3.1 <i>De Cujus</i>	31
1.3.2 Preterición	31
1.3.3 Sucesión Intestada	32
1.3.4 Testamento	32
1.3.5 Sucesión Testamentaria	33
1.4 Petición de Herencia	34
1.5 Legislación Comparada	44
1.5.1 Brasil	44
1.5.2 Italia	45
1.5.3 México	46
CAPÍTULO II: EL NOTARIO EN LA SOCIEDAD ACTUAL	48
2.1 Función Notarial	48
2.2 Función Notarial en los Asuntos No Contenciosos o de Jurisdicción Voluntaria	51
CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA	62
CAPÍTULO IV: POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS	64
4.1 Cesión de Derechos Hereditarios	64
4.1.1 Perú	64
4.1.2 Argentina	67
4.1.3 Chile	69
4.1.4 España	72

4.2 Conciliación	75
4.3 Transacción	80
CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTO PROPUESTO	82
CAPÍTULO VI: METODOLOGÍA	86
6.1 Diseño Metodológico	86
6.1.1 Investigación Bibliográfica	86
6.1.2 Entrevistas	86
6.2 Procedimiento de Muestreo	86
6.3 Aspectos Éticos	87
CAPÍTULO VII: RESULTADOS	88
CAPÍTULO VIII: DISCUSIÓN	94
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	102
LISTA DE REFERENCIAS	103
LISTA DE ILUSTRACIONES	112
ANEXOS	120
Anexo 1: Ley que Amplía la Ley número 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos	120
Anexo 2: Modelo de Instrumento Público	123

RESUMEN

La investigación tiene por objetivo analizar y solucionar la problemática originada cuando en un testamento o en una sucesión intestada se omite instituir o declarar respectivamente, cuando menos a un heredero, es decir, cuando se realiza la preterición de éste, teniendo en cuenta que en la actualidad, la única opción a la que puede recurrir dicho preterido, es la competencia judicial.

Para dicho fin se ha recurrido a las principales fuentes doctrinales nacionales y extranjeras, así como a las entrevistas realizadas a seis notarios de la provincia de Lima, quienes con sus bastas experiencias, dotaron a la presente investigación, la confirmación de la necesidad de solucionar la citada problemática y la conveniencia de que un notario pueda llevar a cabo un procedimiento para ello.

Como respuesta a dicha problemática, se propone un procedimiento que podría llevar un notario abogado como un asunto no contencioso. Dicho procedimiento colaboraría notablemente a obtener una eficaz respuesta a dicho problema, en razón del conocimiento demostrado por dichos profesionales en temas relacionados con el derecho de sucesiones.

Tesaurus: heredero, preterición, competencia notarial.

ABSTRACT

The objective of the investigation is to analyze and solve the problems that arise when a will or intestate succession fails to institute or declare respectively at least one heir, that is, when the preterition of this is carried out, taking into account that at present, the only option to which said preterition can resort is the judicial jurisdiction.

For this purpose, the main national and foreign doctrinal sources have been used, as well as interviews with six notaries in the province of Lima, who with their vast experiences, endowed this investigation the confirmation of the need to solve the aforementioned problem and the convenience that a notary can carry out a procedure for it.

In response to this problem, a procedure is proposed, that could be carried out by a notary lawyer as a non-contentious matter. That procedure would notably contribute to obtaining an effective response to that problem, due to the knowledge demonstrated by those professionals in matters related to inheritance law.

Thesaurus: heir, preterition, notarial competence.

INTRODUCCIÓN

En Perú existe una pobre cultura del testamento, de modo que las sucesiones son en su generalidad, intestadas. Sin embargo, la problemática del presente trabajo puede tener su origen en un testamento, así como en una declaración de sucesión intestada.

Además de los jueces, desde el año 1996, con la vigencia de la Ley de Competencia Notarial en Asunto no Contenciosos -Ley 26662-, son los notarios abogados, competentes para declarar las sucesiones intestadas entre otros asuntos, descongestionando así la carga judicial, lo que ha beneficiado muchísimo a la sociedad peruana.

En la realidad jurídico social, se advierte que existen diversos motivos por los cuales los testadores en sus testamentos, así como en los procesos judiciales o notariales de sucesiones intestadas, no se instituyen o declaran respectivamente a la totalidad de herederos como tales.

El ordenamiento civil peruano determina que cuando existe un testamento debidamente ampliado o un proceso de sucesión intestada ya culminado, la única forma de incluir a los herederos preteridos, es mediante un proceso judicial denominado Petición de Herencia, proceso que tiene la naturaleza de ser un

proceso eminentemente contencioso, y que se rige bajo las normas del Código Procesal Civil.

Es de conocimiento público que en nuestro país, existen diversos factores que han llevado a que la carga procesal judicial sea un suplicio para los litigantes, y con ello, una carga innecesaria muchas veces a la sociedad, lo que se traduce en el retraso de las actividades económicas, y así, en el fomento de muchos caminos alternativos que, no necesariamente son los más respetuosos de las normas civiles y tributarias.

Con la presente investigación, se pretende demostrar que el problema de la preterición del heredero, puede solucionarse mediante la intervención de un Notario Público, mediante el trámite de un asunto no contencioso, el cual tendrá por finalidad, que se incluya como herederos a aquellas personas que por diversas circunstancias no fueron declaradas o instituidas como tales en su oportunidad.

Esta investigación está planteada como una no experimental, de enfoque cualitativo, en la cual no se opera ninguna variable.

Se recurrió a la mejor doctrina especializada, tanto nacional como extranjera, así como a la opinión de notarios públicos, con la finalidad de demostrar que la función notarial mediante el proceso no contencioso, resulta idónea para resolver tal problemática.

El presente trabajo tiene la siguiente estructura: el primer capítulo que corresponde al Marco Teórico, en el cual se hace referencia a cuatro tesis mediante las cuales

se tratan temas muy relacionados con el que es materia de la presente investigación, pero que, en ningún caso, resuelven la problemática descrita, y además se hace referencia a un artículo especializado realizado por un notario público, mediante el cual se aborda la problemática de la presente investigación, pero se brinda una solución parcial a aquélla. Asimismo, este primer capítulo analiza los conceptos que serán las bases teóricas de toda la investigación. En el segundo capítulo, se analiza la función notarial en la actualidad, es decir, se privilegia el conocimiento de la realidad viva de la actuación notarial. El tercer capítulo describe la problemática central que es materia de la presente investigación. En el cuarto capítulo se analizan instituciones que podrían pensarse como soluciones para resolver la problemática, como es la cesión de derechos hereditarios, la conciliación, y la transacción. Llegado el quinto capítulo, en éste se explica el procedimiento que se propone, y que constituye en mayor aporte de la investigación. En el sexto capítulo se describe la metodología utilizada. En el séptimo capítulo se describen los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a los notarios públicos, y en el octavo capítulo, se procede a procesar, comparar e interpretar los resultados obtenidos, siempre en atención a las bases teóricas citadas, y al criterio del autor, haciendo incidencia en aspectos que fueron particularmente controversiales bajo mi punto de vista. Finalmente, se exponen de manera concreta las conclusiones a las que se llegó como producto de la investigación, y además, se citan las recomendaciones, siendo dentro de ellas la más importante, la inclusión de un nuevo asunto no contencioso, modificando para ello la Ley 26662, ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la Investigación

De acuerdo a la investigación realizada, encontré cuatro casos que podrían denominarse antecedentes.

1.1.1 Tesis de Luis Alfredo Huamán De La Cruz

Esta Tesis fue presentada por Luis Alfredo Huamán De La Cruz para obtener el Título Profesional de Abogado en el año 2017, ante la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, y fue titulada: “La sucesión intestada notarial para el caso del heredero preterido que por razones justificadas no pudo apersonarse oportunamente”.

Este trabajo asume como problemática el corto plazo de 15 días para que un heredero no incluido en la solicitud, se apersona al proceso notarial solicitando su inclusión, por encontrarse imposibilitado por razones que resultan justificadas, y señala como éstas: (a) heredero en el extranjero; (b) heredero con prisión efectiva; y al (c) heredero hospitalizado.

Propone como solución en estos casos, que se pueda realizar un nuevo procedimiento tal como se hace para el caso de la sucesión intestada, pero sólo para incluirlo como heredero.

El autor considera para su tesis un nivel de investigación: descriptiva y explicativa, señalando que, siendo su investigación de carácter cualitativo, su método de investigación se centra en una teoría fundamentada. Aplica la técnica de entrevista y análisis documental, teniendo como instrumento a la guía de entrevista.

Entrevista a dos abogados, a dos notarios y a un juez. Los resultados de la metodología utilizada en esta investigación arrojan:

1.- Todos los entrevistados menos una, consideraron que sí es posible que el heredero preterido sea incorporado vía ampliación de la sucesión intestada, cuando por razones justificadas no se apersonó al procedimiento.

2.- Todos los entrevistados menos una, consideraron que la Ley 26662 no ha regulado el procedimiento a seguir por los herederos preteridos que por razones justificadas no se apersonó al procedimiento. La entrevistada con opinión singular consideró que la legislación sí regula el caso, independiente de si existe una razón justificada o no, y es mediante la acción de Petición de Herencia.

3.- Todos los entrevistados consideraron que ha colaborado con la función jurisdiccional el hecho de que la sucesión intestada pueda ser tramitada en sede notarial.

4.- Todos los entrevistados consideraron que el procedimiento de sucesión intestada en sede notarial es celeres respecto al que se lleva en la vía judicial.

5.- Respecto a la consulta de si consideran que se está afectando el beneficio de mayor celeridad que brinda la Ley 26662 al heredero preterido al reconocerse como única vía la del poder judicial, un entrevistado consideró que sí se está afectando dicho beneficio, dos entrevistados consideraron que no, y uno de los entrevistados consideró que dependerá de la existencia de *litis*, ya que de existir la misma, no se estaría afectando tal beneficio ya que la jurisdicción le corresponde al Poder Judicial.

6.- Respecto a la consulta sobre cómo podría aplicarse el principio de “a igual razón, igual derecho” entre los herederos declarados y aquél preterido por no haberse apersonado al procedimiento por razones justificadas:

6.1 Uno de los entrevistados consideró que se aplicaría demostrando esa razón justificada ante el Notario para que proceda a declararlo heredero.

6.2 Otro de los entrevistados consideró que se aplicaría teniendo razones que puedan permitir al Notario proceder a declarar heredero al preterido.

6.3 Otro de los entrevistados consideró que se aplicaría no restringiendo dicha posibilidad a sólo razones justificadas, sino, a todos los casos.

6.4 Una de las entrevistadas consideró que siempre existe ese principio en el sistema actual, dependiendo de cada uno, la diligencia que le otorgue a su caso.

6.5 Otro de los entrevistados consideró que dicho principio se lograría regulando el tema materia de la tesis, siempre que no exista *litis*.

7.- Respecto a la interrogante de si es que la anotación preventiva del proceso de ampliación de sucesión intestada pretendido en la tesis, permite cuestionar la presunción de buena fe de un tercero respecto de los bienes conformantes de la masa hereditaria, todos los entrevistados menos una, consideraron que dicha anotación preventiva permite cuestionar la buena fe de terceros.

8.- Respecto a la consulta sobre qué solución proponen para el caso de los herederos preteridos en la declaración de herederos que por razones justificadas como encontrarse en el extranjero, encontrarse privados de su libertad y encontrarse hospitalizados, no pudieron apersonarse al procedimiento, tres de los entrevistados consideraron que la solución sería recoger la tesis y modificar la Ley 26662; una de ellas consideró que podría darse la acogida de la tesis propuesta siempre que los bienes sigan siendo de propiedad de los herederos declarados primigeniamente, y otro de los entrevistados consideró que una solución sería recoger la tesis propuesta siempre que la solicitud sea firmada por el solicitante inicial y por el heredero preterido.

El tesista también analizó la sentencia del Tribunal Constitucional N° 03347-2009-PA-TC, señalando que: se ha establecido respecto al derecho a la herencia, que el legislador puede regular el derecho sucesorio teniendo en cuenta los principios vitales del derecho y las estructuras constitucionales fundamentales. Por lo tanto, deberá diferenciar qué valores son esenciales y cuáles son los técnicos, a fin de

discriminarlos uno de otros. Toda decisión respecto al aludido Derecho debe considerar las reglas del derecho sucesorio moderno, es decir, siempre se deben respetar las garantías constitucionales de otras instituciones del Derecho como lo es la propiedad.

También señala que en dicha sentencia, se ha establecido: respecto al Derecho a la Igualdad, que el mismo ostenta la doble condición, de principio y de derecho subjetivo constitucional. Como principio abarca de modo general todo el ordenamiento jurídico y como derecho fundamental, es el reconocimiento subjetivo a que ninguna persona puede discriminar a otra por lo proscrito en la misma constitución, es decir, por ningún motivo. En efecto, es menester señalar que no todo trato desigual constituye una discriminación. Es decir, se tiene que tener en cuenta que se tiene que dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. Asimismo, es preciso indicar que no solo se aplica para la discriminación directa, indirecta o neutral, sino también en los tratos de discriminación por indiferenciación.

La tesis analizada aborda podría decir, un aspecto primigenio del tema que de manera general pretendo analizar con la presente investigación, ya que se circunscribe al hecho de que el heredero preterido tenga que acreditar una razón justificada para poder ser declarado heredero. Asimismo, propone que la solución sea una ampliación de la sucesión intestada, lo cual podría llevar a una seria confusión o conflicto potencial, respecto a la retroactividad o no del instrumento público que la contenga, circunstancia que no fue abordada.

1.1.2 Tesis de Gabriela Irene Del Águila Barrera

Esta Tesis fue presentada por Gabriela Irene Del Águila para obtener el Título Profesional de Abogada en el año 2018, ante la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, y fue titulada: "Simplificación en el derecho a petición de herencia mediante acta notarial de inclusión o exclusión de herederos en la provincia de San Martín año 2015".

Esta investigación utilizó una metodología descriptiva correlacional, ya que analizó dos variables, a saber: (1) el derecho de petición de herencia y (2) el acta notarial de inclusión o exclusión de herederos, midiendo las mismas a través de sendas operaciones para cada una de las variables; así, se midió la primera variable a través de la aplicación de una entrevista a notarios de la ciudad de Tarapoto, y se midió la segunda variable a través del análisis de las siguientes resoluciones del Tribunal Registral, Resolución N° 1094-2013-SUNARP-TR-L del 05 de julio del 2013, y Resolución N° 1260-2015-SUNARP-TR-L del 26 de junio del 2015.

Los resultados de la metodología utilizada en esta investigación arrojan que los seis notarios entrevistados:

- Conocen la aplicación normativa del derecho a petición de herencia.
- Consideran que el proceso judicial de petición de herencia cumple con la celeridad procesal.
- Conocen al menos un caso de inclusión o exclusión de herederos.

Sin embargo, no todos los notarios están de acuerdo en que:

- El derecho a petición de herencia se ejerza sólo en la vía judicial.
- Las resoluciones del Tribunal Registral analizadas hayan sido resueltas de acuerdo a Derecho.
- Las resoluciones del Tribunal Registral analizadas deban ser consideradas precedentes vinculantes.

La investigación citada aborda una circunstancia afín a la que llevo a cabo, pero no es la misma, ya que las Resoluciones del Tribunal Registral analizadas determinan que un Notario Público es competente para incluir a herederos en un proceso de sucesión intestada terminado y mediante un acta de aclaración o rectificación, siempre que la existencia de dicha acta de aclaración o rectificación sea producto de un error material u omisión de transcripción, y que el Registro no es competente para cuestionar dichos alcances, ya que constituyen el fondo de la declaración notarial, sin importar si la declaración de herederos primigenia se encuentra inscrita o no, es decir, parten de la premisa de la existencia de un Acta Notarial de Sucesión Intestada errada.

1.1.3 Tesis de María de Fátima Vargas Rivas

Esta Tesis fue presentada por María de Fátima Vargas Rivas para obtener el Título Profesional de Abogada en el año 2018, ante la Facultad de Derecho de la

Universidad César Vallejo, y fue titulada: “Ampliación de la Sucesión Intestada a favor de los Herederos Preteridos como Asunto Notarial No Contencioso”.

La tesista señala que el objetivo principal de su trabajo fue determinar cuál es el fundamento que avalaría la ampliación de la sucesión intestada en beneficio de los herederos preteridos.

Señala que el diseño de investigación es el diseño interpretativo denominado teoría fundamentada. Su tipo de investigación es básica, y que el nivel de investigación es descriptivo.

Sus métodos de muestreo son la recolección de datos y entrevistas, teniendo como instrumentos, a la guía de entrevista, así como a la ficha de análisis de fuente documental.

Los resultados de la metodología utilizada en esta investigación arrojaron que:

1.- A la interrogante de cuál es la herramienta que regula la legislación peruana para determinar quiénes pueden solicitar la sucesión intestada, todos los entrevistados señalaron que el Código Civil, y uno solo, indicó que es la Ley 27333, que complementa a la Ley 26662.

2.- A la interrogante sobre si consideran que por la misma razón que los herederos ya declarados acudieron a un notario, los herederos preteridos también deberían hacerlo por la misma vía sin tener plazo de caducidad o vencimiento, todos los

entrevistados menos dos, consideraron que sí tienen el mismo derecho de acudir ante un Notario.

3.- A la interrogante sobre si estarían de acuerdo en la ampliación de facultades al notario a fin de que tramite la sucesión intestada a favor de los herederos preteridos, nueve entrevistados estuvieron de acuerdo, un entrevistado estuvo de acuerdo siempre que sea ante el mismo Notario, salvo que haya dejado de serlo; un entrevistado no estuvo de acuerdo debido a que la vía idónea es la judicial por la existencia de conflicto.

4.- A la interrogante acerca de si consideran que la actual normativa contiene ciertos vacíos legales que favorecen a los herederos que solicitan la sucesión intestada y perjudican al heredero preterido, siete entrevistados consideraron que sí existen dichos vacíos, y cuatro entrevistados consideraron que no.

5.- A la interrogante sobre si consideran que los ajustes propuestos que generaría la ampliación de la sucesión intestada abonarían a favor de la seguridad jurídica, nueve entrevistados indicaron que sí lo consideran, y dos entrevistados, que no.

6.- A la interrogante sobre si consideran que la ampliación de la sucesión intestada a favor de los herederos preteridos contribuye a favor de la economía y celeridad procesal, diez entrevistados consideraron que sí, y uno, que no.

7.- A la interrogante sobre si consideran que este procedimiento generaría una menor carga procesal a nivel judicial, diez entrevistados consideraron que sí, y uno, que no.

8.- A la interrogante sobre si consideran que la acción petitoria de herencia es privativa de los órganos jurisdiccionales en virtud del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, siete entrevistados consideraron que no sería privativa de los órganos jurisdiccionales, y cuatro entrevistados consideraron que sí.

La tesista concluye que en virtud del principio “a igual razón, igual derecho”, es viable que los herederos preteridos acudan a un notario para solicitar la ampliación por la misma vía y por el mismo procedimiento. De igual modo concluye que, con la ampliación de la sucesión intestada a favor de los preteridos en vía notarial, se da cumplimiento a la celeridad y economía procesal a favor de ellos, y que este proceso contribuiría a la reducción de la carga procesal.

Este trabajo parte de la premisa de solucionar la problemática generada por los herederos de mala fe, no considerando que intentar solucionar un problema así, importa la existencia litis, circunstancia en la que al notario no se le permite actuar. Asimismo, omite aportar la regulación que debería merecer su propuesta.

