

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y LAS CONDICIONES PARA EL  
EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA DEL  
CÓNYUGE PREMUERTO ANTE LA CONCURRENCIA O NO DE  
HEREDEROS FORZOSOS**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE**

**ABOGADO**

**AUTOR**

**ELIO JAVIER DIAZ VILCA**

**ASESOR**

**Mtro. MANUEL JESÚS FERNANDO BULNES TELLO**

**Chiclayo, 2020**

### **DEDICATORIA**

El presente trabajo está dedicado especialmente hacia mi madre y mi hijo, debido que ellos son quienes hacen que mi día a día sea una constante superación; así mismo va dedicado a los demás miembros de mi familia que de manera constante me brindan su apoyo.

### **AGRADECIMIENTO**

Agradecer a Dios y a mis Padres por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida personal como profesional, y por último y no menos importante, agradezco a mi asesor de Tesis por los aportes brindados para el desarrollo de este trabajo.

## **RESUMEN**

El presente trabajo versa sobre la regulación de la figura del cónyuge supérstite y las condiciones necesarias que debe cumplir el mismo, para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto ante la concurrencia o no de herederos forzosos. Ante la necesidad de determinar cuáles serán las condiciones que habilitarán al cónyuge supérstite para el ejercicio de dicha institución, ha sido de suma importancia analizar el derecho sucesorio desde sus orígenes, tanto en el derecho Romano como en el derecho Germano, puesto que aquí el derecho sucesorio encuentra su fundamento y su finalidad, la cual se ve materializada en la transmisión del patrimonio del causante hacia sus sucesores a través de la herencia. Dicha transmisión en ocasiones se veía frustrada debido que el heredero había premuerto al causante, y nuestra legislación no recoge la figura del cónyuge supérstite, con ello dejando desamparado al cónyuge sobreviviente; situación donde nace la figura de la representación sucesoria con la que se da solución a dicho inconveniente, poniendo al cónyuge sobreviviente en el lugar que correspondiese al representado si este se encontrase con vida. Ante esta situación, el cónyuge supérstite que desea representar a su cónyuge premuerto en la sucesión hereditaria de sus suegros en concurrencia o no de herederos forzosos, debe cumplir con las condiciones que se van establecer, puesto que, de no ser así, se estaría beneficiando a aquellos cónyuges, que se encontrasen viviendo separados, inmersos en un proceso de separación o aquellos que no cumplieron con los deberes fundamentales del matrimonio.

### **Palabras claves:**

Cónyuge supérstite, Derecho sucesorio, Representación sucesoria.

## **ABSTRACT**

The present work is about the regulation of the figure of the surviving spouse and the necessary conditions that must be fulfilled, for the exercise of the successive representation of the premier spouse before the concurrence or not of forced heirs. Given the need to determine what will be the conditions that will enable the surviving spouse for the exercise of said institution, it has been of utmost importance to analyze the inheritance law from its origins, both in Roman law and in German law, since here the right Inheritance finds its foundation and purpose, which is materialized in the transmission of the deceased's estate to his successors through inheritance. This transmission was sometimes frustrated because the heir had premuerto the deceased, and our legislation does not include the figure of the surviving spouse, thereby leaving the surviving spouse helpless; situation where the figure of the succession representation is born with which a solution to this problem is given, putting the surviving spouse in the place that corresponded to the person represented if he were alive. In this situation, the surviving spouse who wishes to represent his premier spouse in the hereditary succession of his in-laws in concurrence or not of forced heirs, must comply with the conditions that will be established, since, if not, he would be benefiting to those spouses, who were living separately, immersed in a process of separation or those who did not fulfill the fundamental duties of marriage.

### **Keywords:**

Survivor spouse, Inheritance law, Inheritance representation

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>IV</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>V</b>
<b>TABLA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>IX</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>11</b>
<b>ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. Antecedentes históricos del derecho de la sucesión hereditaria.....</b>	<b>11</b>
1.1.1. El derecho de la sucesión hereditaria en el derecho romano.....	11
1.1.2. El derecho de la sucesión hereditaria en el derecho germánico.....	13
1.1.3. Derecho a la herencia.....	15
<b>1.2. El derecho de sucesiones y las teorías de la sucesión hereditaria.....</b>	<b>20</b>
1.2.1. Teoría de la continuación de la personalidad jurídica del causante.....	23
1.2.2. Teoría de la continuación del patrimonio del causante.....	24
<b>1.3. Bases constitucionales del derecho a la herencia.....</b>	<b>25</b>
1.3.1. Las bases sustantivas del derecho a la herencia.....	27
1.3.2. Contenido constitucional del derecho a la herencia y el marco jurídico general del fenómeno sucesorio.....	27
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>30</b>
<b>LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA Y EL CONYUGE SUPÈRSTITE .....</b>	<b>30</b>
<b>2.1. Naturaleza jurídica de la representación sucesoria y diferencias con otras instituciones.....</b>	<b>30</b>
2.1.1. Diferencia con la representación inter vivos.....	32
2.1.2. Diferencia con la sustitución.....	33
2.1.3. Diferencia con el derecho de trasmisión.....	33
<b>2.2. LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA.....</b>	<b>34</b>
2.2.1. La representación sucesoria en el código civil peruano.....	38
a) La representación sucesoria en línea recta.....	39
b) La representación sucesoria en línea colateral.....	40
2.2.2. Fundamento de la representación sucesoria.....	41
2.2.3. Efectos de la representación sucesoria.....	41
<b>2.3. El cónyuge supérstite y la capacidad y legitimidad para heredar.....</b>	<b>42</b>