1.1.4 Tesis de Milagros Paredes Mendieta

Esta Tesis fue presentada por Milagros Paredes Mendieta para obtener el Título Profesional de Abogada en el año 2018, ante la Facultad de Derecho de la

Universidad César Vallejo, y fue titulada: “La omisión de herederos descendientes y los derechos de herencia en la sucesión intestada, Perú, 2018”.

Señala la tesista que el objetivo de su trabajo fue determinar de qué manera la omisión de herederos descendientes afecta los derechos de herencia en la sucesión intestada.

El tipo de investigación que la tesista utilizó fue el de investigación básica de enfoque cualitativo, y el diseño de investigación que aplicó fue el de teoría fundamentada. Utilizó como técnica de recolección de datos, la entrevista, el análisis de fuente documental, y el cuestionario, habiendo entrevistado a un juez, a seis abogados, a dos registradores civiles, y a un notario público.

Los resultados de la metodología utilizada en esta investigación arrojaron que:

1.- Respecto a la primera pregunta sobre de qué manera la omisión de herederos descendientes afecta los derechos de herencia en la sucesión intestada, todos los entrevistados señalaron que sí afecta patrimonialmente y en el derecho a la herencia; uno de ellos, señaló que sí afecta, pero de manera transitoria, puesto que el derecho a la herencia es imprescriptible.

2.- Respecto a la segunda pregunta respecto a de qué modo la omisión de herederos descendientes afecta los derechos de la propiedad y la herencia, todos los entrevistados señalaron que sí afecta en el ejercicio de esos citados derechos constitucionalmente reconocidos.

3.- Respecto a la tercera pregunta respecto a si consideran que todos los hijos deben tener la misma igualdad de derechos sucesorios sin importar sus antecedentes de filiación, todos consideran que sí, ya que nuestro sistema jurídico así lo reconoce.

4.- Respecto a la cuarta pregunta respecto a de qué manera la omisión dolosa de herederos descendientes afecta los derechos de herencia, todos los entrevistados señalaron que los afecta gravemente ya que intencionalmente se impide ejercer sus derechos.

5.- Respecto a la quinta pregunta respecto a de qué modo consideran existe discriminación de parte de los hijos matrimoniales hacia los extramatrimoniales al no considerarlos en la sucesión intestada, nueve de los entrevistados consideraron que sí existe discriminación debido a prejuicios, y uno de ellos consideró que más que discriminación es por informalidad y desconocimiento de los alcances de su proceder.

6.- Respecto a la sexta pregunta respecto a si consideran que la omisión dolosa de herederos descendientes se realiza con la finalidad de obtener beneficios económicos, todos los entrevistados respondieron afirmativamente.

7.- Respecto a la séptima pregunta respecto a de qué manera la omisión culposa de herederos descendientes afecta los derechos de herencia, todos los entrevistados consideraron que definitivamente, también afecta.

8.- Respecto a la octava pregunta respecto a de qué forma consideran que implementando una interconexión con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil respecto de los hijos reconocidos por una persona, reduciría la afectación de los derechos de herencia de los herederos descendientes, todos los entrevistados consideraron que sería de mucha utilidad para evitar dicha problemática.

9.- Respecto a la novena pregunta referente a si considera que el juez deba incluir a todos los herederos independientemente de la información de los peticionantes en los procesos de sucesión intestada, todos los entrevistados respondieron que sí, siempre que exista la información correspondiente de parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y un entrevistado agregó que, además, siempre que exista las respectivas modificaciones legislativas para considerar dicha prueba de oficio.

10.- Respecto a la décima pregunta respecto a si consideran que el notario deba incluir a todos los herederos independientemente de la información de los peticionantes en los procesos de sucesión intestada, todos los entrevistados respondieron afirmativamente, y uno de ellos agregó que la cantidad exacta de herederos debería comunicarse al solicitante.

La tesista concluye que la omisión dolosa o culposa de herederos descendientes, afecta gravemente los derechos de herencia en la sucesión intestada ya que se les está negando un derecho reconocido por nuestra Constitución como son el derecho a la propiedad y a la herencia, y recomienda que exista una interconexión con el

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de modo tal, que se permita tener acceso al entroncamiento de los ciudadanos.

Considero que el mejor aporte de esta tesis, es la propuesta, aunque general en su formulación, del acceso a la información por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de la cantidad e identidad de los hijos de las personas para evitar la problemática de la preterición.

1.1.5 Artículo “La Hereditatis Petitio y el Sucesorio Ab Intestado en Sede Notarial”

En la Revista Notarius N° 1 que vio la luz en el año 2017 a través del Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, el Notario de dicho gremio, César Raymundo Aliaga Caballero, publicó el artículo denominado “La *hereditatis petitio* y el sucesorio *ab intestado* en sede notarial”, mediante el cual, con la claridad que le puede brindar la experiencia en la función notarial por más de 20 años, el citado autor expone la problemática del heredero preterido, y propone el establecimiento de un trámite notarial complementario al de sucesión intestada, y por lo tanto ante el mismo notario que declaró a los herederos, en virtud del cual, además de las publicaciones y anotación preventiva -como mecanismos de publicidad de similar naturaleza a los que se realizan en el trámite de sucesión intestada-, el notario notificaría a los herederos que otrora declaró como tales, poniendo de su conocimiento el inicio de este nuevo proceso notarial complementario.

Lo cierto es que el planteamiento expuesto deja de lado la preterición originada en un testamento; de igual modo, deja en indefensión al heredero preterido que no

puede recurrir al notario competente -que bajo el planteamiento del citado autor es el mismo que declaró a los herederos-, en el caso de que el notario hubiese cesado, y por último, podría dejar abierta la puerta a intentos de declaraciones de ineficacia, por defectos en las notificaciones.

1.2 Bases Teóricas

1.2.1 Fenómeno Sucesorio

En palabras de Aguilar et al (2021):

Frente a la muerte de las personas, el Derecho recupera su capacidad organizativa, las normas jurídicas aparecen como lo que son: reglas de composición social y evitación o finalización de conflictos (los que previsiblemente pueden producirse con ocasión de la muerte de cualquier sujeto). La pregunta que tenemos que formularnos es qué sucedería si no existiesen estas normas que en el seno del Derecho civil se ocupan de organizar básicamente el destino del patrimonio del sujeto que fallece. Nos referimos obviamente al Derecho de Sucesiones.

La muerte de la persona desencadena una serie de efectos. Junto a la extinción de la personalidad, sin duda el principal de dichos efectos, aparece el denominado fenómeno (o proceso) sucesorio. Efectivamente, la muerte implica el inicio de un proceso por medio del cual los bienes, los derechos y las obligaciones del fallecido se transmiten a otras personas, que adquieren de este modo la condición de sucesores (sucesores por causa de muerte o sucesores mortis causa). (Pág. 17-18)

1.2.2 Derecho Romano

Analizar alguna institución en el Derecho Romano resulta una tarea compleja si se tiene en cuenta que el sistema jurídico romano no se mantuvo estático, sino que mas bien sufrió muchos cambios debido a circunstancias principalmente políticas y sociales.

Sin embargo, el análisis del antecedente romano resulta de capital importancia debido a la influencia del Derecho Romano en los sistemas jurídicos latinos.

Con justa razón, Petit (1892) señala:

Los romanos tuvieron en efecto, una aptitud especial para el derecho, así como los griegos para la filosofía. Si se añade que el Imperio romano ha abarcado en su dominación todo el universo civilizado, que sus jurisconsultos tenían los orígenes más diversos, se comprende fácilmente que este derecho es el resultado del trabajo del espíritu humano en lo que tiene de más culto. (Pág. 17-18)

Analizaré brevemente dos instituciones que son pilares de la presente investigación: la herencia, y la preterición.

1.2.2.1 La Herencia

Desde el Derecho Romano, el patrimonio, entendido como el activo –bienes- y el pasivo –deudas-, tenía una importancia gravitante para la sociedad pues era la fuente de ingresos tanto para los ciudadanos, así como para el Estado mismo. Así pues, mientras un deudor estaba con vida, los acreedores podían tener tranquilidad

sabiendo que la deuda estaba garantizada con los bienes del propio deudor, pero también si este moría, ya que el Derecho Romano, a través de la sucesión, determinó un continuador de su persona, a quien le llamó heredero, y es este heredero –al menos en el Derecho Romano pre clásico- quien estaba obligado a pagar todas las deudas de su causante, como si las hubiese contraído, respondiendo por ellas no sólo con el activo heredado, sino también con el patrimonio personal con que ya contaba antes de ser heredero. Así pues, se llama herencia, al patrimonio que se le atribuye al heredero por causa de la sucesión por muerte.

En el primitivo Derecho Romano:

La estructura religiosa de la familia es el auténtico vínculo espiritual conformador de la constitución romana, en cuya virtud se explican los principios del derecho sucesorio. Escribe Cicerón: “la religión ordena que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables, y que el culto de los sacrificios concierna al heredero”.

La consecuencia más inmediata de la religión familiar romana es la concentración de la propiedad de la tierra (los latifundios perdieron Roma). Frente a ello el derecho sucesorio romano escrito y secular se acuña, en su origen estructural, como un derecho desvinculador y divisorio de la propiedad latifundiaria de las grandes familias romanas. Frente a una *domus* indivisible e indisponible, las Doce Tablas establecen la partición hereditaria entre los *heres*, y se ordena la revocabilidad de los actos *mortis causa*. (Alvarez, 1990, Pág. 19)

En el Derecho Romano –tal como en la actualidad-, hubo dos formas de ser designado heredero: por la voluntad manifestada por el difunto –mediante testamento-, y por la ley.

La forma de los testamentos en Roma según Petit (1892) varió de acuerdo a la época, así pues, tenemos los testamentos en tiempo de paz, frente a los comicios, por curias convocadas a dicho efecto; los testamentos en tiempo de guerra, mediante el cual el jefe de familia declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas; el testamento *per aes et libram*, en virtud del cual, el padre de familia que no había podido testar, y estando próximo a su deceso, encargaba su patrimonio a un amigo, y le encargaba oralmente la disposición del mismo. Luego, se instituyó el testamento nuncupativo en virtud del cual, el testador, acompañado de sus tablillas en las que consignaba el nombre de sus herederos, y sus disposiciones testamentarias, declaraba en voz alta dicho contenido, en presencia de siete testigos.

En el Derecho Romano, continuando con Petit (1892), la obligación de instituir heredero era de tal importancia, al punto de considerar inexistente jurídicamente al testamento que careciera de dicho contenido. Y junto con la obligación de instituir, en un momento no identificado con precisión por los tratadistas, surge la desheredación como un deber del testador. Según la Ley de las XII Tablas, tenían la obligación de ser instituido como heredero en un testamento, los herederos suyos, es decir, todos aquellos descendientes –consanguíneos y adoptivos- que estuviesen bajo la potestad del testador, la mujer bajo su poder, así como la esposa e hijos del descendiente que se encontrara bajo su potestad. Respecto de todos

ellos, el testador debía instituirlos como herederos, o desheredarlos. Cuando un heredero testamentario era designado regularmente heredero, y aceptaba dicha circunstancia, la herencia no le correspondía a nadie más, sin embargo, podría ocurrir que la persona falleciera sin haber dejado testamento –circunstancia que por cierto manchaba con deshonra al difunto y a su familia-, en cuyo caso, solamente la ley designada al heredero.

Pero la ausencia de testamento no era la única circunstancia en la que procedía la sucesión *ab intestato* o sucesión legítima. Así por ejemplo, ésta operaba:

- Cuando el *de cuius* no había hecho testamento.
- Cuando el testamento era nulo.
- Cuando se había invalidado con posterioridad a su facción.
- Cuando el heredero testamentario no había podido aceptar la herencia, o no había querido aceptarla.

Se puede señalar de manera muy general según entiende Petit (1892), que aquellos que serían declarados herederos *ab intestato* serían aquellos más cercanos al *de cuius*, dando preferencia a unos grupos sobre otros, y a su vez dentro de cada grupo, se prefieren a los más cercanos, excluyendo así a los más lejanos, sin embargo, el criterio de elección de los herederos legítimos, varió de acuerdo a la evolución del concepto de familia en el Derecho Romano. De este modo, con la Ley Decenviral se estableció que en el caso de una sucesión *ab intestato*, heredaban los herederos suyos, y a falta de estos, el agnado más próximo, y a falta de estos, los gentiles. Luego, se intentó sin éxito tener una sucesión legítima tomando en cuenta el parentesco cognaticio y al matrimonio sine

manu, surgiendo así la *bonorum possessio* como mecanismo facilitador de la usucapión para aquellas personas que se consideraban con derecho a heredar, y por último, fue con las Novelas 118 (año 543 d.C.) y 127 (año 548 d.C.) de Justiniano que se concibió el derecho a heredar *ab intestato* bajo el criterio del parentesco cognaticio, dejando en desuso el criterio del parentesco agnaticio. Además, esta última reforma del derecho sucesorio romano trajo la ausencia de discriminación sexual y la vigencia de la sucesión entre órdenes y grados.

Las principales notas características de este nuevo sistema fueron para Petit (1892):

- 1.- La cognación determina la condición de heredero ab intestato, lo mismo que el parentesco civil; la agnación no crea ya ninguna preferencia.
- 2.- El parentesco natural, dividiéndose entre parentesco descendente, ascendente y colateral, resultan tres órdenes de herederos: descendientes, ascendentes y colaterales. Sin embargo, hay que distinguir cuatro en realidad, pues, en efecto, los colaterales se dividen en tres clases: a) Los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; b) Los hermanos y las hermanas de padre o madre y sus hijos; c) Los otros colaterales. Los primeros sólo concurren con los ascendentes, y excluyen a los otros. De manera que hay cuatro órdenes de herederos: a) Los descendientes; b) Los ascendentes, los hermanos y hermanas carnales y sus hijos; c) Los hermanos y hermanas de padre o madre y sus hijos; d) Los otros colaterales.

3.- La partición se hace por troncos entre descendiente, o sobrinos y sobrinas, y por cabezas entre los demás parientes. (Pág. 602-603)

1.2.2.2 La Preterición

Debe recordarse que el *pater familias* tenía en el Derecho Sucesorio Romano una obligación muy marcada: el de instituir o desheredar a los *heredes sui*, y junto con ello, un riguroso formalismo al hacerlo.

En cuanto a su formación, Linares (1992) señala que se puede afirmar que la preterición surgía del incumplimiento, por parte del testador, del deber de instituir o desheredar, tanto en su aspecto formal como en el personal y cualquiera que fuese la medida de éste; es decir bastaba que el deber faltase simplemente respecto de uno sólo de los herederos suyos, para que apareciera la preterición, con independencia del número de aquéllos que hubieran sido instituidos o desheredados. Ésta, por tanto, se podrá concebir como resultado de haberse incumplido, total o parcialmente por el testador, el imperativo de instituir o desheredar, lo que ocurría no sólo cuando era omitido, no nombrado, alguno de los herederos sui, sino también cuando mencionado en el testamento no era ni instituido heredero ni desheredado, aún cuando se le atribuyeran bienes por otro título, pues aquél concretamente y no otro era el deber que el testador venía obligado a cumplir. En definitiva, preterir, al menos en materia testamentaria, no podía identificarse sólo con omisión en el testamento de alguno o de todos los herederos suyos, ésta era una forma de incurrir en preterición que no agotaba su contenido pues la misma se identificaba con incumplimiento del deber de instituir herederos o desheredar a los sui, en el que podía incurrir el causante sin dejarlos de mencionar en el testamento.

En el escenario del Derecho Romano pre Justiniano, los efectos de la preterición variaban según qué heredero suyo era afectado. Así, si el preterido era un hijo varón sometido a la patria potestad del *de cuius*, el testamento adolecía de nulidad, procediendo en este caso la sucesión *ab intestato*, en beneficio de todos los herederos suyos. En cambio, si la preterición perjudicaba a cualquier otro heredero suyo, no se producía la nulidad del testamento, pero estos concurrían a la herencia con aquellos instituidos, pero en diferente proporción, dependiendo si se tratase de herederos suyo o de herederos extraños, siendo que en el primer caso, heredaban una parte igual a la mitad de la herencia, en conjunto.

Es importante resaltar como señala Petit (1892), que a fines de la República se instituye por medio de la *querela inofficiosi testamenti*, la obligación de oficiosidad del testamento. Esta institución impuesta por el afecto familiar, consistió en la obligación que tenía el testador en atribuir una cuarta parte de la herencia en favor de aquellos herederos con derecho a sucederle *ab intestato*, independientemente del título con el que dicha atribución se haga.

Lo explica Petit (1892) de la siguiente manera:

Un testamento válido puede también ser invalidado por una causa especial; esto ocurre cuando se le declara *inofficiosum*.

Ya hemos visto cómo, en virtud de la Ley de las XII Tablas, el jefe de familia es libre de disponer de sus bienes en su testamento, de la manera que mejor le plazca. La teoría de la desheredación sólo se le impone más tarde para los descendientes que tenga bajo su potestad directa, quedando también dueño, si quiere, de desheredarlos sin motivo. Pero

hacia el fin de la República, habiéndose suavizado las costumbres, vino a prevalecer una nueva idea, y era que el testador tenía deberes que cumplir cerca –sic- de sus parientes más próximos: descendientes y ascendientes, y aun hermanos y hermanas. Debe dejarlos una parte de su fortuna, por un deber de afección, y habiéndole desconocido, pueden atacar su testamento como *inofficiosum*, hacerle anular, y la sucesión se abre *ab intestato*. La acción que ejercitan para llegar a este resultado se llama *querella inofficiosi testamenti*. El pretexto para la anulación del testamento es que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo. Esto es un pretexto y no una realidad, puesto que el testamento de un loco sería nulo, *ab initio*, mientras que aquí se trata de un testamento válido, pero invalidado como *inofficioso*. (Pág. 537)

Con las Novelas, Justiniano se decide a emprender una verdadera reforma del sistema de sucesión testada. Señala Linares (1992) que el emperador Justiniano estableció sobre los ascendientes de uno y otro sexo, la prohibición absoluta de preterir o desheredar en su testamento al hijo, hija o ulteriores descendientes, aún cuando estos hubieran recibido de aquellos por donación, legado o fideicomiso o de cualquier otra manera la porción de la herencia que le correspondía con arreglo a la ley, lo que consideraba igualmente justo para los ascendientes cuando se tratase del testamento de los hijos. Continúa señalando el citado autor, que en definitiva, se estaba imponiendo sobre el testador (ascendiente o descendiente), el deber, en principio ineludible, de instituir respectivamente en el mismo como herederos a sus descendientes o ascendientes (legitimarios). Éste sólo podía

evitarse si estos habían incurrido en alguna de las causas de ingratitud previstas por la ley y aquél así lo reflejaba en su testamento.

La nueva normatividad establecida por Justiniano fue el antecedente más próximo a la regulación de la preterición como la conocemos actualmente, ya que antes de Justiniano, la preterición se entendía como el incumplimiento al deber de instituir o de desheredar, sin embargo, con la nueva regulación romana, el testador sólo se encontraba obligado a instituir; así pues, la desheredación resulta sólo como una alternativa que se debía utilizar si el legitimario incurría en una causal de ingratitud. Cabe señalar que en estas circunstancias de orden cronológico, la desheredación sin causa carecía de valor alguno.

1.2.3 La Herencia

La herencia, denominada también masa hereditaria, acervo sucesorio o caudal relicto (*relictus* de *relinquere*, dejar) es el patrimonio dejado por el causante, y que está constituido por sus bienes y otros derechos transmisibles por causa de muerte, así como por sus deudas, que pasan también a los sucesores. (Lanatta, 1969, Pág. 30)

También se señala respecto a la herencia que: “La regulación jurídica de la herencia se delimita por su función social, es parte de la protección constitucional de la familia, en el marco de los principios rectores de la política social y económica del Estado” (Alvarez, 2018, Pág. 19).

En opinión de Alvarez (2018): “La esencia de la herencia es liquidatoria y redistribuidora. A través de la herencia se cumplen tanto los fines sociales de la familia, como los principios de orden social y económico, propios de un Estado social y democrático de derecho” (Pág. 35).

Señala Albaladejo (1952):

Que la vacante que produjo la muerte del causante se cubre cuando el llamado a ocuparla hace suya la herencia, o sea, cuando la adquiere. Tal adquisición es, pues, la ocupación del puesto por el nuevo titular. Y, ¿en qué momento se produce dicha adquisición? Se dice que hay dos sistemas de adquisición de la herencia: *ipso iure* y por aceptación. En líneas generales en uno y en otro, las cosas pasan de la siguiente manera:

En el primero, la persona llamada a suceder, adquiere la herencia por el sólo hecho de la muerte del causante. Apertura y adquisición coinciden cronológicamente (salvo si la delación es posterior a la apertura). En el segundo, el llamado sólo adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta ésta no se convierte en sucesor. De forma que entre apertura y adquisición media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere retroactivamente.

Como puede apreciarse, la herencia es un elemento casi natural de todo ser humano, a tal punto que el derecho a la misma, es considerada como un derecho fundamental en muchas cartas magnas, entre ellas la nuestra. Así pues, la

Constitución Política del Perú, en su artículo 2 señala: “Toda persona tiene derecho: (...) 16. A la propiedad y a la herencia”.

1.3 Definición de Términos Básicos

1.3.1 De Cujus

Según Cabanellas (1982), dicho vocablo es: “Abreviatura de la expresión latina “*de cuius successione agitur*”, aquel de cuya sucesión se trata. Equivale a causante, al difunto a que una herencia se refiere (v. Domicilio del “*de cuius*”).” (Pág. 15)

1.3.2 Preterición

Para Cabanellas (1982) es la:

Omisión que de un heredero forzoso (v.) hace en su testamento el testador, sin tampoco desheredarlo expresa y justificadamente. El fundamento de la institución es doble, porque garantiza la inviolabilidad de la legítima y la necesidad de proceder a la desheredación (v.) con justa causa, entendiéndose por ello que figure en la ley y que conste en el acto de última voluntad. (Pág. 395)

Para Alventosa et al. (2017):

La preterición consiste en la omisión de un legitimario por el causante en el testamento. Para evitar la preterición no se requiere una atribución sustancial y efectiva en pago de la legítima material en el testamento por parte del causante, ni siquiera mencionar al legitimario de cualquier modo en el testamento. De este modo no habría preterición cuando el

omitido en el testamento hubiera recibido donaciones del causante en pago de su legítima.

La omisión supone un perjuicio de la legítima del preterido, ya que éste no recibió —en vida del causante— donaciones suficientes para cubrir su legítima. (Pág. 692)

1.3.3 Sucesión Intestada

Según Cabanellas (1982), es “la transmisión según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por su muerte o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento, o éste resulta nulo o ineficaz”. (Pág. 556)

En palabras del profesor Ferrero (2012):

Quando el criterio regulador en la sucesión es la voluntad del causante, nos encontramos ante una sucesión testamentaria o testada. Cuando no, ante una sucesión intestada, normada por la ley, en la cual el legislador, ante la ausencia de declaración de voluntad del causante, señala un orden sucesoral y la parte que le corresponde a cada heredero. (Pág. 627)

1.3.4 Testamento

Para Fernández (2014):

El testamento es un acto de contenido eminentemente patrimonial mediante el cual el testador dispone de su patrimonio en todo o en parte para después de su muerte; constituye una especie dentro del género denominado «actos de última voluntad», los relativos al reconocimiento

de hijo extramatrimonial o designación de tutor o curador para el hijo, etc. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones, por razones de técnica jurídica, asumen una fórmula extensiva, como nuestro Código Civil. (Pág. 176)

El testamento es, en definición de Capilla Roncero (citado en Aguilar et al., 2021) “aquella declaración de voluntad por la que el causante, de acuerdo con las formalidades legalmente establecidas, ordena la sucesión en todo o parte de su patrimonio para cuando él muera”.

En palabras de Blasco (2013):

Por el testamento, el otorgante dispone de sus bienes o de parte de ellos para después de su muerte. La muerte no es considerada sólo como el momento a partir del cual el testamento va a producir sus efectos (como derivaría de los arts. 657 y 661 CC), sino también como la causa de las atribuciones patrimoniales contenidas en el testamento. Así, la causa del testamento es la regulación de la sucesión del testador, de manera diferente a la previsión legislativa para la falta o insuficiencia de testamento, y con respeto a la legítima y demás límites de la libertad testamentaria. (Pág. 64)

1.3.5 Sucesión Testamentaria

Según Cabanellas (1982), se le define como “la transmisión patrimonial *mortis causa* deferida por manifestación expresa de voluntad del causante, contenida en

testamento (v.) válido, hágase por escrito o de palabra, esto en los supuestos excepcionales en que explícitamente se admite”. (Pág. 557)

Para Ferrero (2012) “cuando la decisión volitiva tiene valor legal, estamos frente a una sucesión testamentaria o testada”. (Pág. 345)

1.4 Petición de Herencia

Actualmente nuestro ordenamiento civil reconoce como única posibilidad para que un heredero preterido logre el reconocimiento legal de su estatus jurídico y con ello, acceda al patrimonio hereditario, la pretensión de petición de herencia.

Ésta es regulada por el Código Civil peruano de 1984, que en su artículo 664 dispone: “El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

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 preterido sus derechos.

Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento”.

Sin embargo, resulta importante conocer la naturaleza de la misma, y más aún, la causa que origina su existencia.

En palabras de Zárate (1998):

Por el fallecimiento del causante, la apertura de la sucesión y la transmisión hereditaria a los que se refiere el artículo 660 del Código Civil, el heredero adquiere automáticamente el derecho a la propiedad y posesión de los bienes dejados por el causante; no obstante ello, ocurre muchas veces que el heredero, que es propietario no puede entrar en la posesión efectiva de los bienes que le corresponden por encontrarse estos en poder de otras personas. En estos casos la ley franquea a los sucesores el derecho y eventualmente el ejercicio de las acciones judiciales consiguientes para hacer respetar su derecho frente a esas personas y así tomar posesión real y efectiva de los bienes que le pertenecen.

Puede ocurrir que la persona que se encuentra en posesión de los bienes hereditarios lo esté a título de heredero que provenga del mismo causante, o sea que el poseedor resulta ser otro heredero, en estos casos el derecho del heredero o la eventual acción judicial que puede ejercitar para concurrir con el que está en posesión -si tiene igual derecho, o para excluirlo si tiene mejor derecho- se denomina acción de petición de herencia, es decir, esta acción se plantea cuando hay herederos con intereses contrapuestos o concurrentes. Pero si los bienes hereditarios están poseídos por terceros en virtud de títulos traslativos de dominio otorgados a su favor por los coherederos o por los herederos aparentes que estaban en poder de dichos bienes, la acción a ejercitada se denomina reivindicación de bienes hereditarios. (Pág. 60-61)

Para Fernández (2014):

La acción petitoria de herencia es un derecho que la ley concede a todo heredero a quien, no obstante tener esta calidad y habersele transmitido de pleno derecho la herencia del causante, carece de la posesión real y efectiva de los bienes que la constituyen por encontrarse en poder de otro sucesor verdadero o aparente y tiene un propósito con doble alternativa: la restitución de los mismos, bien para compartir la posesión con el demandado si es un coheredero con el mismo derecho que aquel o para excluirlo si es un heredero aparente o sea una persona que es heredero pero con menor derecho por razón del grado sucesorio (artículo 816), o es un heredero que por error o dolo ha sido considerado como tal. (Pág. 104)

Planiol (citado en Aguilar, 2014) señala que:

Es la acción real que goza un heredero, en virtud de la cual puede exigir la entrega de los bienes de la sucesión que detenta, en todo o en parte, otra persona, que pretende tener derecho a ellos en calidad de heredero. (Pág. 110)

Cornejo (citado en Aguilar, 2014) la define de la siguiente manera:

Es una acción real que se otorga al heredero que no posee la herencia por encontrarse en poder de otro.

A la luz de nuestra legislación, debemos entender la acción petitoria de herencia como la que corresponde al heredero que no posee los bienes

que le pertenecen, y se dirige contra quien los posee en todo o en parte a título de heredero, para excluirlo o concurrir con éste. (Pág. 110)

El profesor Lohmann (2010) con prolija claridad señala:

Verdadera petición de herencia en sentido estricto es la pretensión de quien considerándose llamado a la herencia reclama su posición hereditaria y como correlato de ello, si los hubiera, sobre el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones (no solo unos y no otros, o cualquiera separadamente) que componen la herencia y que otro los tiene invocando asimismo título sucesorio. La pretensión, por lo tanto, se dirige contra otros sucesores que actúan sin serlo, o sin serlo exclusivamente. (Pág. 24)

En cuanto a su naturaleza, explica Eche copar (1999):

En la doctrina se ha pretendido que era de carácter personal porque su fin es que se reconozca la calidad de heredero. También se ha dicho que es de carácter mixto porque comprende tanto reconocimiento del título personal de heredero como un derecho real sobre bienes de la herencia, pero ha predominado la tendencia de atribuirle carácter real por cuanto su fin principal es adquirir la posesión de los bienes hereditarios. (Pág. 283)

Resulta claro pues, que la acción denominada petición de herencia es el medio idóneo para que el Derecho reconozca la condición de herederos a aquellas

personas que fueron excluidas de la herencia, ya sea para concurrir con los herederos declarados o instituidos, o para excluirlos.

Sobre los elementos de la acción petitoria, Ferrero (2012) distingue a los siguientes:

a. Petición de herencia: A diferencia de la acción reivindicatoria que es *res singula*, la petitoria se refiere a todos los bienes de la herencia. Por ello, es una acción *sui generis* que no encaja propiamente dentro del concepto estricto de la acción real, dado que no tiene como sustrato un bien corporal determinado. Es una acción universal que persigue el reconocimiento de la condición de heredero y, como consecuencia de ello, reivindicar los derechos hereditarios.

b. Corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que les pertenece, contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio: Esta última expresión difiere de la del texto original del Código Civil, que se refería al *título de heredero*. La actual nos parece más propia pues incluye a los legatarios, pudiendo darse el caso, como se ha señalado, de una persona que disponga de sus bienes en legados, afectando a sus herederos forzosos. Ambas partes deben sucesores del causante: demandante y demandado. Esta es la nota distintiva fundamental con la acción reivindicatoria. (Pág. 199)

La realidad nos informa que un proceso de petición de herencia no tiene un único motivo para su inicio, y no es la jurisprudencia la que precisamente nos detalla esos motivos.

Seguimos en este punto a Torres (2008), quien señala:

Por razones diversas, ocurre con frecuencia que el heredero no entra en posesión de uno, de varios o de la totalidad de los bienes hereditarios inmediatamente que se produce el fallecimiento del causante, por encontrarse ocupados por terceros que se atribuyen la cualidad de herederos (heredero aparente), o por uno o más de los varios herederos que excluyen a otro u otros, o por terceros que no se atribuyen la cualidad de herederos. Por ejemplo: Un heredero de grado remoto ha entrado en posesión de los bienes por ausencia o inacción de parientes más próximos; el sucesor ha sido preterido en la declaratoria de herederos; el testador por error consideró muerto a un heredero forzoso; en el momento de la muerte del causante el heredero se encontraba declarado judicialmente ausente o presuntamente muerto; el testador que no tiene herederos forzosos instituye heredero voluntario, pero le sobreviene un hijo; el heredero ha sido instituido por un testamento revocado por otro posterior o el testamento ha sido declarado nulo; uno de los varios herederos ejerce la posesión negando la calidad de herederos a los demás; un tercero ha adquirido el bien hereditario de un heredero aparente; el *de cuius* no ha tenido nunca la posesión de bienes de su propiedad o teniéndola había sido despojado de ella. Todo indica que la apertura de la sucesión genera el derecho a la posesión, pero no transfiere necesariamente el hecho de la posesión al heredero. (Pág. 395)

Asimismo, resulta pertinente reconocer las características de la pretensión de petición de herencia. Para esto, seguimos igualmente al profesor Torres (2008), quien las describe de la siguiente forma:

- 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 sólo 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 mala fe. O sea, se caracteriza por su absolutez (*erga omnes*).
- 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.
- 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. (Pág. 402-404)

La Corte Suprema de Justicia nos ha brindado no pocas sentencias que sirven de muy buen criterio orientador sobre la pretensión de petición de herencia.

En este punto de la investigación, seguiremos a Hinostroza (2011), de quien citaremos las siguientes referencias:

En relación a la acción petitoria y de declaración de heredero:

“... Conforme al texto, expreso y claro, del artículo seiscientos sesenticuatro del Código Sustantivo [C.C.], el objeto de la acción de petición de herencia es la recuperación de todos o parte de los bienes, que a título sucesorio, el demandado ha hecho suyo, cuando también lo son, excluyente o conjuntamente, de la parte actora; [...] de donde se puede concluir que la norma pretende reconstituir el universo sucesorio, a fin de restablecer los derechos de quien corresponda; [...] por ende, la interpretación de la norma invocada debe ser en el sentido que el actor, dentro de este proceso [sobre petición de herencia], procura la reconstitución del universo sucesorio que posee o ha poseído la parte actora, como consecuencia de su título sucesorio ...” (Casación Nro. 428-2006/Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2007, págs. 19199-19202). (Pág. 26-27)

“... En nuestra legislación el artículo 664 del Código Civil concede la acción petitoria de herencia al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen contra aquél que los posee a título sucesorio, teniendo en este sentido dicha acción por objeto que el heredero ingrese a ocupar el bien en su totalidad o concurra con el demandado, concibiéndose de esta manera como una acción real; sin embargo, cuando adicionalmente se peticiona que se declare como heredero al accionante, dicha acción tendrá además el carácter de personal porque se pretende adicionalmente la declaración de heredero del accionante ...” (Casación Nro. 4945-2006/Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19373-19375). (Hinostroza, Op. Cit., Pág. 27-28)

“... Debido a la especial naturaleza de la petición de herencia prevista en el artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, ésta pretensión [sic –léase esta pretensión-] está orientada principalmente a que se reconozca el derecho hereditario que corresponde a las personas que teniendo vocación hereditaria, no han sido comprendidas en la sucesión intestada que se hubiere tramitado y sólo como consecuencia de tal reconocimiento acceder a los bienes que integran la masa hereditaria; por tanto no se puede exigir, que en el presente caso, se tramite un nuevo proceso de sucesión intestada (que además resulta jurídicamente imposible porque ya existe sucesión intestada) y que posteriormente se invoque la petición de herencia en la vía correspondiente ...” (Casación

Nro. 1282-2006/lca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, pág. 18180). (Hinostroza, Op. Cit., p. 28)

En relación a la distinción entre las acciones petitoria de herencia y reivindicatoria:

“... Acción petitoria es la que se dirige contra los herederos declarados, a título universal y se refiere a la totalidad de la herencia (*pro herede*) y reivindicatoria es la que se dirige contra terceros, a título particular y con relación a determinados bienes (*pro possessore*), de tal manera que éste fluye no de una posesión a título hereditario, sino de una posesión a título real ...” (Casación Nro. 1967-T-96/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-03-1998, págs. 547-548). (Hinostroza, Op. Cit., Pág. 43)

En relación a la legitimación en el proceso de petición de herencia y de declaración de heredero:

“... Por imperio del artículo 664 del Código Civil la petición de herencia corresponde al heredero (declarado o no) que no posee los bienes de la herencia, y que considera que le pertenecen por efecto de la transmisión hereditaria, ésta pretensión se dirige en contra del heredero o heredero aparente, que ésta [sic –léase que está-] en posesión de los bienes hereditarios, a fin de concurrir con él a la herencia o para excluirlo ...” (Casación Nro. 1449-2003/Moquegua-Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, págs. 20463-20464). (Hinostroza, Op. Cit., Pág. 70)

“... El bien hereditario no está poseído por la heredera demandada [...], sino que por el contrario el propio recurrente ha reconocido que el inmueble hereditario se encuentra en posesión de terceros; siendo así, no resulta de aplicación la acción petitoria de herencia que se contrae el artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil ni consecuentemente el artículo ochocientos quince última parte del mismo Código ...” (Casación Nro. 2754-01/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8309). (Hinostroza, Op. Cit., Pág. 73)

“... Dicha norma [art. 664 del C.C.] es clara al establecer que la acción de petición de herencia se dirige sólo contra quien posea los bienes hereditarios [...]; razón por la cual, carece de asidero pretender [...] el emplazamiento de los coherederos no poseedores, concluyéndose que la Sala de mérito ha dado a la norma sustantiva el sentido que realmente le corresponde ...” (Casación Nro. 720-02/Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, págs. 9764-9765). (Ibíd, Pág. 73)

1.5 Legislación Comparada

1.5.1 Brasil

En el caso del ordenamiento jurídico brasilero, también tiene a la competencia judicial, como la única capaz de declarar heredero a uno que fue preterido primigeniamente, mediante la acción de petición de herencia.

Por otro lado, la legislación brasilera acepta como sujeto pasivo de la acción de petición de herencia, no sólo a quien posea a título sucesorio la herencia o parte de ella, sino también a diferencia del caso peruano, a quien lo posea sin aquel título.

1.5.2 Italia

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, tampoco existe otra vía de reivindicar legalmente al heredero preterido, sino por medio de la acción judicial denominada también petición de herencia.

A diferencia del caso peruano, en Italia, el actor pasivo del proceso de petición de herencia es tanto quien posea la totalidad o parte de los bienes hereditarios a título de heredero, como también, quien carezca de título alguno, sin embargo, comparten el ordenamiento jurídico peruano y el italiano, la condición imprescriptible que le atribuyen a la acción de petición de herencia.

Llama la atención la disposición drástica contenida en el Código Civil italiano de 1942 que en su artículo 735 dispone: "*La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti è nulla*" [Es nula la división en la que el testador no haya incluido a ninguno de los legítimos herederos o herederos]. Esta norma, claramente pretende dotar de una respuesta contundente para aquel caso en que sea el propio testador quien pretenda realizar la división de su patrimonio, pretiriendo a un heredero legítimo o a un heredero.

1.5.3 México

Para México, se ha tomado como referencia la legislación del Distrito Federal. Según ésta, al igual que para el caso peruano, la apertura de la sucesión se da con el fallecimiento del causante.

Llama la atención en el caso mexicano, la norma del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 que en su artículo 1652 dispone: “el derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmisible a los herederos”; ello, debido a que resulta ser esta norma de un contraste muy notorio con nuestra legislación, ya que el Código Civil de 1984, en su artículo 664 dispone la imprescriptibilidad de la acción.

México en el Distrito Federal, tiene a la judicial, como la única vía para declarar como tal, a un heredero que fue preterido.

Otro aspecto que resulta muy particular del ordenamiento jurídico del Distrito Federal respecto a la petición de herencia, es que el Código de Procedimientos Civiles de 1932 en su artículo 13, acepta como sujeto pasivo de dicha acción además de aquel poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero al “cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo”. Así pues, la citada norma mexicana regula una amplia gama de supuestos que admiten la acción de petición de herencia, a diferencia de nuestra realidad jurídica, la que admite como sujetos pasivos de la acción de petición de herencia, únicamente contra quienes posean

en todo o en parte –pero únicamente a título sucesorio- los bienes conformantes de la masa hereditaria.

CAPÍTULO II: EL NOTARIO EN LA SOCIEDAD ACTUAL

2.1 Función Notarial

La función notarial en el mundo se desarrolla principalmente a través de dos sistemas, a saber, el Sistema del Notariado Latino, y el Sistema del Notariado Sajón.