2.3.1. La capacidad para heredar.....	44
2.3.2. La legitimidad para heredar. ....	45
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>47</b>
<b>EL CÓNYUGE SUPERSTITE Y LAS CONCIONES PARA SU EJERCICIO.....</b>	<b>47</b>
3.1.2. El cónyuge supérstite y los deberes del matrimonio.....	51
a) El deber de fidelidad.....	53
b) El deber de cohabitación o vida en común entre marido y mujer.....	55
c) El deber de asistencia.....	56
3.2. El cónyuge supérstite, su regulación y sus condiciones para el ejercicio de la representación sucesoria. ....	58
3.3.1. Condiciones para que opere la representación sucesoria del cónyuge premuerto. .....	59
a) Que no haya existido la separación de hecho entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto. ....	68
b) Que el cónyuge supérstite no se encuentre inmerso en un proceso de divorcio con su cónyuge premuerto. ....	70
c) Que el cónyuge supérstite haya dado cumplimiento de los deberes del matrimonio. ....	72
d) Que el cónyuge supérstite no vuelva a contraer matrimonio. ....	72
3.3. Propuesta de reforma legislativa. ....	73
3.3.1. Exposición de motivos.....	73
3.3.2. Efecto de la norma a regular.....	75
3.3.3. Análisis costo beneficio.....	75
3.3.4. Planteamiento de la norma a regular.....	75
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>78</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>85</b>

**TABLA DE ABREVIATURAS**

- **ART:** Artículo.
- **CAS:** Casación.
- **CCP:** Código Civil Peruano.
- **CPP:** Constitución Política del Perú.
- **INC:** Inciso.

## INTRODUCCIÓN

Pese haber transcurrido muchas décadas desde que el legislador ha regulado la representación sucesoria, no existe regulación legal alguna, que verse sobre la representación del cónyuge premuerto, cuando el cónyuge supérstite concorra o no con herederos forzosos. El legislador solo ha reconocido el derecho de representación en línea recta y línea colateral, tal y como son señalados taxativamente en el código civil, en su artículo 682° “En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna”, así como en el artículo 683° “En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681°”; Por lo tanto, ante el vacío legal de un hecho relevante que tiene connotación jurídica, genera la necesidad de regulación sobre dicha representación.

Teniendo en cuenta la carencia legislativa sobre la representación del cónyuge premuerto, el presente trabajo de investigación tiene como propósito, plantear la regulación del cónyuge supérstite; ante ello, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la importancia de la figura del cónyuge supérstite, y de regularse, cuáles serían las condiciones que debe cumplir para llevar a cabo el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto, ante la concurrencia o no de herederos forzosos?

La regulación del cónyuge supérstite es de suma importancia en nuestra legislación nacional, puesto que a través de la misma, se busca proteger aquel cónyuge que ha quedado desamparado posterior al fallecimiento de su compañero de vida, y consecuentemente reconocer la participación de aquel, en la sucesión de los ascendientes del cónyuge premuerto; Si consideramos la Ley Argentina N° 17111 de 1968, así como las **CAS N° 2026-2016 - Junín** y **CAS N° 862-1995 - Lima**, gozamos de precedentes para su regulación; pero para poner en marcha

dicha representación, es necesario establecer condiciones que debe cumplir el cónyuge supérstite, para que al momento de ejercer su derecho no sea declarado improcedente, para tal caso, han sido consideradas las siguientes: a) Que no haya existido separación de hecho entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto; b) Que no exista proceso de divorcio entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto; c) Demostrar que ha cumplido con los deberes del matrimonio, y d) No contraer nuevo matrimonio.

En virtud de ello, nos hemos planteado como objetivo general: determinar las condiciones que debe tener el cónyuge supérstite para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto, ante la concurrencia o no de herederos forzosos en nuestra legislación peruana

Así mismo, hemos propuesto tres objetivos específicos: el primero se basa en explicar el derecho sucesorio desde un punto de vista histórico, doctrinario y legal, lo cual nos ayudará con el desarrollo de nuestra propuesta; el segundo en explicar la representación sucesoria y la capacidad que debe tener el cónyuge supérstite para el ejercicio de la representación del cónyuge premuerto; y como último objetivo, la importancia de la propuesta legislativa para la regulación de la figura del cónyuge supérstite y las condiciones que debe tener para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto, ante la concurrencia o no de herederos forzosos en la legislación nacional.