Como es conocido, en el Sistema del Notariado Latino, que es donde se ubica nuestro ordenamiento jurídico notarial, el instrumento notarial tiene una especial y privilegiada valoración probatoria, ya que es el notario –quien debe ser profesional del Derecho- quien redacta el instrumento, quien conserva la matriz, quien expide copias de los mismos a quienes tengan interés, y quien asesora a los solicitantes de su servicio, acerca de las consecuencias jurídicas de sus actos. Se suman a dichas características el hecho de que el notario accede al cargo mediante concurso u oposición, además de que al no ser el notario funcionario público, sus honorarios son sufragados por quienes soliciten su actuación.

Por otro lado, tenemos al Sistema del Notariado Sajón, propio de los países que adoptan el sistema del *Common Law*. Este sistema notarial tiene como principales notas características que el notario no requiere ser profesional del Derecho –por lo que no podrían encargársele la función asesora-; la función del notario en este

sistema se limita a certificar la autenticidad de firmas y copias; y claro está, no conserva la matriz de los instrumentos en los que interviene.

Mención especial merece el sistema notarial administrativo, en el cual el notario es funcionario público, es decir, recibe un salario del Estado, y en cuanto al instrumento público, al ser éste un documento formalizado por el Estado, tiene valor pleno.

Al respecto, Tito (2013) señala:

El notario, profesional del derecho, que sabe que la longevidad de su ilustre institución está ligada a los milenios de historia de la humanidad, a sus instituciones y a la confianza que la sociedad ha depositado en ella; así pondrá mucho celo y cuidado en todos los negocios, actos jurídicos, contratos y demás actuaciones donde participe ejerciendo su función notarial. La seguridad jurídica notarial será su norte. Su experiencia y sus horas de reflexión, estudio, especialización, capacitación y actualización permanente para ampliar o perfeccionar sus conocimientos los aplicará al autorizar, legalizar o autenticar y dar certeza de verdad a los actos que se le confíe. El notario pondrá todo su empeño para que prime la seguridad jurídica notarial y no se vicie su actuación. (Pág. 43)

Lavandera (citado en Mengual, 1931) concibe la institución Notarial como:

Una verdadera Magistratura, quizá la única, dentro del campo de la jurisdicción voluntaria. En tal sentir, principia por afirmar “que el Notario

es Ministro y Juez del derecho privado, porque dirige y autoriza, gobierna y juzga los actos jurídicos donde nace, con las reglas de la ley y los dictados de la justicia en el proceso de la jurisdicción voluntaria”. Ley y justicia son los objetivos de la institución notarial. Pero no ley y justicia en el amplio sentido de la palabra, sino en el puro aspecto del derecho privado, que afecta a las distintas situaciones y relaciones jurídicas del individuo con la sociedad. (Pág. 16)

Con certeza Becerra (1996) afirma:

Pero sobre todo el notario puede hacer algo más importante que es evitar el litigio, evitar el conflicto. Su labor antes que profiláctica tiene que ser preventiva. Podríamos decir que para la sociedad y para la paz social el mejor litigio es aquel que no se produce y que aquellos que se inician deben ser culminados lo más rápido posible, porque como decía Couture: “el tiempo es más que oro, es justicia”. (Pág. 67)

Mucha razón tiene Ávila (citado en Gonzáles, 2008) cuando señala:

Es decir, la función notarial no solamente consiste en *dar forma* a un determinado acto o negocio jurídico, sino además en *dar fe* de dicho acto. Por tal motivo, la función puede resumirse en *dar forma pública*. El término “dar fe” significa confiar o creer en lo que el notario narra en el documento. Si bien la función notarial se concreta o resume en la autorización del documento público, sin embargo, tal autorización es un punto culminante al cual se desemboca tras una serie de actos que exigen una actividad funcional complementaria. (Pág. 589)

Coincidimos con Muñoz (1985) cuando señala:

La legitimación de la función notarial, es la forma de la Eficacia Jurídica. La actuación notarial debe dar fe en términos absolutos, gracias a ello. Debe de revestir una presunción *iure et de iure*, mientras no sea probada su nulidad o falsedad.

Con autores de la talla de Bellver Cano, en sus “Principios de Régimen Notarial Comparado”, de Castán Cobeñas, en su “Función Notarial”, con Sanahuja y Soler, en su “Tratado de Derecho Notarial”, con Farre en su obra “Algo sobre el Tercero Notarial”, y sin perjuicio de considerar la posibilidad excepcional de que deben los Tribunales rever los actos en que aparezcan vicios de fraude, simulación y otros, propugnamos el reconocimiento pleno de la eficacia de la jurisdicción notarial. Coincidimos con dichos autores. La idea no es nuestra. Todos debemos coincidir....

Queda claro así que el Notario es un actor de una sensible importancia en la sociedad debido al reconocido conocimiento, experiencia y especialidad en la ciencia del Derecho.

2.2 Función Notarial en los Asuntos No Contenciosos o de Jurisdicción Voluntaria

Sobre el origen de la denominada jurisdicción voluntaria, el Colegio de Notarios de Lima (2016) señala:

Se atribuye algunas veces el surgimiento de la jurisdicción voluntaria a fundamentos de tipo histórico, motivos de seguridad o certeza jurídica,

otras veces a razones económicas y a políticas públicas. Pero el fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, y luego le sigue el de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción voluntaria se refería a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía propiamente litigio. Así podemos observar que en España, por ejemplo, antes de la codificación, la jurisdicción voluntaria, era la que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes; como eran los casos de legitimación, adopción y la información de pobreza y la contenciosa que era la que se ejercía en las contiendas jurídicas o donde existían contradicciones entre las partes.

A partir de ciertas actuaciones que ejercían los magistrados y que correspondían a materias no estrictamente contenciosa, pasan a formar parte de un todo, surgiendo dentro de un término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario. Por lo que los asuntos voluntarios forman parte entonces de la jurisdicción diríamos solo que por razones históricas y políticas; pues en la historia conocida acerca del tema no es posible encontrar ninguna razón de fondo para su explicación.

En el ordenamiento jurídico moderno al igual que en la Roma post-clásica, lo voluntario y lo contencioso forma parte de la jurisdicción; pero en el estado actual del desarrollo de las instituciones han surgido dificultades para mantener ciertas cuestiones en lo jurisdiccional, por asunto de identificación de algunos asuntos por parte de la doctrina, con

actividades administrativas, por tanto hoy día la doctrina trata de separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa y recomienda la contenciosa como verdadera jurisdicción. (Pág. 13-14)

Para Fernández (2016):

El sentido moderno de la jurisdicción voluntaria y su configuración actual son el resultado de la evolución histórica de esta institución cuya denominación, concepto, naturaleza jurídica, contenido y ubicación han sido objeto de polémica doctrinal a lo largo de los años.

Sin ignorar las dificultades que conlleva adentrarse en su estudio, sólo examinándola desde esta perspectiva histórica se puede aspirar a conseguir una adecuada comprensión de qué es la jurisdicción voluntaria y qué función está llamada a desempeñar en la actualidad.

Lo primero que llama la atención cuando nos aproximamos a la institución es su denominación, esto es, cómo el uso del lenguaje común nos induce a pensar que estamos ante una actividad jurisdiccional. Esta afirmación inicial a la que nos aboca la expresión “jurisdicción voluntaria” abriga dudas e interrogantes. Prueba de ello es que ha sido criticada y ha generado bastante controversia tanto en la doctrina romanista como en la actual. ¿Es la jurisdicción voluntaria una auténtica manifestación de la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales?

La Constitución Política del Perú de 1993, además de señalar como principio de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, es

clara en afirmar en su artículo 139: “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Asimismo, los artículos 1° y 2° del Código Procesal Civil de 1993, ratifican la exclusividad de la competencia judicial para resolver además de conflictos de intereses intersubjetivos –ámbito en el cual claramente el notario no puede participar-, las incertidumbres jurídicas, como es por ejemplo, una declaración de sucesión intestada.

Es por ello que muchos han cuestionado la denominación jurisdicción voluntaria que tiene arraigo en la doctrina internacional; sin embargo, el artículo 1° de la Ley N° 26662 señala que los interesados pueden recurrir tanto al Poder Judicial o ante notario, para tramitar los asuntos no contenciosos que tratan dicha norma, que hasta la fecha son:

1. Rectificación de partidas.
2. Adopción de personas capaces.
3. Patrimonio familiar.
4. Inventarios.
5. Comprobación de Testamentos.

6. Sucesión intestada.

7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia.

8. Reconocimiento de unión de hecho.

9. Convocatoria a junta obligatoria anual.

10. Convocatoria a junta general.

11. Designación de apoyo para personas adultas mayores que tengan calidad de pensionistas o beneficiarios de la Ley N° 29625, Ley de devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) a los trabajadores que contribuyeron al mismo, o para los beneficiarios o usuarios de programas nacionales de asistencia no contributivos.

Asimismo, en virtud de la Ley 27333, el notario abogado también puede asumir competencia para tramitar:

12. Prescripción Adquisitiva de Dominio de bienes inmuebles.

13. Formación de Títulos Supletorios, y Saneamiento de Área, Linderos y Medidas Perimétricas de terrenos.

De igual modo, por efecto de la Ley N° 28325, el notario podrá asumir competencia para tramitar:

14. Prescripción Adquisitiva de Dominio de vehículos.

Y por efecto de la Ley N° 30933:

15. Procedimiento especial de desalojo con intervención notarial.

Es conveniente tener en cuenta como antecedentes, que hace ya casi más de medio siglo que la Unión Internacional del Notariado Latino en el Primer Congreso Internacional realizado en Buenos Aires – Argentina, se pronunció anunciando que era su aspiración que, todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial; es decir, que propuso que todas estas funciones de jurisdicción voluntaria se les deleguen, habiendo algunos países conseguido tal objetivo y años más tarde en el Congreso de la Unión realizado en Río de Janeiro – Brasil, también se insistió con esta pretensión para los demás países. (Somocurcio, 2015, Pág. 78)

En palabras de la profesora Ledesma (2015):

En el Perú, hasta antes del 22 de septiembre de 1996, todos los asuntos denominados No Contenciosos, se tramitaban exclusivamente en sede judicial, esto debido a una errónea apreciación de la naturaleza de estos

asuntos, los cuales no entrañan contención o Litis, de allí que también se los denomine jurisdicción voluntaria, mas bien se trata de un trámite administrativo donde las partes que intervienen generalmente están de acuerdo en el resultado buscado y no existen desacuerdos o desavenencias entre ellos, como puede ocurrir en la rectificación de un acta de nacimiento donde el apellido o nombre del padre del titular está escrito de manera equivocada o en un trámite de sucesión intestada donde todos los herederos del causante, están de acuerdo en declararse sucesores. (Pág. 119)

Corcuera (citado en Ledesma, 2015), describe como un diagnóstico de lo que encontró el legislador, para dictar la Ley de Asuntos No Contenciosos, los siguientes puntos:

- La labor jurisdiccional del juez, compartida también entre procesos contenciosos y no contenciosos, lo que reduce la atención en solución de controversias y con un efecto negativo en la conservación de la paz social.
- Poder Judicial con sobrecarga procesal.
- Falta de celeridad en la solución de los procesos.
- Desacreditación por hechos de corrupción publicitados.
- Falta de confianza en este Poder del Estado.
- Deficiente implementación logística.
- Falta de especialización de su personal auxiliar y jurisdiccional.
- Alto costo de los aranceles judiciales. (Pág. 122)

Con precisión, Camacho (2015) señala:

La experiencia práctica de la ley ha demostrado que ésta cumple su finalidad, pues más del noventa 90 por ciento de los asuntos no contenciosos se tramitan ante notario, y no ante el juez de paz letrado, a pesar de la competencia alternativa que ambos comparten.

Pero esta norma no es un tema aislado para nosotros, otros países en el continente han adecuado sus legislaciones para tener leyes similares como a la nuestra, Brasil, Colombia, Cuba, Guatemala, Ecuador, y recientemente después de mucho batallar en España ha entrado este año en vigencia la Ley de Jurisdicción Voluntaria tan polemizada en los últimos años.

Para terminar quisiera decir que es indudable que en la mayoría de países en el mundo, la carga procesal es un obstáculo para la celeridad de la justicia, pues no tiene ningún sentido que los asuntos donde no hay conflicto sean tramitados en los juzgados, estos deban ser realizados por el notario, obviamente de tipo latino, porque es un profesional altamente capacitado, ha si –sic- lo demuestra nuestra exitosa experiencia, y hacemos votos para que en los demás países donde se tiene una propuesta legislativa sobre el tema en cuestión, éste se concrete. (Pág. 14-15)

Para Becerra (2015):

La intervención notarial en la tramitación de asuntos no contenciosos se justifica porque a) existe ausencia de litis, es decir se trata simplemente de esclarecer una incertidumbre jurídica o declarar un derecho no

controvertido; b) existe consentimiento o asentimiento de los interesados; c) no tiene carácter de cosa juzgada; y, d) permite que los jueces se dediquen a resolver temas donde es indispensable su intervención. (Pág. 355)

Resulta muy clara Fernández (2016) respecto a la prudencia en la atribución de facultades al Notariado al señalar:

La aspiración del Notariado a asumir competencias en materia de jurisdicción voluntaria, lejos de haberse debilitado, subsiste en la actualidad. Junto a las razones expuestas de índole histórica que justifican la reivindicación notarial sobre la base de unas competencias cercenadas en el movimiento codificador del siglo XIX, hoy encontramos argumentos más actualizados. Argumentos que derivan de un análisis de la función notarial desde la perspectiva de su contenido, del quehacer o actividad típica y propia del Notariado y de la utilidad y eficacia que esta institución aporta dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva. Sin embargo, la prudencia debe inspirar la atribución al Notariado de funciones en esta materia que no puede ni debe hacerse de forma absoluta o sin límites. A nuestro juicio, las competencias que se atribuyan a los Notarios han de ser competencias que funcionalmente les puedan corresponder como titulares de la fe pública extrajudicial. Ni pueden convertirse en jueces preventivos, ya que no ejercen jurisdicción y carecen de *imperium*; ni pueden invadir la fe pública judicial, de la que son titulares exclusivos los Letrados de la Administración de Justicia. El respeto a la esencia propia de la función notarial así lo exige. Sólo de

esta forma se mantendrá la alta consideración hacia unos profesionales tan necesarios para nuestro tráfico jurídico y su seguridad como lo son los Notarios.

Hace más de 24 años que el Notario peruano ha asumido la competencia en asuntos no contenciosos, y no con poco éxito, como es de público conocimiento. La celeridad y eficacia de los procedimientos, han hecho que cada vez se vayan aumentando la cantidad de materias que, como asunto no contencioso, son de competencia alternativa del notario.

En representación del gremio de Notarios de Lima, el Colegio de Notarios de Lima (2016), con certeza afirma:

Estas ampliaciones de las que ha sido objeto los asuntos no contenciosos en sede notarial, constituyen un reconocimiento a la eficacia de la función notarial lo cual fortalece nuestra presencia y nos legitima ante la sociedad. Pero es a la vez un aliciente y una gran responsabilidad con la comunidad en general, pues ya no intervenimos formalizando únicamente declaraciones de voluntad que pertenecen a las relaciones privadas de las partes, sino también otorgando declaraciones de certeza despejando situaciones de incertidumbre jurídica respecto a asuntos que interesan a los usuarios quienes tienen la oportunidad de acceder directamente al notario para obtener respuestas oportunas y eficaces a sus peticiones en materias no contenciosas. (Pág. 4)

Señala Mejía (2016):

El notario es el funcionario imparcial que asesora en forma independiente a las partes, sin tener favoritismo hacia una de ellas; su compromiso es con la verdad y la legalidad. Además, informa acerca de cuál es el camino legal para conseguir un resultado lícito de la voluntad de los otorgantes, tanto en los ámbitos comercial y mercantil, como en el familiar.

El modelo de notariado latino, con los lógicos matices que existen en cada uno de los países que lo han adoptado, ratifica que es el sistema notarial que estará presente en el desarrollo de la globalización y la historia de la humanidad de los próximos siglos. Por consiguiente, en las diversas legislaciones, se viene ampliando el ámbito de competencia notarial, encomendándoles cada vez más mayor número de procesos no contenciosos, así como funciones de calidad de árbitro, mediador y conciliador. (Pág. 106)

Lo que pretendo demostrar con la presente investigación, es que algunos casos sobre inclusión de heredero preterido pueden perfectamente tramitarse como uno de competencia notarial en asuntos no contenciosos.

CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA

Llegado a este punto de la investigación, corresponde centrarnos en la problemática que se intenta profundizar y solucionar.

En la realidad nacional, no es poco frecuente encontrarnos con situaciones anómalas derivadas de un proceso sucesorio. Muchas de ellas tienen soluciones a través de la voluntad de las partes, o mediante la intervención calificada de un notario público, sin embargo, hay otras que no tienen actualmente otro camino, que la vía judicial. Una de estas, es el caso del heredero preterido.

Cuando una persona fallece, o lo hace bajo el imperio de su testamento, o sin haberlo otorgado. Sin embargo, en cualquiera de dichos supuestos, podría ocurrir la problemática materia de la presente investigación. Esta se da cuando el testador no instituye a todos los herederos que debía instituir, o cuando en una sucesión intestada, el juez o el notario, no declara a todos los herederos.

Claramente, ambos casos constituyen situaciones distintas en relación a la problemática descrita. En el caso del testamento, es el testador el autor del testamento y, por lo tanto, es su voluntad la que origina la preterición de uno o varios herederos. Esta preterición podría tener diversas causas, sin embargo, en todos los casos, la solución a dicho problema, es recurrir a la vía judicial. Por otro

lado, en el caso de la sucesión intestada, si bien es cierto, el juez o el notario son los autores de la declaración de herederos por la sucesión intestada, ellos lo hacen en virtud de un pedido materializado en una demanda, o en una solicitud según el caso, y son en estos instrumentos, y en el devenir del proceso que corresponda, que se funda la convicción del juez o del notario, para que finalmente declare a los herederos. Es decir, en el caso de la sucesión intestada, el juez o el notario causan la preterición, pero motivados por hechos expuestos en una demanda o solicitud, cuyas veracidades no han sido desvirtuadas en el proceso.

Lo cierto es que en cualquiera de los dos casos, existe cuando menos, un heredero a quien debía instituírsele o declarársele como tal, pero no se hizo.

En esta situación, la única vía a la que puede recurrir el heredero preterido, es la vía judicial, a través del proceso de petición de herencia, el cual se sustancia bajo las normas del proceso de conocimiento, y aún cuando se presenten las mejores condiciones como por ejemplo, actores procesales diligentes, el propio consentimiento de la parte demandada, y la bendición de una carga procesal ligera, la realidad nos informa que el heredero preterido se enfrenta a la obligación de tener que esperar un tiempo injustificado.

CAPÍTULO IV: POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS

4.1 Cesión de Derechos Hereditarios

4.1.1 Perú

Está regulada en el artículo 1209 del Código Civil de 1984 y señala: “También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero”.

Esta institución, que legislativamente está regulada como parte de la cesión de derechos del Libro VI de nuestro Código Civil, propiamente se debe analizar como parte de la cesión de derechos no crediticios.

Así pues, Castillo (2017) afirma:

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual –una compraventa, por ejemplo- o extracontractual –por ejemplo, la herencia- o cuando una disposición legal así lo ordena.