En cuanto a los capítulos que desarrollaremos, en el primero se abordará los antecedentes históricos del derecho sucesorio, el derecho a la herencia, sus bases constitucionales, y el contenido y el marco jurídico del derecho sucesorio; en lo que concierne al segundo capítulo se desarrollará el tema de la representación sucesoria y la capacidad y legitimidad hereditaria que debe cumplir el cónyuge supérstite; y por último, en el tercer capítulo se desarrollará el tema del cónyuge supérstite y las condiciones que debe cumplir el cónyuge supérstite para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto ante la concurrencia o no de herederos forzosos.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.**

Con el presente capítulo se procederá analizar el derecho sucesorio tanto en el derecho romano, como en el derecho germánico, para así, explicar el derecho de la sucesión hereditaria, sus teorías y bases constitucionales que fundamentan la misma, las cuales más adelante servirán para dar respuesta a la problemática planteada sobre la representación sucesoria del cónyuge supérstite.

#### **1.1. Antecedentes históricos del derecho de la sucesión hereditaria.**

##### **1.1.1. El derecho de la sucesión hereditaria en el derecho romano.**

Al analizar el derecho romano, observamos que se encuentra dividido en tres periodos: el derecho romano antiguo, derecho romano intermedio y el derecho romano Justiniano; respecto al primero podemos afirmar que es el período primitivo, donde el derecho sucesorio se encontraba bajo el poder de la familia, y regulada por la Ley de las XII tablas, Ley que “*consagra abiertamente una libertad*

*de testar casi ilimitada, libertad que comenzó a recortarse paulatinamente en sede de legados, donaciones y desheredación*<sup>1</sup>;

En la ley mencionada, se llamaba a la sucesión del *cujus* en el siguiente orden de prelación, en primer lugar sucedían al causante sus herederos, posterior a ellos los agnados y por último los gentiles; puesto que *“el deber ético (officium pietatis) que recae sobre el paterfamilias de proteger a los parientes más próximos frente al riesgo de ser preteridos”*<sup>2</sup>.

Por lo mencionado en el párrafo anterior, se puede decir que la sucesión hereditaria en el derecho romano es una sucesión en el poder soberano, que tiene carácter político del jefe de una gens; por ello, se hace mención que la adquisición que obtienen los herederos sobre el patrimonio dejado por el causante, no es otra cosa que *“la sucesión en la soberanía del jefe”*<sup>3</sup>; con ello quedando claro que el fundamento del origen de la hereditas romana, es la sucesión del poder soberano; además cabe explicar que el *“heredero se coloca en la posición jurídica que ocupaba el difunto pater familias”*<sup>4</sup>.

Por otro lado, en el derecho romano antiguo, se evidencia que la institución del matrimonio no es fuente de vocación hereditaria; puesto que el mismo solamente permite a la mujer pertenecer a la familia de marido, ocupando el lugar de una hija; en este caso, su vocación no es reconocida en virtud del vínculo conyugal, sino por el lugar que como hija ocupaba en la familia de su esposo.

El derecho sucesorio de la época intermedia no ofrecía claridad ni sistematización de las normas jurídicas por lo que fue necesaria su reforma. No fue hasta la época

---

<sup>1</sup> Cfr. MARGADANT FLORIS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Vigésimosexta edición.. México, 2007, p. 485.

<sup>2</sup> BERNAD MAINAR, Rafael. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, Publicaciones UCAB. Caracas, 2003, p. 27

<sup>3</sup> Cfr. HERNANDEZ, Libia y UGARTE, Luis, sucesión del cónyuge, editorial Universidad S.R.L, Buenos Aires, 1996, p. 29.

<sup>4</sup>Cfr. CORDOBA, Marcos. Derecho sucesorio, tomo I, editorial universidad S.R.L, Buenos Aires, 1991, p. 22.

del emperador Justiniano que se establece un sistema sucesorio basado en el parentesco por consanguinidad por lo que se deja atrás a lo que podemos llamar familia civil o agnada. Esto se logró *“con la sanción de la novela 118 del año 543, la misma que fue completada por la novela número 127 del año 548. A través de esas se sistematiza el derecho sucesorio intestado y se dejan sin efecto los estorbos de la jurisprudencia consuetudinaria”*<sup>5</sup>.

En el derecho sucesorio de Justiniano se opta por una nueva concepción de familia, *“abandonando definitivamente el parentesco civil agnaticio y adopta exclusivamente la consanguinidad”*<sup>6</sup>; además, se hace mención que *“la distribución de los parientes de sangre se daban en tres órdenes sucesorios, los descendientes, los ascendentes y los colaterales”*<sup>7</sup>. Respecto al cónyuge supérstite, reconoce el derecho a recibir la cuarta parte de los bienes del premuerto cualquiera que fuera el número de hijos, más tarde se limitó ese derecho, estableciendo que tal reconocimiento es solo para la viuda pobre y sin dote, y que concurrirá en un cuarto de la herencia, cuando era llamada con tres o menos herederos, pero si el número de sucesores era superior, la viuda tendría una parte proporcional.

Tras haber analizado el derecho sucesorio romano desde sus distintas etapas, se evidencia que el fundamento de la sucesión hereditaria (sucesión en el poder soberano) fue variando, concibiendo a la sucesión hereditaria como un todo ideal, compuesto por un activo y un pasivo, el cual funciona como un medio de transmisión y distribución de los bienes del difunto (continuación de la persona o subrogación en los derechos y responsabilidades del causante).

### **1.1.2. El derecho de la sucesión hereditaria en el derecho germánico.**

---

<sup>5</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier P. Historia del derecho romano y su recepción europea, novena edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 69.

<sup>6</sup> Cfr. BERNAD MAINAR, Rafael. La porción legítima en la familia del derecho Romano. Revista crítica de derecho, 2015. p. 1767.

<sup>7</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier P. op. Cit. p. 70.

El derecho sucesorio germánico estaba basado más en el condominio de los miembros de la familia que en la sucesión propiamente dicha<sup>8</sup>, difiriendo lo que sucedía en el derecho romano, en donde la personalidad del difunto continuaba a través de la del heredero; además cabe recalcar que en el derecho germánico se hacía prevalecer la posición del heredero, quien adquiriría la herencia, por derecho propio, razón por la cual aquel nunca respondía personalmente de las deudas del difunto<sup>9</sup>, salvo que los bienes hereditarios estuvieran afectos al pago de los acreedores en todo su valor y, aun en este supuesto, nunca lo haría más allá del valor de los bienes hereditarios.

En el derecho hereditario germánico, a la muerte del causante los bienes hereditarios se transmitían de padre e hijo y de estos a hermanos. Puesto que, en el sistema germánico, el sucesor solo adquiere el activo remanente después de practicada la liquidación del patrimonio del causante, pagando lo que debía con lo que hubiere dejado. No se trata, pues, de una auténtica sucesión sino de la adquisición universal de un activo patrimonial afecto al pago del pasivo. Para dar a conocer de alguna manera la distinción, puede decirse que según el sistema romano se produce sucesión en el patrimonio del causante por sucesión en la persona que lo deja; en el germánico se produce adquisición de los bienes residuales después de detraídas las obligaciones, lo que supone responsabilidad limitada.

LÓPEZ HERRERA nos dice que en efecto, no son los sentimientos del padre, sino la voluntad divina, la que pone la herencia del padre en manos de sus hijos, aun cuando tanto los hijos naturales como las hijas fueran excluidos del reparto, a fin de evitar que los bienes salieran de la familia<sup>10</sup>. Precisamente por ello se consagra como regla general la prohibición de testar, para preservar una costumbre muy

---

<sup>8</sup> HERNANDEZ, Libia y UGARTE, Luis, sucesión del cónyuge, editorial Universidad S.R.L, Buenos Aires, 1996, p. 33.

<sup>9</sup> Cfr. BERNAD MAINAR, Rafael. (Julio 2015). La porción legítima en la familia del derecho Romano. Revista crítica de derecho inmobiliario, número 750, p. 1767.

<sup>10</sup> LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Publicaciones UCAB Caracas, 2003, p. 26.

arraigada entre los germanos por la que el derecho hereditario, sobre todo con relación a los bienes inmuebles, estaba estrechamente ligado y orientado al cumplimiento de ciertos deberes políticos y militares que la mujer casada no podía cumplir. Al prohibirse la práctica del testamento, se evitaba que bienes familiares pudieran salir de la familia, tal como sucedería en el caso de que se atribuyeran tanto a los hijos naturales como a las hijas.

Las fuentes señalan que el derecho sucesorio germánico estaba fundamentado en la comunidad patrimonial, que en vida del causante existía entre él y los herederos. A la muerte del causante tenía lugar una distribución de dichos bienes entre los comuneros. De estos bienes se exceptuaba el llamado equipo del muerto constituidos por los objetos de uso personal del difunto (ropa, armas, etc) que se enterraban junto con el muerto.

### **1.1.3. Derecho a la herencia.**

Según FERRERO COSTA, la herencia no solo está constituida por bienes y derechos, sino también por obligaciones, entonces al referirnos a la herencia hay que hacer una distinción entre la herencia referida a bienes y derechos, que vendría a ser el activo del patrimonio, y la herencia referida las obligaciones del causante, esto es el pasivo del patrimonio; al ver tal distinción conlleva a denominar a la herencia en dos fases, la herencia bruta o en sentido amplio y la herencia neta o en sentido estricto.

Respecto al primero, el autor manifiesta que la herencia es "*La llamada masa hereditaria total, acervo bruto, común o ilíquido, que está constituida por el conjunto de bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento, incluyendo todo lo que el difunto tiene, o sea, el activo; y todo lo que debe, o sea, el pasivo.*"<sup>11</sup> Por ello, la herencia entendida desde este sentido, no es objeto de partición, pues esta debe realizarse sobre el activo remanente, es

---

<sup>11</sup> FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de derecho de sucesiones, novena edición, editorial pacifico editores S.A.C. Lima, 2016, p.125.

decir cuando se hayan cancelado todas las obligaciones que el causante en vida haya adquirido.

En cuanto a la herencia entendida en sentido estricto, el autor nos manifiesta que aquella es *“la llamada masa hereditaria neta, acerbo liquido o partible, que está constituida por los bienes objeto de transmisión, una vez que se deducen las obligaciones del causante, que de acuerdo a nuestro ordenamiento son las siguientes: deudas comunes de la sociedad conyugal, los gananciales del cónyuge supérstite, deudas propias del causante, obligaciones personalísimas y cargas de la herencia”*<sup>12</sup>.

Ante lo mencionado en el párrafo precedente, podemos afirmar que la herencia entendida desde un sentido estricto es objeto de partición, pues este es el activo remanente, es decir el *“monto que ha quedado líquido después de cancelar las obligaciones que el causante en vida ha adquirido”*<sup>13</sup>.