La cesión de derechos se divide en cesión de créditos y cesión de derechos no crediticios. (Pág. 77)

Continúa señalando:

En la cesión derechos no crediticios se abandona el esquema propio de la relación obligacional que tiene como protagonistas al deudor y al acreedor. El nuevo esquema tan solo tiene como personajes al cedente y al cesionario. Entonces, el esquema de una cesión de derechos no crediticios, simplemente, nos plantea la figura del cedente, que es titular del derecho que se cede, y del cesionario, que es el que adquiere el derecho cedido”. (Op. Cit., Pág. 77-78)

La cesión de derechos hereditarios al igual que la inclusión de heredero preterido, también tiene como finalidad la incorporación en el patrimonio hereditario, de una persona que originariamente no formaba parte de la sucesión, siendo marcada la diferencia de que la inclusión del heredero preterido que es materia del presente estudio, no implica la sustitución de una persona por otra.

Para Gomes (1992, Pág. 273-274) “La cesión de la herencia tiene como objeto el *nomen hereditarium*, esto es, un patrimonio sin especificación de los bienes y de las deudas”.

Respecto al objeto de la cesión de derechos hereditarios, el profesor Lohmann (2014):

El concepto básico que constituye el objeto de la norma que estudiamos es que el titular único de un patrimonio sucesorio o un copartícipe de él puedan transmitir, total o parcialmente, la participación que ya tienen en la masa sucesoria derecho sin necesidad de singularizar –o sea, indicar específicamente– los elementos patrimoniales (activos y pasivos) que

son objeto de transmisión, tanto porque pueden no conocerlos, como precisamente porque no se transmiten individual y separadamente, sino por un título único.

Una particular circunstancia que merece atención, es que la cesión de derechos hereditarios se diferencia con la inclusión de heredero preterido, en que la cesión de derechos hereditarios puede ser motivada por muchas y diversas razones principales. Como por ejemplo en palabras de Castillo y Osterling (1994):

El interés de uno de los coherederos de no participar en el lento proceso de división y partición de la masa hereditaria. Tal cesión de derechos podría efectuarse a favor de alguno o algunos de sus coherederos o de un tercero –ajeno a la sucesión-. O podría obedecer, incluso, al desconocimiento del valor de la cuota hereditaria, caso en el cual el heredero podría preferir, por seguridad, enajenarla a título oneroso. También podría operar la cesión a título gratuito, si alguno de los herederos decidiese, por ejemplo, beneficiar a algún coheredero en precaria situación económica. (Pág. 514-515)

En cambio, la finalidad principal de la inclusión de heredero preterido, siempre será reconocer la condición de heredero de la persona a la que, por diversas circunstancias, no se le incluyó como tal en el título sucesorio. No podemos aquí afirmar que la inclusión de heredero preterido no puede formar parte de un complejo sistema de actos jurídicos, pero sí, que claramente la existencia de la inclusión de heredero preterido, puede tener una única motivación finalista, como la explicada.

En cuanto a la formalidad de la cesión de derechos hereditarios, nuestro Código Civil no señala una formalidad para ello, de modo que, en principio, debería seguirse la regla general de la forma escrita, contenida en el artículo 1207 del Código Civil que dispone: “La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”.

Siguiendo nuevamente al profesor Lohmann (2014):

Sin embargo, como por efecto de la cesión el cesionario se coloca en una determinada posición jurídica sobre un conjunto universal –la masa patrimonial indivisa– que contiene un abanico de distintos elementos patrimoniales, posiblemente heterogéneos, respecto de los cuales el cesionario no tiene una titularidad directa sino sólo una expectativa y, por cierto, intereses (percepción de frutos, defensa ante terceros, disposición y gravamen, etcétera), la naturaleza de tales elementos puede hacer necesario el uso de formalidades especiales.

No así para el caso de la inclusión de heredero preterido que planteo con la presente investigación, para la cual, la formalidad requerida y necesaria, es el instrumento público notarial protocolar, específicamente, el Acta Notarial extendida en el Registro de Asuntos No Contenciosos del Notario.

4.1.2 Argentina

Argentina experimentó un significativo cambio en el sistema de sucesiones a partir de la sanción del Código Civil y Comercial del 2015, en virtud del cual se apartó del

sistema de sucesión en la persona adoptado por el Código de Vélez Sarsfield, para acoger el sistema de sucesión en los bienes.

Así pues, siguiendo a Zanoni (1989):

Por el primero de los sistemas citados, se reputa al heredero como un continuador de la personalidad del causante, asumiendo todos los derechos, pero también todas las obligaciones, las cuales deberá afrontar con sus propios bienes, y por el segundo de los sistemas citados, a la muerte del sujeto su patrimonio recibe, en términos generales, la consideración de un activo con un pasivo constituido por obligaciones que pesan como “cargas a liquidar”. El heredero no subentra en la posición jurídica del causante, permanece ajeno a ella, y recibe, una vez liquidadas las cargas, los bienes relictos. (Pág. 6)

Conceptualizando la cesión de la herencia en Argentina, Zinny (citado en Goicoechea, 2016) la define como:

El contrato mediante el cual una parte (cedente) transfiere a la otra (cesionario) el todo o una parte alícuota de la universalidad jurídica que le corresponde en su calidad de heredero. Recuerda, asimismo, que por universalidad jurídica cabe entender aquel conjunto de derechos y obligaciones considerados por la ley como un todo ideal. (Pág. 10)

Para el Derecho argentino, la cesión de la herencia es claramente un contrato, de ahí que todo un título, conformado por 8 artículos, regulen dicha institución, a diferencia de nuestra realidad jurídica.

Como señala Cerniello (citado en Goicoechea, 2016):

En cuanto a los caracteres, se trata de un contrato traslativo (porque, al igual que la cesión de créditos, transmite los derechos en ella comprendidos por la sola fuerza del contrato mismo), formal (pues exige siempre la escritura pública), gratuito u oneroso (en el último caso se recibe a cambio dinero, la propiedad de una cosa, la titularidad de un crédito, la titularidad de otra universalidad jurídica, etcétera), y aleatorio (porque su contenido es variable e incierto hasta el momento de la partición). (Pág. 11)

En el Derecho argentino no existe regulación jurídica de la inclusión de heredero preterido como asunto no contencioso de competencia notarial, existiendo para ellos igual que para nosotros, la institución de Petición de Herencia como mecanismo para obtener la entrega total o parcial de la herencia, sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero del actor, como informa el artículo 2310 del Código Civil y Comercial argentino del 2015 de la siguiente manera: “La petición de herencia procede para obtener la entrega total o parcial de la herencia, sobre la base del reconocimiento de la calidad del heredero del actor, contra el que está en posesión material de la herencia, e invoca el título de heredero”.

4.1.3 Chile

Probablemente en el Derecho Civil comparado, el caso chileno sobre la cesión de derechos hereditarios es el que mayor rigor investigativo me ha merecido, debido a que dicha institución ha originado opiniones doctrinarias divididas acerca de su naturaleza jurídica, formalidades, entre otros elementos.

En la investigación fue notoria la discusión doctrinaria acerca de entender a la cesión de derechos hereditarios como título o como modo de adquirir. Al respecto, sosteniendo que es un modo de adquirir, Somarriva (2003) señala:

Podría, entonces, pensarse que la cesión de derechos hereditarios es un contrato, sin embargo, ello sería un error, pues la operación jurídica en estudio no es sino la tradición de los derechos hereditarios, que ha merecido del legislador una reglamentación especial y quizá sea esa la razón porque no se ocupó de ella al referirse a la tradición en el tít. VI del Libro II. Y así lo afirmamos porque la cesión no crea obligaciones, sino que, precisamente, extingue aquélla que emane del contrato de donde deriva: a saber, efectuar el traspaso de los derechos hereditarios. (Pág. 112-113)

Y por su parte, sosteniendo que la cesión de derechos hereditarios es título, está Soza (citado en Palavecino, 2012) quien sostiene:

No concordamos con Somarriva (...) quien afirma que la cesión de derechos hereditarios constituye la tradición de los mismos. La cesión está regulada como contrato, y creemos que es un negocio obligatorio: una vez hecha la cesión, que puede ser onerosa o gratuita, el cedente queda obligado a transferir los bienes cedidos. (Pág. 4)

Con respecto a la formalidad, según Somarriva (2006):

El contrato que da origen a la cesión puede ser solemne o consensual. Refiere que si estamos ante una venta, se requiere escritura pública por lo prescrito en el artículo 1801, inciso segundo, del Código Civil. Lo

mismo ocurre con la permuta. Pero la cesión misma no está sujeta a formalidad alguna. (Pág. 120)

Por otro lado, con respecto a que con la cesión de derechos hereditarios se cede o no la calidad de heredero o sólo los derechos en el activo sucesorio, siguiendo nuevamente en este punto a Soza (citado en Palavecino, 2012), éste considera que se cede sólo los derechos en el activo sucesorio al señalar:

La herencia como derecho real, cuando se efectúa la cesión, el cedente se desprende de su derecho real de herencia para entregárselo al cesionario, lo cual va contra las más elementales reglas de la sucesión hereditaria. En efecto, la adquisición del derecho real de herencia significaría para el cesionario asumir la condición de heredero, lo cual naturalmente no ocurre, ya que la asunción de deudas, que es la característica prototípica de la herencia, no se produce en este mecanismo, sino cuando expresamente se conviene así. (Pág. 9-10)

Y sosteniendo la posición contraria, es decir, que con la cesión de derechos hereditarios sí se cede la calidad de heredero, tenemos a Somarriva (citado en Palavecino, 2012, Pág. 10) que señala que “el cesionario carga también con las deudas hereditarias, consecuencia de la aleatoriedad de la cesión”.

El Derecho chileno también carece de una regulación como la que propondré para la inclusión de heredero preterido como asunto no contencioso de competencia notarial, existiendo para ellos también la vía judicial de la petición de herencia.

4.1.4 España

En España, la cesión de la herencia está principalmente abordada doctrinalmente como la compraventa o venta de la herencia, y legislativamente, la cesión puede concebirse como un efecto jurídico genérico, que resulta de la ejecución de variados tipos de actos, como la compraventa o la donación por citar alguno de ellos. Así se puede colegir cuando el numeral 1 del artículo 1000 del Código Civil español de 1889 dispone que se entiende aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona, o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

La formalidad requerida es el documento público conforme lo señala el numeral 4 del artículo 1280 del Código Civil español.

Un tema que causó polémica por muchos años, es la transmisibilidad de la condición de heredero, y es un grupo muy importante de la doctrina española –juristas de la talla de Puig Brutau, Roca Sastre, Vallet de Goytisolo-, apoyada en el principio romano *semel heres, semper heres* –una vez heredero, siempre heredero- la que ha argumentado que cuando se produce la cesión de la herencia, la condición de heredero no se transmite, siendo uno de sus argumentos que asumir que se puede transmitir la condición de heredero implicaría que, frente a los acreedores de la herencia, se habría producido una asunción de deuda por parte del adquirente de la herencia, sin que se haya recabado el necesario consentimiento de dichos acreedores, ya que el contrato de

compraventa de la herencia no puede afectar a las personas que no son parte de ese negocio (Espejo, 2008).

Finalmente resulta relevante la afirmación hecha por Espejo (2008) cuando señala:

Para nosotros en materia de cesión de los derechos hereditarios resulta muy importante el momento del proceso sucesorio en que nos encontremos cuando la cesión se realiza, pues eso va a ser decisivo para determinar la posición jurídica respectiva del cedente y del cesionario de la herencia. Lo habitual en el caso de la cesión de la herencia será que el primitivo heredero se haya desentendido a tiempo de sus responsabilidades como tal heredero, de modo que se transmita plenamente al cesionario todo el conjunto de sus facultades y deberes. Solamente en el caso en que el cedente haya incurrido en responsabilidad personal e ilimitada –responsabilidad *ultra vires hereditatis* como la conocemos en nuestra realidad jurídica-, podrá ser necesario seguir teniéndolo presente como actor de la sucesión a efecto de responsabilidades, intervención en la partición, etc.

En España, es la vía judicial a través de la acción de petición de herencia la que corresponde para que el heredero preterido sea reconocido como tal, y de ser el caso, obtenga la restitución total o parcial de los bienes que componen el caudal relicto del causante.

Hasta aquí podría parecer que la cesión de derechos hereditarios resuelve la problemática del heredero preterido en una sucesión, sin embargo, ello no es del

todo cierto si analizamos a profundidad la institución de la cesión de derechos hereditarios de manera aplicada a la citada problemática.

Así pues, en primer lugar, el escenario en el que se desarrolla la problemática de la presente investigación es la existencia de una sucesión –testada o intestada- en la que un heredero que fue excluido del universo de herederos instituidos o declarados, se incorpora en aquel grupo; en cambio, en el caso de la cesión de derechos hereditarios, se trata de una persona que podría ser totalmente ajena a la familia del causante, la que adquiere derechos derivados de su sucesión. Dicho de otro modo, en el caso de la inclusión del heredero preterido, la persona a quien se le incluye como heredero, se le reconoce la legítima delación que tuvo, y adquiere por ello, no el derecho a participar en la herencia, sino, la herencia misma, lo que incluye los elementos patrimoniales y no patrimoniales que la componen, y en la cesión de derechos hereditarios el cesionario no adquiere la herencia, ni parte de ésta, lo que adquiere es el derecho a participar en un conjunto económico compuesto por los elementos patrimoniales de la herencia.

En segundo lugar, con la inclusión del heredero preterido que plantea el presente trabajo, el heredero que se incluye, adquiere todos los derechos patrimoniales y no patrimoniales derivados de la herencia. En cambio, en el caso de la cesión de derechos hereditarios, el cesionario únicamente podrá adquirir derechos con el carácter patrimonial, y dentro de ellos, aquellos que por mandato legal o por convenio, se puedan transmitir por causa de herencia.

Cabe recordar que, en nuestro sistema legal, existen derechos que tienen el carácter de no patrimonial, los que por lo tanto no pueden ser materia de una cesión de derechos hereditarios, como son la nacionalidad, la identidad, además de fuentes de obligaciones que tienen el carácter *intuitu personae*, como el contrato de mandato, y renta vitalicia, por citar algunos ejemplos.

Así pues, se llega a la conclusión de que la problemática del heredero preterido tiene un alcance jurídico de mucha trascendencia, al que la cesión de derechos hereditarios le es insuficiente, principalmente por la transmisibilidad de los derechos no patrimoniales a favor del heredero preterido.

4.2 Conciliación

La libertad, qué duda cabe, es uno de los derechos y valores más importantes de la sociedad, a tal punto que la búsqueda y ejercicio de la misma, ha traído como consecuencia grandes revoluciones, pero además, ha sido desde siempre, el punto de partida para la solución de los conflictos. Es en este escenario de libertad que se desarrolla la Conciliación.

Con certeza Guzmán Barrón (2019) afirma que “la Conciliación es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero denominado conciliador”.

Actualmente, la conciliación está regulada por la Ley N° 26872 de 1997, y su artículo 5° señala: “La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden

ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto”.

El tema que nos ocupa relacionado con la conciliación, es saber si mediante dicha institución se puede solucionar la problemática del heredero preterido. Aquello se puede resumir con una interrogante: ¿puede el heredero preterido adquirir la condición de heredero en virtud de un acuerdo contenido en un acta de conciliación?

Además de una inquietud natural producto del análisis del tema materia de estudio, surge esta potencial solución, a partir de tomar conocimiento de la Resolución del Tribunal Registral N° 408-B-2006-SUNARP-TR-L del 06 de julio del 2006, en la que como resumen de su contenido, se sumilla: “La pretensión de petición de herencia puede ser objeto de una conciliación extrajudicial, siempre que todos los herederos declarados o instituidos presten su conformidad en forma expresa. Para acceder al Registro basta que se presente copia certificada del acta de conciliación”.

Entre los principales fundamentos de la citada resolución, podemos destacar:

- La acción de petición de herencia no se encuentra dentro de las materias no sujetas a conciliación, mas bien podría considerarse como una acción derivada de una relación familiar, pues lo que se discute es la vocación hereditaria del accionante. La vocación hereditaria siempre está vinculada a un tema de filiación o de parentesco.
- Como puede advertirse de lo expuesto, el acta de conciliación extrajudicial, está cubierta de seguridades esencialmente iguales a los

títulos de naturaleza notarial. Vale decir, en su producción interviene una persona, autorizada y respaldada por el Estado que certifica los acuerdos tomados por las partes y su legalidad, haciéndolos exigibles judicialmente en caso de incumplimiento. En definitiva, las formalidades que rodean al acta de conciliación extrajudicial la convierten en un título auténtico, toda vez que otorga, por sí sola, certeza sobre la existencia del título material. Consecuentemente, a criterio de la Sala, el acta de conciliación que contiene un título material inscribible debe acceder al Registro.

Corresponde entonces en este punto, analizar si resulta ser la conciliación extrajudicial un medio alternativo a nuestra propuesta, para resolver el problema del heredero preterido.

La primera respuesta que fácilmente se puede advertir, es que la citada Resolución del Tribunal Registral se expidió cuando aún no se había sancionado el artículo 7-A de la Ley de Conciliación. Este artículo fue incorporado a la Ley de Conciliación mediante el Decreto Legislativo 1070 –publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 28 de junio del 2008-, y regula los supuestos y materias no conciliables, siendo que su literal g) señala: “En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero”.

Aun cuando el citado artículo 7-A fue modificado, primero por la Ley 29990 - publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 26 de enero del 2013- y por último, por el Decreto Legislativo 1196 -publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 09

de setiembre del 2015-, la disposición normativa contenida en el literal g) descrita, no ha sido modificada hasta la actualidad.

Ahora bien, estoy convencido de que la citada Resolución del Tribunal Registral está errada en su razonamiento y finalmente en su decisión, pero no por la posterior existencia del artículo 7-A de la Ley de Conciliación que cité, sino por razones de carácter analítico que explicaré.

La autonomía de la voluntad es el pilar central del acto de conciliación, y sobre dicha base, las partes en conflicto ponen fin a sus desavenencias llegando a un acuerdo que puede estar constituido por obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, sin embargo, la ejecución de esta autonomía de la voluntad tiene límites, como no podría ser de otro modo.

Los límites naturales y generales de todo acto jurídico son el orden público y las buenas costumbres por un lado, y las normas imperativas, por otro. Por las primeras, podemos decir que son categorías muy complejas de definirse, ya que dependen mucho del espacio y tiempo en el que se definan y pueden tener un contenido sociológico diverso, citando como algunos ejemplos, la paz, el bien común, la seguridad jurídica; y por las segundas, podemos decir que son disposiciones más fáciles de ser ubicadas y comprendidas, aunque siempre habrá un pequeño margen de posibilidad de discusión en cuanto a su identificación.

Sin perjuicio de lo expuesto, y tomando en cuenta el análisis específico de la institución de la conciliación, encuentro que existe un límite determinante para

analizar la legalidad de un acuerdo conciliatorio, y es, el carácter de derecho disponible sobre el que versa la pretensión.

Así pues, corresponde analizar si la condición de heredero es un derecho disponible sobre el cual las partes libremente pueden determinar.

Desde siempre, ha sido la autoridad judicial la competente para declarar a los herederos de una persona a falta de testamento válido, y como sabemos, desde 1996 y en virtud de la Ley 26662 –Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos-, el notario abogado, también es competente para ello.

La declaración de heredero importa el análisis jurídico de la vocación hereditaria de las personas a quienes el ordenamiento jurídico les otorga tal condición. Si aceptamos que la declaración de herederos puede ser finalmente determinada bajo el principio de la autonomía de la voluntad, podremos llegar a la posibilidad extrema de que una persona a la que la ley no le otorga la condición ni de pariente, pueda ser declarado heredero, desnaturalizando así el régimen de la sucesión hereditaria. Tomemos en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, no es función del conciliador analizar la vocación hereditaria, ni mucho menos, decidir sobre ello.