BARBERO DOMENICO, manifiesta que la herencia en sentido estricto, es aquella que acrecienta el patrimonio de los herederos como consecuencia del fallecimiento del causante, por ende, para llevar a cabo la partición resulta necesario tomar en cuenta las donaciones o actos de disposición que el causante realizo en vida.

Por ello, el autor hace mención que el acervo imaginario (patrimonio objeto de repetición) está constituido por la herencia en sentido estricto más lo actos de liberalidad otorgados por el causante sin dispensa de ser colacionados; y la fórmula para obtenerla es la siguiente: *relictum-debitum + donatum*; ante tal formula, el autor realiza unas acotaciones, manifestando lo siguiente:

*"Es importante hacer notar enseguida que las operaciones antedichas deben ser ejecutadas precisamente en el orden indicado: o sea, que el debitum debe ser sustraído del relictum antes de agregarle el donatum. Si aritméticamente es lo mismo agregar antes el donatum y*

---

<sup>12</sup> FERRERO COSTA, Augusto, op cit. p.125.

<sup>13</sup> Cfr. OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1986, p. 726.

*sustraer después el debitum, jurídicamente la conclusión puede variar por el hecho de que los acreedores, en la hipótesis de que el debitum superase al relictum, no pueden pretender la reducción del donatum en satisfacción de sus créditos”<sup>14</sup>.*

En este sentido, las donaciones y los anticipos de legítima se reputan como entrega a cuenta de la herencia. El acervo imaginario se distingue de los conceptos analizados en que no es forzoso que exista. *“En toda sucesión habrá acervo ilíquido y uno líquido, pero no siempre existirán acervos imaginarios”<sup>15</sup>.*

Para LOHMANN LUCA DE TENA, desde el punto de vista patrimonial, manifiesta que la herencia es una unidad transitoriamente mantenida en conjunto desde la muerte del titular hasta la partición si los herederos son varios, o hasta la aceptación si solo hay un heredero<sup>16</sup>. La herencia así conceptuada, reviste hasta su liquidación una nota de globalidad, porque es la masa patrimonial transmisible del causante.

La masa hereditaria, llamada a veces simplemente herencia, es el patrimonio objeto de la transmisión por causa de muerte, es decir, el conjunto de bienes y obligaciones de las que el causante era titular en el momento de su muerte. Comprende por tanto un activo y un pasivo. Pero la herencia o masa hereditaria que se puede repartir entre los sucesores es sólo la masa hereditaria neta, llamada acervo líquido o partible, una vez detraídas las cargas y las deudas de la herencia<sup>17</sup>.

Por otro lado, la herencia desde el punto de vista de código civil peruano, es conceptuada como una entidad objetiva que es materia de transmisión integral mortis causa. *“Esta entidad objetiva contiene, como hemos expresado, los bienes,*

---

<sup>14</sup> BARBERO, Domenico. “Sucesiones por causa de muerte, Indices generales de la obra”, en sistema del derecho privado. Tomo V, editorial EJE, Buenos Aires, 1967. p. 220.

<sup>15</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho sucesorio, 3ra edición, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, Santiago, 1981. p. 72.

<sup>16</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA. Derecho de sucesiones. Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Lima, 2018. pp. 41-42.

<sup>17</sup> Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Palestra editores, Lima, 2009, p. 198.

*derechos y obligaciones del causante susceptibles de transmitirse, manteniéndose fundamentalmente incólumes las posiciones jurídicas, con solo cambio de su titular subjetivo*<sup>18</sup>. Pero, asimismo, puede estar integrada con otras obligaciones que aun no siendo propiamente del difunto, sobrevienen como consecuencia de su deceso y constituyen un pasivo de la masa.

Ante lo mencionado, cabe precisar, que a pesar de la independencia de la partición efectuada por el testador o asignación de un bien concreto a cierto heredero o legatario, el genuino concepto de herencia, supone un universum ius que no consiste en la suma o agregado de bienes, derechos y obligaciones singulares, sino en la unidad patrimonial abstracta que ellos conforman y que abraza tanto el activo como el pasivo del causante. Además se hace mención que con el fallecimiento del causante se abre la sucesión, es decir, *“desde el instante mismo de la muerte del cuius, sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus causahabientes, esto es, la herencia pasa a los sucesores”*<sup>19</sup>.

En Art. 660 C.C.P. se indica que la herencia se transmite a los sucesores desde el momento de la muerte; ante dicha premisa LOHMANN LUCA DE TENA, realiza ciertas acotaciones para dilucidar alguna duda:

*“La primera de ellas es que, como veremos, la simple defunción de una persona determina la transmisión a favor de sucesor cierto y la consecuente adquisición, sino que esta se produce con efectos retroactivos a la muerte y cuando se cumplan determinados supuestos (por ejemplo, aceptación, o cumplimiento de condición suspensiva) propios de la calidad de heredero. La segunda que también se verá, es que los legatarios, en cuanto sucesores, normalmente no suceden en las deudas de su causante, como sí el heredero. Lo que ocurre con los legatarios es que al adquirir mortis causa, si los bienes de la herencia (esto es, los que tocarían a los herederos) no alcanzan a cubrir el pasivo, pueden verse obligados a satisfacer las obligaciones del*

---

<sup>18</sup> BARBERO, Domenico. sistema del derecho privado. Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1967. p.5.

<sup>19</sup> Cfr. CORDOBA, Marcos. Derechos del heredero: La posesión hereditaria, editorial LA LEY, Buenos Aires, 1994, p. 60.

*causante, pero no son deudas en las que ellos, los legatarios, se hayan sucedido*<sup>20</sup>.

Por otro lado, luego de haber opinado respecto a la herencia, debe quedar clara la diferencia entre el derecho a suceder por causa de muerte y lo que es materia de ese derecho a la sucesión, la herencia. La primera es la entrada de una persona en la posición jurídica de otra y es una forma de adquirir, la herencia es el objeto de la sucesión, no sin precisar que el derecho sucesorio también regula la falta de herencia. Sobre el particular precisa LANATTA que:

*“La herencia, también denominada masa hereditaria, acervo sucesorio o caudal relicto, es el patrimonio dejado por el causante y que está constituido por sus bienes, deudas y otros derechos transmisibles por causa de muerte, que pasan a sus sucesores. Por consiguiente, agrega, mientras la sucesión es la transmisión por causa de muerte, el sentido objetivo, concreto y propio de la herencia es el patrimonio materia de la transmisión”*<sup>21</sup>.

En ese mismo sentido AGUILAR LLANOS, hace mención que no debe confundirse herencia con sucesión, puesto que *“la sucesión es la entrada del sucesor en la posición jurídica que fue del causante; mientras que la herencia es aquella que está referida a los bienes, derechos y obligaciones que fueron del causante en vida, y que también está constituida por las obligaciones y bienes que asumió y se encuentran insolutas a su muerte, los que precisamente se transmitirán a causa de su muerte”*<sup>22</sup>. Con ello quedando claro que el derecho hereditario se basa en las regulaciones propias del derecho a suceder como heredero, ya sea esta por Ley o por testamento; mientras que en el derecho de sucesiones abarca un campo mayor, al extremo de disciplinar un herencia sin heredero (toda distribuida en legados), o el testamento de quien por carecer (fuera el caso extremo) de algo que debe o tiene.

---

<sup>20</sup> LOHMANN LUCA DE TENA. Op. Cit. p. 42.

<sup>21</sup> LANATTA, R. Derecho de sucesiones. Tomo I, Universidad Mayor De San Marcos, Lima, 1969.p. 30.

<sup>22</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, editorial pacifico editores S.A.C, Lima, 2014, p.475.

De lo mencionado en el párrafo precedente, comienza a surgir la necesidad de otorgar una definición clara y contundente de lo que es el derecho a la herencia, por ello recurrimos a lo conceptuado por LANATTA, el mismo que sostiene a la herencia como “*El patrimonio dejado por el causante, que está constituido por sus bienes y otros derechos transmisibles por causa de muerte, así como por sus deudas, que pasan también a sus sucesores*”<sup>23</sup>; pero ante tal definición se cree conveniente hacer mención a lo referido en el artículo 661° del código civil, el cual taxativamente establece que “*el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta*”<sup>24</sup>, con esta premisa se pretende salvaguardar el patrimonio de los herederos, puesto que de ser mayor las deudas que la herencia dejada por el causante, se estaría haciendo un cobro indebido a los herederos, es por ello que con el presente artículo se pretende limitar el cobro de las deudas únicamente al monto dejado en la herencia.

## **1.2. El derecho de sucesiones y las teorías de la sucesión hereditaria.**

Ya habiendo examinado el contenido del derecho a la herencia, es necesario hablar sobre el derecho de sucesiones, también conocido como “*derecho hereditario, sucesorio, sucesoral, de sucesión, de las sucesiones, de la sucesión hereditaria y de sucesión por causa de muerte*”<sup>25</sup>, puesto que consecutivamente al mismo, se hará referencia al derecho de representación sucesoria materia de nuestra investigación. Al respecto el código de 1936 utilizó el término sucesiones para referirse exclusivamente a la sucesión mortis causa, al igual que lo hace el vigente código civil de 1984, el que en su artículo 660°, nos da la idea que tienen los legisladores sobre la sucesión, y así mismo estos señalan que se trata de la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a causa de su muerte, a favor de sus sucesores o causahabientes.

Según AGUILAR LLANOS:

---

<sup>23</sup> LANATTA, Rómulo. Derecho de sucesiones, t. I, II y III, Desarrollo, Lima, 1985, p. 433.

<sup>24</sup> Artículo 661° del Código Civil peruano.

<sup>25</sup> FERRERO COSTA, Augusto, op. cit. p. 107.