Ahora bien, respecto al acta de conciliación como el documento idóneo que pueda instrumentalizar la incorporación de un heredero preterido, cabe señalar que si bien es cierto, el mismo es redactado por una persona a quien el Estado le reconoce una importante labor en la solución de conflictos, no es menos cierto que dicho instrumento, en su esencia misma, recoge la voluntad de las personas en conflicto, y no contiene una declaración de autoridad alguna.

4.3 Transacción

La transacción es un acto jurídico cuando menos bilateral, en virtud del cual se pone fin a una situación dudosa o litigiosa, mediante concesiones recíprocas entre las partes. Y bien, la preterición de un heredero en la institución o declaración de heredero, resulta ser un escenario en la práctica, poco menos dudoso, y mucho más litigioso.

Y entonces, surge acá la natural interrogante respecto a que si la transacción es un medio alternativo para la solución de la problemática del heredero preterido que es materia de la presente investigación.

Existe un elemento de esta institución que resulta determinante para poder resolver la interrogante planteada, y es la naturaleza de los derechos transigibles.

El artículo 1305 del Código Civil de 1984 señala que: “sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción”.

La condición de heredero tiene una naturaleza muy especial, ya que, qué duda cabe, apareja consigo derechos de naturaleza patrimonial relacionados con el caudal que deja el causante, sin embargo, no son sólo de naturaleza patrimonial los derechos que importa la condición de heredero. Así pues, tenemos que cuando una persona es declarada heredera de otra, adquiere algunos de derechos de naturaleza no patrimonial, entre los que destacan el derecho moral del autor, la condición de asociado siempre que el estatuto de la entidad lo permita, el derecho a prestar el asentimiento para la divulgación de las comunicaciones de carácter

confidencial o referidos a la intimidad del causante, a decidir algunas cuestiones referentes al funeral, y no pudiendo desprender de la herencia los derechos no patrimoniales, es que llegamos a la conclusión de que por medio de la transacción, una persona no puede llegar a obtener la condición de heredero por habersele preterido como tal.

Distinta es la situación en virtud de la cual por medio de la transacción, al heredero preterido se le reconozca derechos patrimoniales sobre determinados bienes que forman parte del caudal hereditario, al punto de satisfacer su pretensión de llegar a ser heredero.

Cabe aquí hacer mención de la Resolución del Tribunal Registral N° 1130-2017-SUNARP-TR-L del 24 de mayo del 2017, en la que como sumilla se señala: “La transacción constituye un medio para extinguir obligaciones, y siendo que una característica de toda obligación es su carácter patrimonial, sólo se puede disponer por transacción de derechos o situaciones valuables pecuniariamente. En tal sentido, la calidad de heredero no puede ser objeto de transacción extrajudicial”.

Sin embargo, lo que resalta negativamente del caso que fue materia de apelación, fue que el instrumento en virtud del cual se pretendió modificar el contenido de la inscripción en una partida del Registro de Sucesiones Intestadas por la vía de la transacción, es una escritura pública notarial, lo que denota una incorrecta calificación del acto jurídico contenido en dicho instrumento público.

CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTO PROPUESTO

El procedimiento que se propone, claramente debe mantener una real correspondencia con la regulación que hoy existe para los Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, es decir, con la Ley 26662, ya que se tramitaría como tal. Y con la finalidad de que se mantenga siempre la condición de proceso no contencioso, éste sólo procedería si se cumplen dos requisitos de fondo: 1) si se cuenta con el consentimiento expreso de los herederos instituidos en el testamento, o de los herederos declarados en la sucesión intestada del causante y, 2) que el orden sucesorio que invoque el solicitante, sea igual, o concurrente con el orden de aquellos que han sido instituidos o declarados herederos.

En primer lugar, el notario competente deberá ser siempre el del último domicilio del causante, respetando la competencia territorial del notario. Esto, para continuar con la vertiente adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, respecto al sistema de la ley personal del causante.

Luego, el procedimiento deberá comenzar con la presentación de una solicitud suscrita por el heredero preterido o su representante debidamente facultado, autorizada por abogado, en la que intervengan los herederos instituidos en el testamento, o de los herederos declarados en la sucesión intestada del causante,

en la que se describa de manera clara el hecho de la preterición y se invoque el derecho que le asiste, adjuntando además cuando menos, el instrumento público que acredite su vocación hereditaria, así como aquella que acredite la existencia de la institución de herederos por testamento, o la declaración de herederos por sucesión intestada. La declaración del solicitante y de los herederos instituidos en el testamento o declarados en la sucesión intestada, deberá contener la certificación notarial de sus firmas.

Luego de ser calificada de manera positiva dicha solicitud, el notario deberá comunicar la existencia del proceso no contencioso, a través de tres tipos de acciones:

1.- Notificar a los herederos instituidos o declarados, en los domicilios que hayan indicado.

2.- Solicitar la anotación preventiva de la solicitud presentada, en la partida registral donde esté inscrito el testamento o la sucesión intestada, según corresponda.

3.- Publicar un extracto de la solicitud por una sola vez, tanto en el Diario Oficial El Peruano, así como 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.

Estas tres acciones, permitirán que principalmente los herederos instituidos o declarados, así como también los acreedores de la sucesión, de los herederos

instituidos o declarados, y también del solicitante, tomen conocimiento de dicho procedimiento, y ejerzan los derechos que les corresponda.

Este procedimiento, así como todo aquel regulado por la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, debe cumplir con el requisito del consentimiento unánime, el que debe mantenerse durante todo el procedimiento.

La oposición al procedimiento deberá traer como consecuencia la terminación de la actuación notarial, y la obligación de remitir los actuados al juzgado competente.

Luego de la última publicación realizada, se tendrá que esperar el plazo de quince días útiles para que vencido éste, sin mediar oposición de por medio, el notario pueda terminar el procedimiento, extendiendo un Acta en el que declare como heredero al solicitante que fue preterido, y por ello, se le incorpore como heredero del causante; acta que deberá extenderse en su Registro de Asuntos No Contenciosos.

Dentro del citado plazo de quince días útiles, cualquier persona que manifieste y pruebe ser también heredero –en el mismo orden sucesorio o con un orden compatible con los herederos instituidos o declarados, y con el propio solicitante-, podrá ser incluido y finalmente declarado como tal, si luego de notificada su solicitud al solicitante y a los herederos instituidos o declarados, estos manifiestan su consentimiento, o transcurren diez días útiles luego de que se les haga conocer dicha solicitud por parte del notario, sin mediar oposición alguna.

Finalmente, el notario deberá enviar el parte notarial respectivo al Registro de Testamentos o Sucesiones Intestadas según corresponda, para la inscripción de dicha declaración notarial, así como a los Registros donde se haya inscrito transferencias de dominio en virtud del Testamento o de la Sucesión Intestada del causante, esto último, siempre que la partida registral sobre los bienes aun publicite como titulares registrales, a los herederos primigeniamente instituidos o declarados.

Para ejemplificar el procedimiento que se propone, forma parte de la presente investigación como anexos:

1.- Propuesta de modificación de la Ley número 26662, para incluir la regulación jurídica correspondiente.

2.- Modelo de instrumento público.

CAPÍTULO VI: METODOLOGÍA

6.1 Diseño Metodológico

La investigación se realizó en base a los siguientes métodos:

6.1.1 Investigación Bibliográfica

Se recurrió a las bibliotecas físicas y virtuales de las principales universidades públicas y privadas de Lima, y en gran medida, a las de universidades extranjeras.

6.1.2 Entrevistas

Realicé entrevistas a seis notarios públicos con la finalidad de recoger sus impresiones, inquietudes y sugerencias, las que enriquecieron la investigación, ya que se pudo tomar como referencia el punto de vista de aquellos profesionales que podrían tener la responsabilidad de llevar a cabo procesos de inclusión de herederos como asunto no contencioso.

6.2 Procedimiento de Muestreo

Con respecto a la investigación bibliográfica, se analizó doctrina especializada principalmente en Derecho de Sucesiones y Derecho Notarial, incluyendo en la búsqueda, la experiencia comparada en el tema de investigación.

Y con respecto a las entrevistas, se realizaron a una población a seis notarios públicos de Lima, tres de ellos con menos de veinte años de ejercicio en la función notarial, y tres de ellos, con más de veinte años. Los citados notarios públicos tienen ubicadas sus oficinas notariales en los distritos de Comas, La Molina, Lince, San Isidro, y San Martín de Porres.

6.3 Aspectos Éticos

Declaro bajo juramento que la fuente bibliográfica, hemerográfica y/o electrónica consultada, ha sido citada conforme al Manual para la elaboración de las Tesis y los Trabajos de Investigación, aprobado por Resolución Rectoral N° 093-2017-CU-R-USMP del 27 de enero del 2017 de la Universidad de San Martín de Porres, y que la investigación es de mi exclusiva autoría, asumiendo por la presente declaración plena responsabilidad ante la Universidad de San Martín de Porres y ante las autoridades respectivas.

CAPÍTULO VII: RESULTADOS

Fueron siete interrogantes las formuladas.

La primera de las interrogantes fue: ¿por qué razones considera que la sociedad prefiere la competencia notarial en lugar de la competencia judicial para conocer asuntos no contenciosos?

Todos los entrevistados coincidieron en que la celeridad es el principal factor por el que se prefiere la competencia notarial, siendo la economía el segundo factor por el cual los entrevistados consideran que se sustenta la preferencia en la competencia notarial, habiendo hecho notar que dicho segundo factor, presupone que la ponderación entre las variables costo y beneficio.

Ver ilustración 1.

La segunda de las interrogantes fue: ¿considera que hay casos en los que los potenciales herederos voluntariamente excluyen a uno de ellos de ser declarado como tal?

Ante la misma, también fue unánime el reconocimiento de que en la práctica profesional se da esta conformación de voluntades, destinada a excluir a uno o más de los herederos que por naturaleza deberían ser declarados como tal.

Ver ilustración 2.

La tercera interrogante fue: ¿qué razones considera que existen para que un heredero sea preterido en un testamento o en una declaración por sucesión intestada?

Esta interrogante mereció que se grafiquen y comenten sus resultados de manera diferenciada, pues en todos los casos los entrevistados brindaron diferentes respuestas según se tratara de una sucesión testamentaria, o de una intestada.

Para el caso del testamento, la mitad de los entrevistados manifestaron que una conducta incorrecta era la principal razón por la que un testador ejecute la preterición de un heredero.

Una segunda causa para que se realice la preterición en un testamento, fue la predilección que el testador pueda tener por uno o unos de los herederos, en relación de los otros, señalando razones como ser el más necesitado, o ser el que más se preocupa por el propio testador.

Llamó la atención la respuesta en este punto de dos de los entrevistados, quienes manifestaron que debido a la asesoría que brindaban al testador, propiamente no

habían tenido la experiencia de que se realice ninguna preterición en un testamento.

Ver ilustración 3.

Para el caso de la sucesión intestada, cuatro de los seis entrevistados coincidieron en manifestar que el principal factor por el cual se realiza la preterición de un heredero en un proceso de sucesión intestada, es para evitar trámites que se realizan de manera posterior a la declaración, citando como ejemplos, la autorización judicial que se requiere para la enajenación de bienes de menores de edad, o el otorgamiento de poderes de quienes se encuentran en el extranjero.

Luego, tres de los seis entrevistados coincidieron que los errores en las partidas de nacimiento o matrimonio, así como el beneficio personal y deliberado, son causas para la realización de dicha preterición, debiendo dejar constancia que en todos los casos de los entrevistados que brindaron esta respuesta, indicaron que el conocimiento de dicha causal se realizaba en un momento posterior a la realización del proceso de sucesión intestada, cuando por ejemplo, se apersonan al oficio notarial a realizar actos de disposición en favor del preterido, ya que de lo contrario, no podrían asumir competencia, como es naturalmente comprensible.

Ver ilustración 4.

La cuarta interrogante fue: además de la vía judicial, ¿conoce alguna forma para que un heredero preterido reivindique su condición de tal?

Ante esta interrogante, los entrevistados tuvieron respuestas divididas, debiendo comentar que los tres entrevistados que respondieron de manera afirmativa, señalaron como ejemplos de sus respuestas a la transferencia de alícuota, a la conciliación extra judicial, y a la transacción extra judicial. Asimismo, es necesario remarcar que dos de los tres entrevistados que respondieron negativamente a esta interrogante, remarcaron que no había otra vía legal para que se declare heredero al preterido, distinta a la judicial, pero que sin embargo, en la práctica, se realizaban actos de transferencia de alícuota para asimilar sus efectos.

Ver ilustración 5.

La quinta interrogante fue: ¿considera que un notario público abogado podría asumir competencia para incluir a un heredero preterido como parte de la sucesión?

Ante la misma, todos los entrevistados coincidieron unánimemente que para el caso de una sucesión intestada, un notario público abogado, sí podría asumir competencia para incluir al heredero preterido como parte de la sucesión, sin embargo, llamó la atención el caso de un entrevistado, quien señaló que tendría sus reservas para considerar la competencia en el caso de una sucesión testamentaria, argumentando que dicha posibilidad podría considerarse como una alteración a la voluntad del testador, escenario en el cual, sólo la competencia judicial sería la idónea.

Ver ilustración 6.

La sexta interrogante fue: de ser afirmativa la interrogante anterior, ¿considera imprescindible el consentimiento de los herederos instituidos o declarados?

En esta interrogante, la nota particular no fue la casi unanimidad de la respuesta afirmativa a la misma, pues así la brindaron cinco de los seis entrevistados, sino la respuesta negativa de uno de ellos, y más aún, lo importante de su fundamento, y es que señaló que no sería imprescindible el consentimiento de los herederos instituidos o declarados, siempre que se demuestre de manera clara e indubitable la vocación hereditaria del preterido, pero además, que se le permita al notario la posibilidad de cualificar las oposiciones que se pudiesen presentar.

Ver ilustración 7.

La séptima y última interrogante fue: de igual modo, de ser afirmativa la respuesta a la interrogante número 5, ¿cuál considera que sería la vía por la cual debiera sustanciarse este proceso de inclusión de heredero preterido?

A esta interrogante, existió unanimidad en los entrevistados al afirmar que la tramitación como Asunto No Contencioso es la vía idónea, explicando en todos los casos, que la publicidad que importa estos procesos, resulta de capital importancia para el conocimiento de toda aquella persona que se considere con derecho alguno sobre aquel proceso.

Y dos de los seis entrevistados, consideraron que la Escritura Pública podría además ser considerada como el instrumento alternativo, siempre que intervengan

los herederos instituidos o declarados para manifestar su consentimiento de manera expresa.

Ver ilustración 8.

CAPÍTULO VIII: DISCUSIÓN

Las entrevistas realizadas sirvieron para confirmar por un lado, que la celeridad, es el principal factor para elegir la competencia notarial, en relación a la judicial, pero además, para ejemplificar los diversos casos que se presentan en la casuística, en relación a las razones por las que se originan la preterición de herederos, entre las que destacan como más frecuentes, los errores en las partidas, la ambición, y la predilección de un heredero sobre otros, sin embargo, también sirvió para notar particulares puntos de vista de tres de los entrevistados, sobre temas específicos y distintos.

En un caso, uno de los entrevistados señaló que tenía sus reservas respecto a la posibilidad de que mediante un proceso llevado como asunto no contencioso de competencia notarial, se pudiese solucionar la problemática del heredero preterido, cuando dicha preterición tuviese su origen en un testamento, y ello sobre la base de que podría considerarse que mediante dicho procedimiento, el notario podría alterar la voluntad del testador, circunstancia que en cualquier caso, sí le correspondería por competencia, a un juez.

Respecto a este punto de vista, debo señalar que el artículo 660° del Código Civil de 1984 que regula la transmisión sucesoria es clara al señalar que ésta se produce a favor de los sucesores; nótese que no distingue entre herederos o legatarios, ni

mucho menos entre instituidos o declarados. Claro está y no cabe duda, que se requiere de la institución de herederos efectuada en el testamento, o de la declaración en una sucesión intestada para hacerse del patrimonio causado, sin embargo, el heredero preterido es tan sucesor como aquél que fue instituido heredero o declarado como tal.

El testamento como se sabe, es la declaración de última voluntad de una persona, y sirve para ordenar su sucesión, sin embargo, nuestro sistema jurídico establece límites y disposiciones muy claras respecto del margen de actuación del testador, así pues, tenemos las reglas de la legítima, de los órdenes sucesorios, de la desheredación e indignidad, por citar algunos ejemplos, siendo todas éstas, normas de orden público.

Cuando un testador omite –voluntariamente o no- instituir a un heredero sin causa legal alguna, claramente ha vulnerado las normas del derecho de sucesiones, y es esta anomalía la que se pretende sanear. La intervención de un notario en este proceso de saneamiento –por llamarlo de algún modo en este extremo de la explicación- no afecta en nada la institución del testamento, sino que por el contrario, lo complementa y le otorgará coherencia jurídica, ya que la declaración del notario cuando termine el proceso, traerá paz social, con igual y hasta mejor alcance que en un proceso de sucesión intestada, debido a que el consentimiento expreso de los herederos instituidos y las garantías de publicidad que rodean al asunto no contencioso propuesto, le otorgan la legitimidad que todo proceso jurídico requiere. Razones por las cuales considero que el proceso propuesto también sería

aplicable para el caso de que la preterición del heredero se haya efectuado mediante un testamento.

El segundo punto particular de vista de uno de los entrevistados fue que para él, el consentimiento expreso de los herederos instituidos o declarados no era imprescindible para el inicio del asunto no contencioso propuesto, siempre que se acredite fehacientemente la vocación hereditaria del preterido, y que se le permita al notario, poder calificar la oposiciones que se pudiesen presentar.

Respecto a este alcance de otro de los entrevistados, considero inviable dicha situación, debido a la naturaleza contenciosa del procedimiento que supondría admitir ello. Me explico. He reconocido que el diseño del procedimiento que propongo como solución a la problemática centro de la presente investigación, debe mantener la condición no contenciosa propia de todos los asuntos que al notario se le ha encomendado conocer como medio alternativo a la competencia notarial, sin embargo, aceptar que el procedimiento propuesto podría iniciar y terminar sin el consentimiento expreso de aquellos herederos que fueron instituidos en el testamento o declarados en la sucesión intestada, claramente cubre de contención al procedimiento, ya que la declaración del notario va a confrontar y modificar los derechos adquiridos por quienes ya fueron instituidos o declarados. Resulta fácilmente comprensible mi posición si se piensa en el caso en que el único heredero instituido en el testamento, y por ende propietario de toda la masa hereditaria, ahora, producto de la declaración notarial que propongo, se convierte en copropietario de la citada masa, y así, en cualquier variante del número de herederos.

Podría argumentarse falazmente que la publicidad del procedimiento, además de la notificación domiciliaria a los herederos instituidos o declarados –en el caso de que eficazmente se logre esta última- sería suficiente para considerar que tácitamente se ha obtenido un consentimiento, lo que resulta un razonamiento errado, ya que el artículo 142 del Código Civil de 1984 señala que: “el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

Con ocasión de cuestionar la constitucionalidad de la potestad del notario para declarar prescripción adquisitiva de dominio, el doctor Gunther Gonzales Barrón analizó cuándo una pretensión es no contenciosa; análisis que me permito citar ya que bien puede confirmar la posición adoptada.

Así pues, Gonzáles (2011) señala:

Todo conflicto de intereses, en el cual un sujeto perfectamente identificado sufre la pérdida de un derecho sin su asentimiento, constituye el ámbito propio de la jurisdicción, ya que ésta busca poner fin a la controversia a través del órgano al que la Constitución ha delegado en exclusiva para tal fin: el Poder Judicial. Siendo ello así, el notario no puede intervenir en la tramitación de procedimientos de prescripción adquisitiva, pues ello implica arrogarse el ejercicio de la función jurisdiccional.