*“El derecho sucesorio está referido al ingreso de una persona en el lugar de otra que acaba de fallecer, tomando la posición jurídica que a esta correspondía, pues bien en términos generales, ese sería el significado del término suceder en el ámbito jurídico; sin embargo, importa esclarecer en sentido amplio el termino sucesión, el cual proviene del verbo latino sucederé y del correspondiente sustantivo succesio, y que en su sentido gramatical significa entrar una persona en lugar de otra, o una cosa en lugar de otra”<sup>26</sup>.*

Ante lo descrito, se puede apreciar que el termino sucesión manifiesta una situación jurídica, en el cual una persona reemplaza o sustituye a otra, para recibir las obligaciones o derechos en todo o en parte. En el derecho civil, esta disciplina jurídica autónoma trata la sucesión entendida como *“la transmisión patrimonial por causa de muerte”<sup>27</sup>.*

Así mismo al hablar de derecho sucesorio se hace referencia a la transmisión sucesoral, es decir, al *“mecanismo técnico mediante el cual se verifica la traslación del patrimonio del difunto a sus sucesores”<sup>28</sup>*; y es ahí donde se examinan las normas sobre la apertura, delación y las que reglan la aceptación y repudiación de las asignaciones.

Según CASTILLO FREYRE *“el derecho sucesorio en su sentido más amplio, se refiere tanto a la sucesión universal como a la sucesión a título individual, vale decir, a la totalidad de los derechos y obligaciones constitutivos del patrimonio, o a una parte alícuota de la masa hereditaria”<sup>29</sup>.*

En la misma línea de pensamiento MIRANDA CANALES, señala que *“la voz sucesión indica transmisión, que viene a ser la subrogación o sustitución de una persona por otra, como titular de derechos y obligaciones y, la transmisión misma*

---

<sup>26</sup> Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, editorial pacifico editores S.A.C, Lima, 2014, p.31.

<sup>27</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de sucesiones*, tomo I, Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 30.

<sup>28</sup> Cfr. DOMINGUEZ AGUILA, Ramón, *Derecho de sucesorio*, tomo I, Editorial Jurídica De Chile, Santiago de Chile, 2011, p.12.

<sup>29</sup> Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, Homenaje a Felipe Osterling Parodi *“Derecho Internacional Privado”*, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 2253.

*de estos derechos y obligaciones, de una persona a otra*<sup>30</sup>. De los conceptos que tienen estos autores respecto la sucesión hereditaria, encontramos un denominador común, esto es, la transmisión patrimonial; sin embargo cabe hacer referencia que no todo lo que integra el patrimonio se transmite, tal y como es el caso de las obligaciones personalísimas, pues bien, sin desconocer ello, podemos decir, que la sucesión versa sobre la transmisión del patrimonio entre el causante y sus herederos.

Por otro lado HERRERA NAVARRO apartándose un poco de las concepciones de los autores mencionados en párrafos anteriores, define al derecho de sucesiones como el *“conjunto de normas y principios que regulan la transmisión del patrimonio de una persona fallecida, llamada causante, a sus herederos o causa-habientes”*<sup>31</sup>, además hace mención que el patrimonio se transmite solo con la muerte de la persona, pues no se admite la transmisión en vida de la persona.

Siguiendo ese mismo orden de ideas, LEÓN BARANDIARÁN, agrega a lo descrito en el párrafo anterior, que el fundamento del derecho sucesorio *“escapa hasta cierto punto del Derecho Civil para entrar en la órbita de la filosofía jurídica, pero indicando el primero que existe una razón de utilidad social en esta rama del Derecho, para evitar que el patrimonio se disperse desorganizadamente, por lo que las reglas sucesorias son un conjunto de imperativos de orden social”*<sup>32</sup>.

Por lo tanto, se puede afirmar que el derecho de sucesiones es aquella parte del derecho que se ocupa directamente de la transmisión por causa de muerte real o presunta. Por ello es necesario recalcar, que como consecuencia del fallecimiento no solo se transmiten bienes, derechos y obligaciones, sino que también pueden surgir derechos o relaciones que antes no existían, tal y como es en el caso de la habitación y el usufructo a favor del cónyuge supérstite, regulado en los Art. 731 y

---

<sup>30</sup> Cfr. MIRANDA CANALES, Manuel. Manual de derecho de sucesiones, segunda edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 2006, p. 39.

<sup>31</sup> Cfr. HERRERA NAVARRO, Santiago. Derecho de sucesiones, Editora Norma Legales S.A.C., Piura, 2004, p. 9.

<sup>32</sup> LEÓN BARANDARIAN, J. Derecho de sucesiones. Universidad Mayor De San Marcos, Lima 1968. p.10.

732 del código civil; y en cuanto a relaciones, pueden surgir las que vinculan a sucesores con el albacea; por lo tanto se puede afirmar que el derecho de sucesiones no solo regula la sucesión en su acepción de transmisión patrimonial, sino que también aspectos ajenos a la transmisión propiamente dicha o al patrimonio transmitido. Así mismo, se evidencia que en nuestra normativa, respecto al tema de la transmisión sucesoria hay escasa información; puesto que, nuestro ordenamiento jurídico, se regula el cómo, quien y cuántos suceden, o lo concerniente a la voluntad del testador; es decir, regula los requisitos y formas de suceder, en la transmisión propiamente dicha.

### **1.2.1. Teoría de la continuación de la personalidad jurídica del causante.**

Esta teoría nace en el primitivo derecho romano, inspiradas en razones de tipo religioso y moral. *“El sucesor sustituía al causante en la atención del culto familiar y en el ejercicio de la autoridad familiar, como si fuera el mismo, por lo que al fallecer el causante, se requerirá que alguien lo remplace a fin de continuar la jefatura política y religiosa, y más adelante la titularidad del patrimonio”*<sup>33</sup>.