Alguien sostendrá, por ahí, que en estos procedimientos notariales “no hay contención porque el propietario no se opone”. Craso y grosero error. Si ese fuera el argumento, entonces todas las pretensiones jurídicas,

absolutamente todas, deberían ser de conocimiento del notariado. Así, tendríamos notarios que ejecutan hipotecas, que declaran y llevan adelante el concurso de acreedores, que declaran la propiedad, o que cobran deudas. Todo sería posible a condición que “el demandado no se oponga”, pues en tal caso el asunto sería “no contencioso”.

Es evidente que las pretensiones jurídicas no se califican de contenciosas o no contenciosas por el hecho coyuntural, aleatorio y casual de que el demandado se oponga, conteste o formule contradicción. Nada de eso. La contención, y con ello la exclusividad del Poder Judicial para conocer de dichos asuntos, se encuentra en la necesidad de romper o quebrar la resistencia de un sujeto pasivo individualizado que se niega a cumplir la pretensión de un sujeto activo.
(Pág. 319)

Respecto a la potencial naturaleza contenciosa de la acción declarativa, como sería el caso de la declaración notarial que se propone en la presente investigación, el citado autor continúa señalando:

Ahora bien, no solo las acciones de condena (obligaciones de dar o hacer) son contenciosas, sino también las acciones declarativas, en las que solamente se exige el reconocimiento o comprobación de un derecho o de una determinada situación jurídica, como ocurre con el caso típico de la acción declarativa de dominio (o “mejor derecho de propiedad”, según la idea que subyace en este término jurídico de corte nacional). En esta última no se condena a nada, simplemente se dilucida quién es el propietario de un bien, pero el tema es claramente

contencioso pues con ella se fuerza a un sujeto que no quiso reconocer una cualidad jurídica que es invocada por un tercero. Nadie, creo, podría sostener con mínima sensatez que los procesos de mejor derecho de propiedad “deben delegarse al notario cuando no hay oposición”. (Op. Cit. Pág. 320)

Y finalmente, para poder distinguir la distinta situación que ocurre en el caso de la sucesión intestada, el doctor González (2011) señala:

En la sucesión intestada, por ejemplo, la petición de un sujeto para que se le declare heredero no se contrapone a la voluntad de ningún sujeto determinado. Es decir, no hay alguna persona concreta a quien se le vaya a extinguir un derecho o se le modifique una situación jurídica previa. Justamente, por ese motivo, se hace necesaria la publicación de edictos, pues al no existir una persona concreta a quien se le efecte o lesione en sus intereses o derechos, entonces la petición califica de no contenciosa. (Op. Cit. Pág. 322-323)

Por otro lado, la posibilidad de que el notario pueda calificar las oposiciones que se presenten en el procedimiento propuesto, no elimina a la declaración notarial la condición de contenciosa *per se*, por lo que considero que el consentimiento expreso de los herederos instituidos o declarados, es la única forma de conseguir uno de los fines de la función notarial en la sociedad, como es la prevención de conflictos.

Y por último, dos de los entrevistados consideraron que el procedimiento propuesto podría llevarse a través de una Escritura Pública además de la vía del Asunto No Contencioso.

Al respecto, debo señalar que no comparto dicha opinión, ya que por definición, sabemos que la Escritura Pública es el instrumento público notarial por medio del cual se manifiesta una declaración de voluntad, o un contrato. Siendo ello así, y siguiendo la doctrina del *actum* y *dictum* respecto al documento notarial, son los otorgantes los autores del instrumento. Si aceptamos la posición de que el proceso propuesto pueda llevarse a cabo a través de una Escritura Pública, estaríamos dándole a los otorgantes la posibilidad de declarar un derecho de orden sucesorio, circunstancia que sólo está permitida a un juez y a un notario público.

Además, el otorgamiento de una Escritura Pública no tiene ningún proceso previo de publicidad, como es la anotación preventiva en el Registro, o la publicación de un extracto del mismo en los diarios, siendo estas formas de exteriorización los caminos legales del que se pueden servir todas aquellas personas que se crean con derecho, para oponerse a la formalización del instrumento público. Dicha ausencia originaría la posibilidad de pretensiones ante el Poder Judicial, que es lo que precisamente se pretende evitar.

CONCLUSIONES

Puedo señalar como las principales conclusiones de la presente investigación:

1.- Que el notario público colabora con la descongestión de la carga judicial, a partir de un manejo eficiente y responsable de los asuntos que se le ha encomendado a través de la Ley 26662 y demás conexas.

2.- Que la inclusión de un heredero preterido podría sustanciarse además de la vía judicial, mediante la competencia notarial, a través de un Asunto No Contencioso.

3.- Que el procedimiento propuesto, solucionaría la problemática del heredero preterido, originado tanto en un testamento, así como en una sucesión intestada.

4.- Que, el procedimiento propuesto requiere de manera indispensable, del consentimiento expreso de los herederos que fueron instituidos en el testamento, o declarados en la sucesión intestada.

RECOMENDACIONES

Resulta claro señalar que la más importante recomendación que fluye de la presente investigación, es la necesidad de implementar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la inclusión de heredero preterido como proceso no contencioso de competencia notarial.

Sin embargo, esta recomendación no es la única, ya que además, está la de reforzar una cultura más incisiva sobre el conocimiento e importancia de la legítima, de los herederos y los órdenes sucesorios, así como de la desheredación e indignidad, ya que la información a la sociedad de estas instituciones traería como consecuencia, una reducción en los casos de preterición de herederos.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar Ruiz, L., Hornero Méndez, C., Infante Ruiz, F., López de la Cruz, L., López y López, A., Oliva Blázquez, F. ... & Vásquez-Pastor Jiménez, L. (2021). *Derecho de Sucesiones* (3a. ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Albaladejo García, M. (1952). *La sucesión "iure transmissionis"*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2773618.pdf>
- Alvarez Caperochipi, J. A. (1990). *Curso de Derecho Hereditario*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Alvarez Caperochipi, J. A. (2018). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Pacífico Editores.
- Alventosa Del Río, J., Badenas Carpio, J., Carbonell Llorens, C., Clemente Meoro, M., Cobas Cobiella, M., García Guardiola, S. ... & Vega Cardona, R. (2017). *Derecho de Sucesiones*. Sevilla: Editorial Tirant lo Blanch.
- Becerra Palomino, C. E. (1996). *Notariado latino y la seguridad jurídica*. Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima, (67).

- Becerra Palomino, C. E. (2015). *Notaría abierta, juzgado descongestionado*. En Becerra Palomino, C.E., *El honor de dar fe*. Lima: Editorial Jurídica del Perú.
- Blasco Gascó, F. (2013). *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones* (1a. ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (5a. ed.). Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (5a. ed.). Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (5a. ed.). Tomo VII. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Camacho Gálvez, H. (2015). *Panorama actual de los asuntos no contenciosos en sede notarial en el Perú*. En Camacho Gálvez, H., *Panorama actual de los asuntos no contenciosos en sede notarial en el Perú* (1a. ed.). Lima: Gaceta Notarial.
- Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las Obligaciones* (1a. ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Castillo Freyre, M., y Osterling Parodi, F. (1994). *Tratado de las Obligaciones* (1a. ed.). Vol. 16, Primera Parte, Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Código Civil Federal. (31 de agosto de 1928). Diario Oficial de la Federación. Estados Unidos Mexicanos: Presidencia Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. (08 de octubre de 2014). Argentina: Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Código Civil, D.F.L N° 1, Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil. (30 de mayo de 2000). Chile: Ministerio de Justicia.

Código Civil, Decreto Legislativo N° 295. (25 de julio de 1984). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Presidencia de la República.

Código Civil, Ley 10.406. (10 de enero de 2002). República Federal de Brasil: Congreso Nacional.

Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889. (25 de julio de 1889). Gaceta de Madrid. España: Ministerio de Gracia y Justicia.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (21 de setiembre de 1932). Diario Oficial de la Federación. Estados Unidos Mexicanos: Presidencia Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. (22 de abril de 1993). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Ministerio de Justicia.

Colegio de Notarios de Lima (2016). *20 años de vigencia de la ley 26662 de competencia notarial en asuntos no contenciosos*. Lima: Gráfica Kapüüt S.A.C.

Constitución Política del Perú. (30 de diciembre de 1993). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso Constituyente Democrático.

Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo 1049. (26 de junio de 2008). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Poder Ejecutivo.

Decreto Legislativo 1070. (28 de junio de 2008). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Poder Ejecutivo.

Decreto Legislativo 1196. (09 de setiembre de 2015). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Poder Ejecutivo.

Echecopar García, L. (1999). *Derecho de Sucesiones* (1a. ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Espejo Lerdo de Tejada, M. (2008). *La cesión de la herencia en el Código Civil: ¿cambio personal del heredero?*. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-40186701971

Fernández Arce, C. (2014). *Derecho de Sucesiones* (1a. ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Egea, M. Á. (2016). *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*. Recuperado de <https://addi.ehu.es/handle/10810/17939>

Ferrero Costa, A. (2012). *Tratado de Derecho de Sucesiones* (7a. ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Goicoechea, N. D. (2016). *Herencia y cesión de herencia en el Derecho Argentino*. Recuperado de <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/textos/rn983-2017-cyj-goicoechea.pdf>

Gomes, O. (1992). *Sucessoes* (6a. ed.). Rio de Janeiro: Editora Forense.

Gonzales Barrón, G. H. (2008). *Introducción al Derecho Registral y Notarial*. (2a. ed.). Lima: Jurista Editores.

Guzmán Barrón Sobrevilla, C. (1999). *La conciliación: principales antecedentes y características*. Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6239/6278/>

Hinostroza Minguez, A. (2011). *Procesos Judiciales derivados del Derecho Sucesorio* (2a. ed.). Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Il Codice Civile Italiano [El Código Civil Italiano], R.D. del 16 de marzo de 1942. (04 de abril de 1942). Gazzetta Ufficiale. Italia.

Lanatta, R. E. (1969). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ledesma Osorio, M. J. (2015). *Origen y evolución de los asuntos no contenciosos en la legislación peruana*. En Camacho Gálvez, Hubert, *Panorama actual de los asuntos no contenciosos en sede notarial en el Perú* (1a. ed.). Lima: Gaceta Notarial.

Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N° 26662. (22 de setiembre de 1996). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Ley N° 26872, Ley de Conciliación. (13 de noviembre de 1997). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Ley N° 27333, Ley complementaria a la Ley 26662, la ley de asuntos no contenciosos de competencia notarial, para la regularización de edificaciones. (30 de julio de 2000). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Ley N° 28325, Ley que regula el traslado de las inscripciones de vehículos menores y su acervo documentario de las municipalidades a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP. (11 de agosto de 2004). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Ley N° 29990. (26 de enero de 2013). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Ley N° 30933. (24 de abril de 2019). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú: Congreso de la República.

Linares Noci, R. (1992). *La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano*. Obtenido de http://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7074/dyo_linares.pdf?sequence=1

Lohmann Luca de Tena, G. (2010). Comentario al artículo 664. En *Código Civil Comentado* (3a. ed.). Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.

Lohmann Luca de Tena, J. G. (2014). *La llamada cesión de derechos a participar en patrimonio hereditario*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/12692/13245/0#:~:text=Universidad%20de%20Piura,conoce%20como%20cesi%C3%B3n%20de%20herencia>

Mejía Rosasco, R. (2016). *Hacia una nueva visión de la Función Notarial. El Notario como garante del proyecto de vida de la persona*. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima.

Mengual y Mengual, J. M. (1931). *Elementos del Derecho Notarial*. Barcelona: Imprenta Clarasó.

Muñoz C., W. R. (1985). *La legitimación en la función notarial*. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/articula/view/17474/16985>

Palavecino Cáceres, A. C. (2012). *Alcances de la cesión de derechos hereditarios*. Recuperado de <http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/71/58>

Petit, E. (1892). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (23a. ed.). (J. Ferrández González, Trad.). México Distrito Federal: Porrúa.

Resolución N° 408-B-2006-SUNARP-TR-L. (06 de julio de 2006). Lima, Perú: Segunda Sala del Tribunal Registral.

Resolución N° 1130-2017-SUNARP-TR-L. (24 de mayo de 2017). Lima, Perú:
Segunda Sala del Tribunal Registral.

Somarriva, M. (2003). *Derecho Sucesorio versión de René Abeliuk* (6a. ed.).
Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile

Somarriva, M. (2006). *Indivisión y partición* (5a. ed.). Santiago de Chile: Editorial
Jurídica de Chile.

Somocurcio Alarcón, C. A. (2015). *La jurisdicción voluntaria en sede notarial*. En
Camacho Gálvez, Hubert, *Panorama actual de los Asuntos No Contenciosos
en sede notarial en el Perú* (1a. ed.). Lima: Gaceta Notarial.

Tito Villena, A. A. (2013). *Notariado latino, garantía de seguridad jurídica* (1a. ed.).
Lima: Gaceta Notarial.

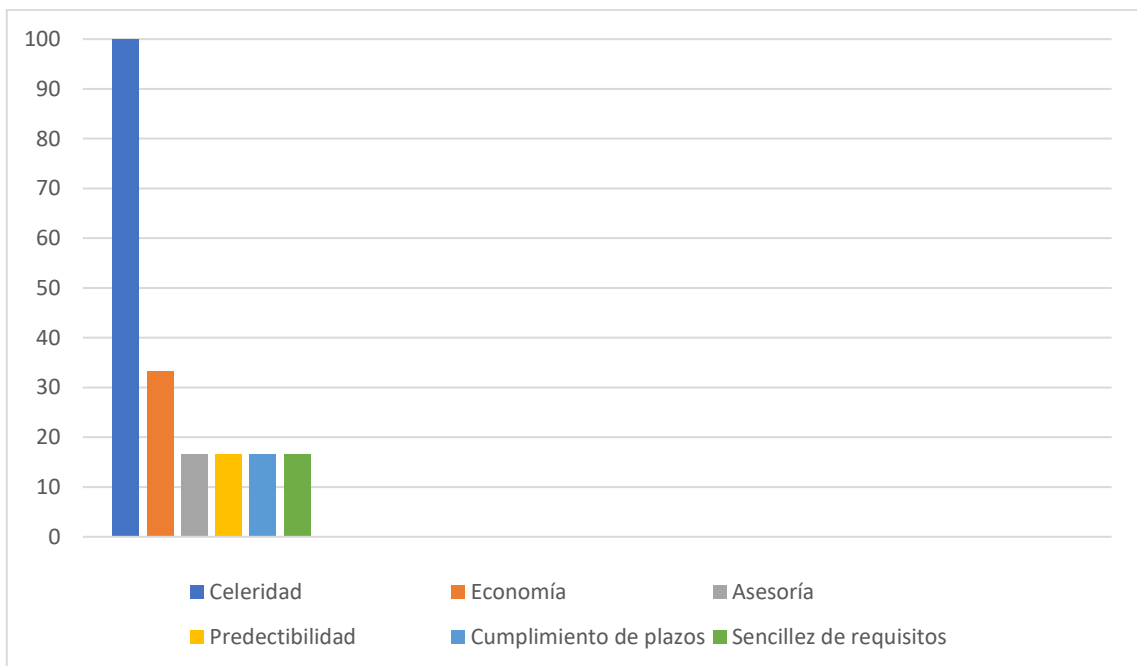
Torres Vásquez, A. (2008). *Derechos de Petición de Herencia y Acción
Reivindicatoria de Bienes Hereditarios* (1a. ed.). Revista Jurídica del Perú.

Zanoni, E. A. (1989). *Manual de Derecho de las Sucesiones* (2a. ed.). Buenos Aires:
Astrea.

Zárate Del Pino, J. B. (1998). *Curso de Derecho de Sucesiones* (1a. ed.). Lima:
Palestra Editores.

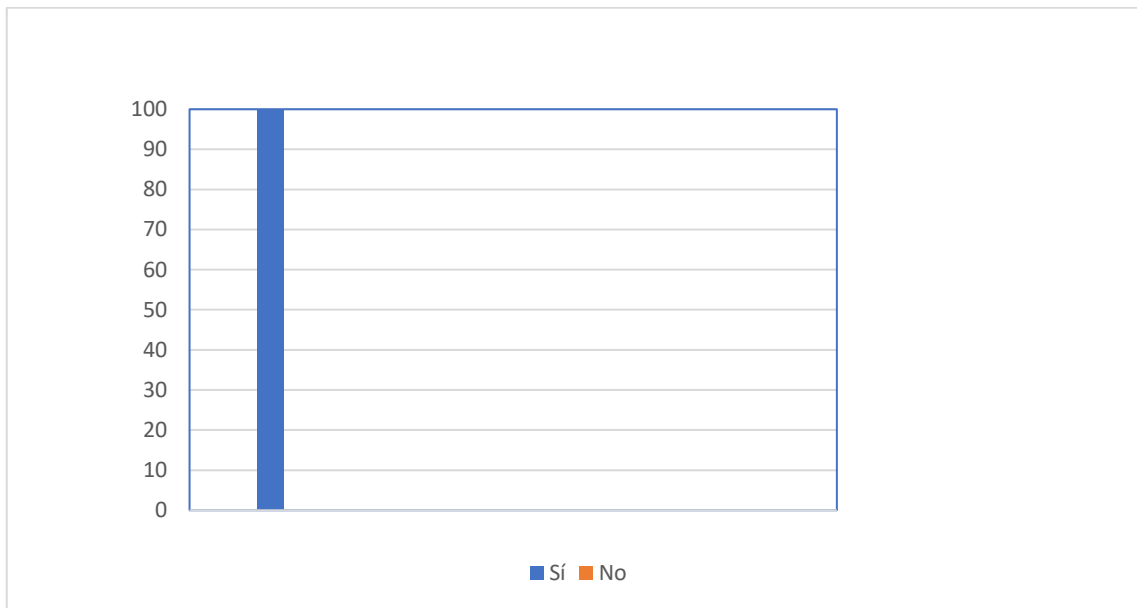
LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1.



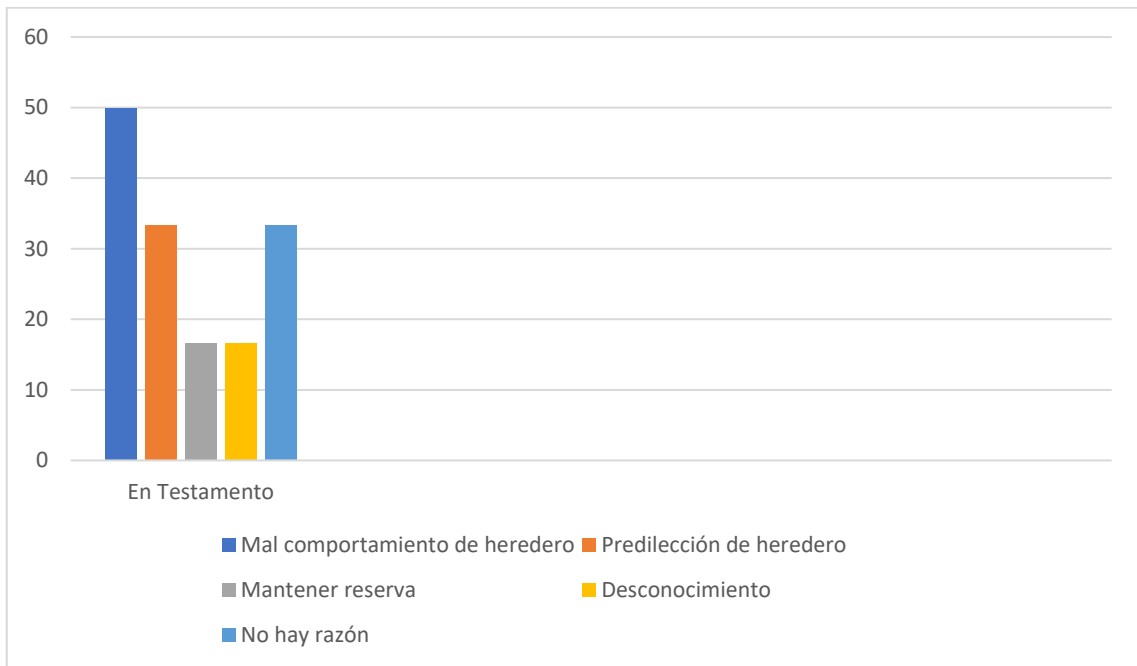
Pregunta 1: ¿Por qué razones considera que la sociedad prefiere la competencia notarial en lugar de la competencia judicial para conocer asuntos no contenciosos?

Ilustración 2.



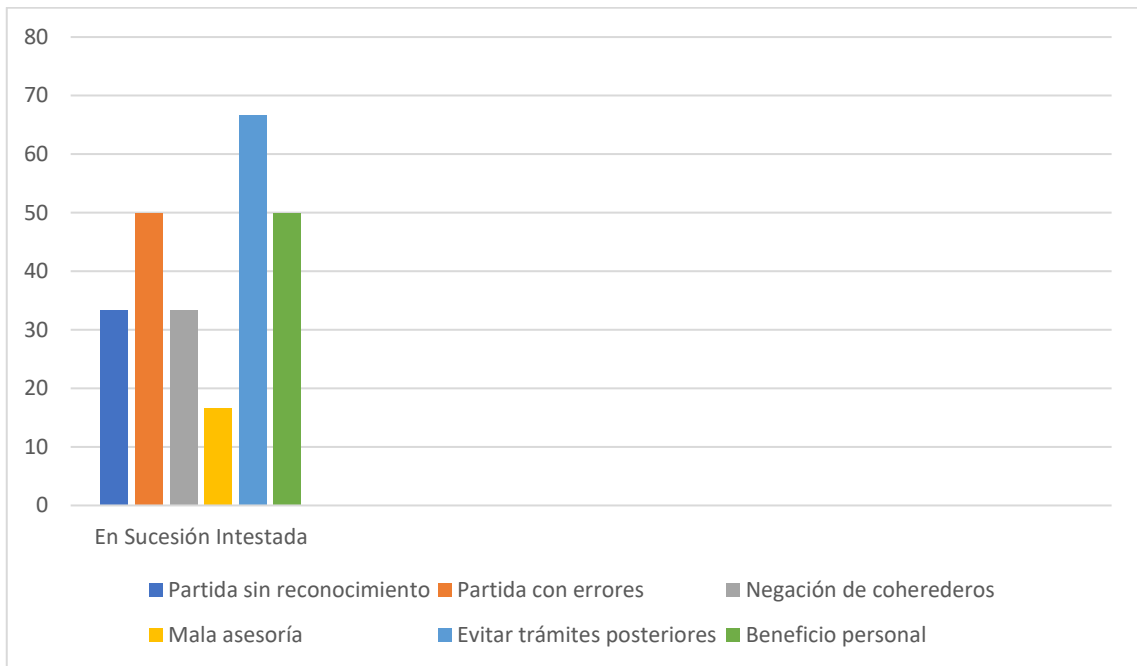
Pregunta 2: ¿Considera que hay casos en los que los potenciales herederos voluntariamente excluyen a uno de ellos de ser declarado como tal?

Ilustración 3.



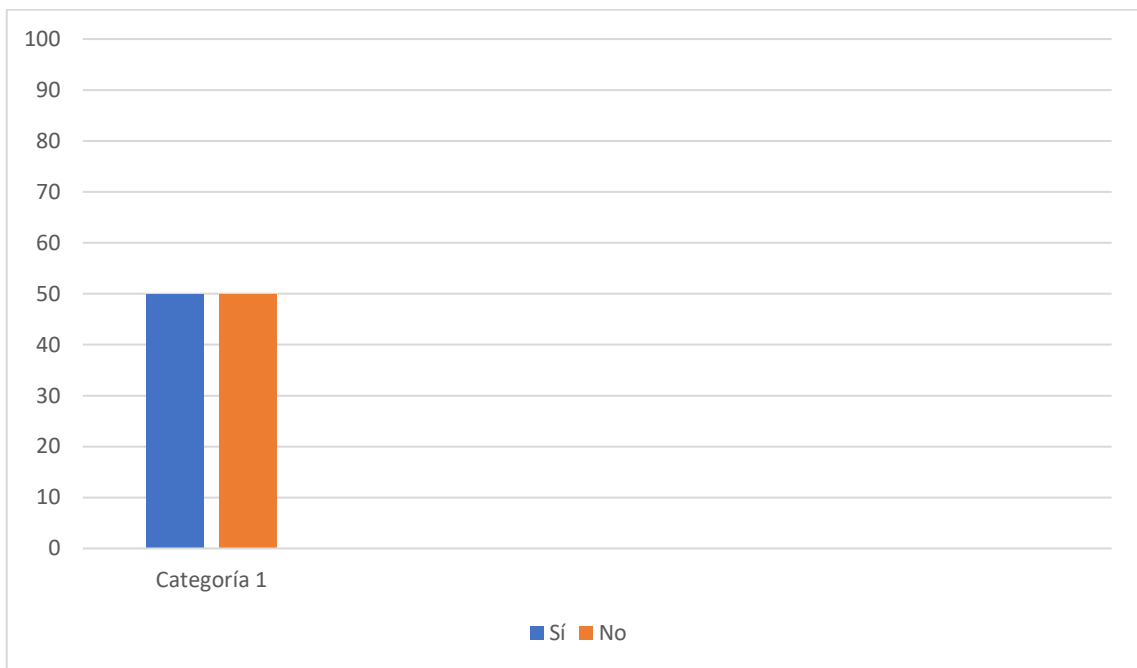
Pregunta 3-A: ¿Qué razones considera que existen para que un heredero sea preterido en un testamento o en una declaración por sucesión intestada?

Ilustración 4.



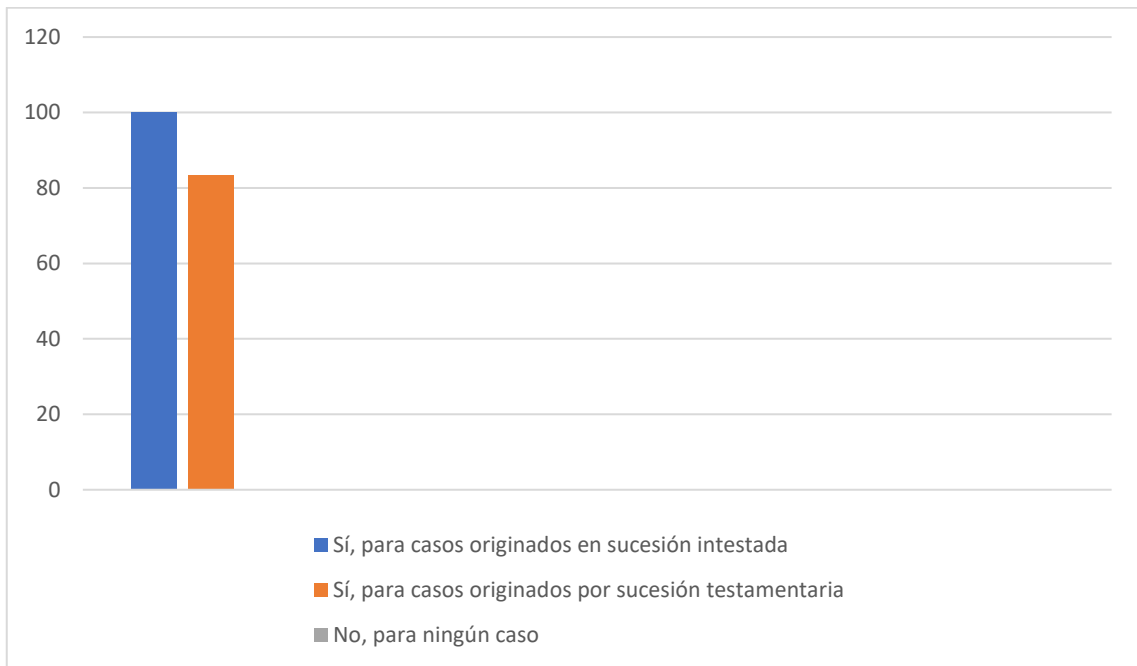
Pregunta 3-B: ¿Qué razones considera que existen para que un heredero sea preterido en un testamento o en una declaración por sucesión intestada?

Ilustración 5.



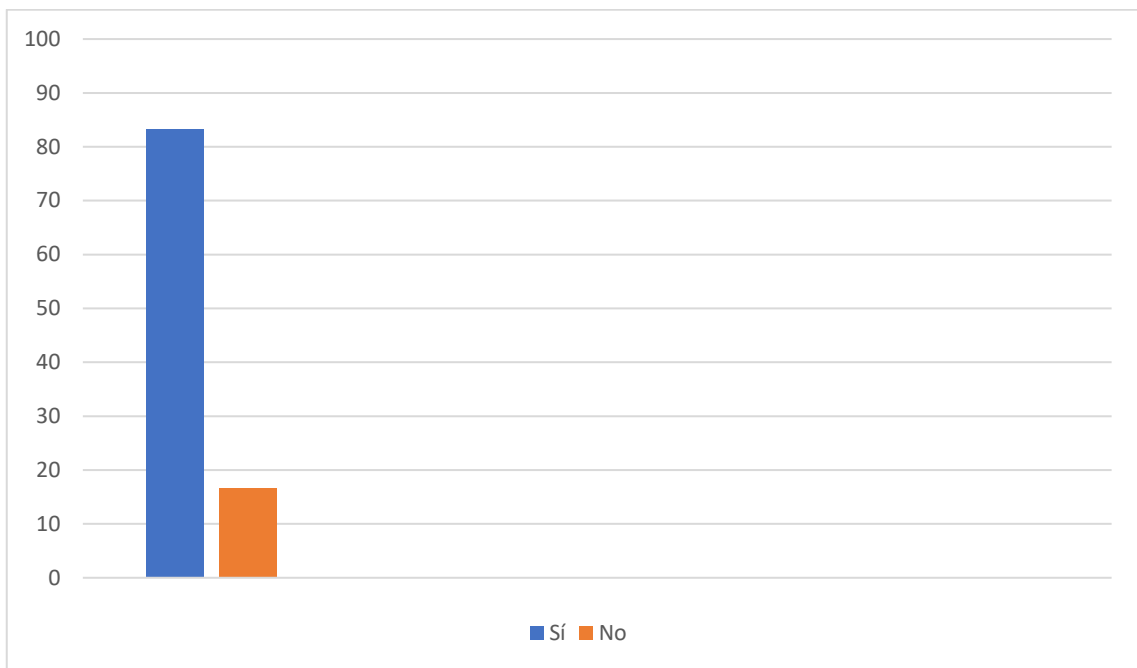
Pregunta 4: Además de la vía judicial, ¿conoce alguna forma para que un heredero preterido reivindique su condición de tal?

Ilustración 6.



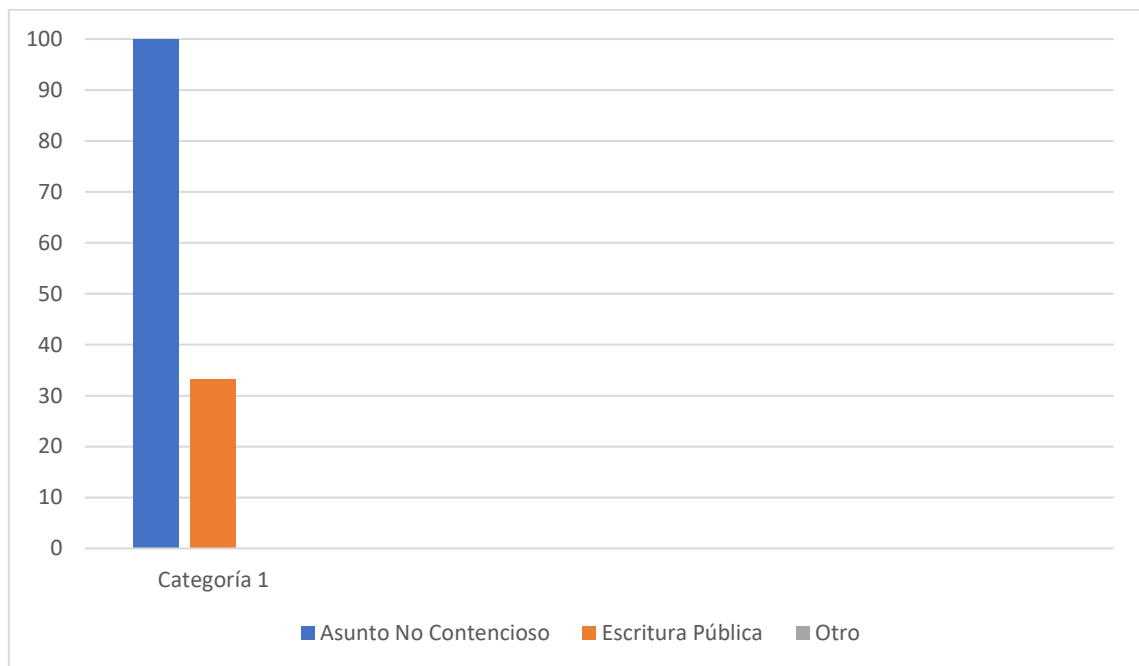
Pregunta 5: ¿Considera que un notario público abogado podría asumir competencia para incluir a un heredero preterido como parte de la sucesión?

Ilustración 7.



Pregunta 6: De ser afirmativa la interrogante anterior, ¿considera imprescindible el consentimiento de los herederos instituidos o declarados?

Ilustración 8.



Pregunta 7: De igual modo, de ser afirmativa la respuesta a la interrogante número 5, ¿cuál considera que sería la vía por la cual debiera sustanciarse este proceso de inclusión de heredero preterido?

ANEXOS

Anexo 1: Ley que Amplía la Ley Número 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Artículo 1.- Modificación del artículo 1 de la Ley núm. 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Se modifica el artículo 1 de la Ley número 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, el cual queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 1.- Asuntos No Contenciosos. Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

(...)

11. Inclusión de Heredero Preterido.”

Artículo 2.- Incorporación del Título X a la Ley número 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

Se incorpora el Título X, Inclusión de Heredero Preterido, a la Ley número 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, el cual queda redactado de la siguiente forma:

“TITULO X

INCLUSION DE HEREDERO PRETERIDO

Artículo 58.- Procedencia y Competencia

La solicitud será presentada por el interesado que considere tener la condición de heredero preterido, siempre que el orden sucesorio que invoque, sea igual, o concurrente con el orden de aquellos que han sido declarados o instituidos herederos. Será indispensable, la intervención de los herederos que fueron instituidos en el testamento, o declarados por la sucesión intestada. Tanto la declaración del solicitante, así como de los herederos instituidos en el testamento, o declarados por la sucesión intestada, deberá contener la certificación notarial de sus firmas.

Es competente el notario del lugar del último domicilio del causante.

Artículo 59.- Requisitos

A la solicitud deberán adjuntarse:

1. Testimonio del Acta Notarial de la Sucesión Intestada, o del Testamento, o de la Protocolización de éste.
2. Copia literal certificada de la partida registral donde consta inscrita la Sucesión Intestada o el Testamento del causante.

3. Copia certificada de la partida de nacimiento del heredero o herederos preteridos, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo.

4. Copia certificada de la partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, si fuera el caso.

5. Copia certificada de la partida de nacimiento del causante si fuera el caso.

6. Copia certificada de las partidas del Registro Civil que sean pertinentes.

Artículo 60.- Anotación Preventiva

El notario solicitará la anotación preventiva de la solicitud en la partida registral donde consta inscrita la sucesión intestada o el testamento del causante; en defecto de estas inscripciones, la anotación preventiva originará la apertura de una partida registral.

Artículo 61.- Publicación

El notario mandará a publicar un aviso conteniendo un extracto de la solicitud conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

Artículo 62. Notificación

El notario notificará a los herederos que fueron instituidos por el testamento o declarados por sucesión intestada, en el domicilio que hayan indicado en la solicitud o en el instrumento donde hayan manifestado su consentimiento.

Artículo 63.- Inclusión de otros herederos

Dentro del plazo a que se refiere el artículo 64, quien también se considere heredero, puede apersonarse acreditando su calidad de tal con el instrumento público correspondiente. El notario lo pondrá en conocimiento del solicitante e intervinientes. Si transcurridos diez días útiles no mediara oposición, el notario lo incluirá en su declaración y en el tenor del acta correspondiente.

Artículo 64.- Protocolización de los actuados

Transcurridos quince días útiles desde la publicación del último aviso a que se refiere el artículo 61, el notario extenderá un acta declarando como también heredero del causante, a quienes hubiesen acreditado su derecho.

Artículo 65.- Inscripción de la Inclusión de Heredero Preterido

Cumplido el trámite indicado en el artículo anterior, el notario remitirá el parte notarial al Registro Testamentos o de Sucesiones Intestadas según corresponda, y a los Registros donde se encuentren inscritas las transferencias de dominio en virtud del Testamento o de la Sucesión Intestada del causante.

Anexo 2: Modelo de Instrumento Público

ASUNTO NO CONTENCIOSO NUMERO: 223

EXPEDIENTE NUMERO -----: 1549.-

INCLUSION DE HEREDERO PRETERIDO

DE LA SUCESION DEL SEÑOR

PPPPPPPPPPPPPPPPPPPP

que señala la ley sin que ninguna persona se presente ante mí reclamando un mejor derecho. =====

CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO =====

La Ley numero 26662 permite desde el 21 de noviembre de 1996 que los Notarios Abogados puedan asumir competencia para tramitar Asuntos No Contenciosos. =====

Mediante Ley número 12345, vigente desde el 03 de enero del 2022, se incorporó como Asunto No Contencioso de Competencia Notarial, a la Inclusión de Heredero Preterido. =====

La solicitud del señor H3H3H3H3H3H3H3H3H3H3, de fecha 10 de julio del 2022 ha sido presentada dentro del período de vigencia de la Ley número 26662, y contiene la intervención de los herederos declarados, H1H1H1H1H1H1H1H1H1H1 y H2H2H2H2H2H2H2H2H2H2, razón por la que procede ser aceptada y tramitada.=

El Testimonio del Acta Notarial de fecha 20 de marzo del 2022, correspondiente a la Sucesión Intestada del señor P P P P P P P P P P P P P P P P, expedido por el Notario de Lima, N P N P N P N P N P N P N P N P N P, acredita que fueron declarados como sus herederos en calidad hijos a H1H1H1H1H1H1H1H1H1H1, y a H2H2H2H2H2H2H2H2H2H2. La copia literal certificada de la Partida Electrónica número 87654321 del Registro de Sucesiones Intestadas de Lima, acredita que la sucesión intestada del señor P P P P P P P P P P P P P P P P, ha sido debidamente inscrita en el Registro de Sucesiones Intestadas. =====

La Partida de Nacimiento del señor H3H3H3H3H3H3H3H3H3H3, acredita que es hijo del señor P P P P P P P P P P P P P P P P. =====

Las publicaciones que ordenan los artículos 13° y 61° de la Ley 26662 se han realizado ambas el día viernes 29 de julio del 2022 en el diario Oficial El Peruano y en el diario Expreso. Desde el 29 de julio del 2022 hasta la fecha han transcurrido más