En esa misma línea de pensamiento, BORDA, sostiene que el patrimonio se deriva de la personalidad, considerando a este como una universalidad jurídica, uno e indivisible, que se encuentra confundido con la persona, lo que lleva afirmar que, al ser *“el patrimonio una emanación de la personalidad, no puede concebirse su transmisión a los herederos, sino mediante la ficción de que estos continúan la persona del muerto”*<sup>34</sup>. Según esta teoría, el patrimonio del causante y el sucesor se confunden en uno solo, derivándose así la responsabilidad ultra vires hereditatis, puesto que la familia romana primitiva, era un organismo político, y considerándose su naturaleza política, se entiende que el heredero era el sucesor en *“la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio”*<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, Editorial Pacifico Editores S.A.C, Lima, 2014, p. 40.

<sup>34</sup> Cfr. BORDA, Guillermo. Tratado de derecho civil- sucesiones, tomo I, Buenos Aires, 1994. p.64.

<sup>35</sup> Cfr. CORDOBA, Marcos. Derecho sucesorio, tomo I, editorial universidad S.R.L, Buenos Aires, 1991, p. 21.

Si bien es cierto que esta tesis está considerada como errada y desfasada, debido a que se basa en ficciones que no coinciden con la realidad; lo cierto del caso es que la personalidad del causante se extingue con su muerte, tal como se sostiene en nuestro código civil a través de su Art.61º, por ende, la personalidad no puede ir más allá de la muerte. Dejando de lado, lo que respecta a la transmisión de la personalidad del causante hacia sus herederos y la “*responsabilidad ultra vires hereditatis*”<sup>36</sup> que trae como consecuencia, cabe resaltar que de alguna u otra manera, la teoría mencionada pretendía dar a conocer que una vez fallecido el causante, su patrimonio no iba a recaer en manos de personas ajenas a él, sino transmitiéndose entre sus familiares, siendo más específicos, entre sus descendientes; con ello podemos observar que lo pretendido es que lo obtenido por el causante en vida, se trasmita y no se pierda con su muerte, por lo tanto desde épocas muy antiguas se pretendía proteger el derecho a la herencia.

### **1.2.2. Teoría de la continuación del patrimonio del causante.**

Esta teoría, nos muestra que el heredero continúa con la coposesión o disfrute de los bienes, a diferencia de la teoría anterior, que se refiere a la sucesión en la persona<sup>37</sup>. En el primitivo derecho germano, no existe la figura del pater familia romano, por ende a falta del jefe de familia, “*solo se transmite a los sucesores su patrimonio que comprende los derechos y obligaciones dejadas por el fallecido*”<sup>38</sup>.

Además con ello se pretendía honrar las obligaciones del causante, permitiéndoles la adquisición de sus bienes a los herederos para que puedan pagar estas obligaciones; pues los sucesores son liquidadores del patrimonio del causante, pagadas las deudas, y si hay remante entonces será para estos. Por ello al derecho germano, “*le basta con comprobar que los herederos suceden*

---

<sup>36</sup> Responsabilidad ilimitada, conforme el cual, el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia, pasando a ser este el deudor, además incumbiendo al heredero el exceso de las mismas, la cual debe cancelar con su patrimonio de ser insuficiente la herencia. Cfr. JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de derecho de sucesiones*, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2009, p. 32.

<sup>37</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, cuarta edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.10.

<sup>38</sup> Cfr. BAUTISTA TOMA, Pedro, *Derecho de las sucesiones*, ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2006, p. 243.

*correctamente en los bienes coposeídos con el fallecido en vida de este, a través de la comunidad de origen familiar que trasciende la muerte y subsiste con aquellos*<sup>39</sup>.

Como podemos observar, a diferencia de la anterior teoría, esta se ajusta a la realidad, además no se confunde el patrimonio del causante con el de los herederos, y solamente se transmiten el remanente la del patrimonio luego de haber pagado las obligaciones del causante. A pesar de algunas diferencias entre las teorías, se observa que la finalidad de ambas es proteger el derecho sucesorio, puesto que causante luego su muerte, pretende que todo lo adquirido en vida, siga permaneciendo dentro de su familia, por lo tanto observamos que se protege el derecho a la herencia.

### **1.3. Bases constitucionales del derecho a la herencia.**

El artículo 2º, inciso 16 de la CPP consagra que *“toda persona tiene derecho a la propiedad y la herencia”*<sup>40</sup>. Consagra como derechos fundamentales de la persona al derecho a la propiedad y el derecho a la herencia. Según el art. 923º del código civil el derecho a la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, así mismo la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley<sup>41</sup>.

Con el artículo en mención, también se hace referencia a la existencia de una garantía constitucional de carácter sucesorio, la cual significa un reconocimiento de la herencia como institución, y así mismo, un derecho individual de carácter singular, porque responde a la ineludible necesidad de mantener la existencia de apropiación privada de los bienes más allá de la muerte de su titular; y además, como una forma de protección constitucional a la propiedad privada de la cual deriva el derecho de disposición con las limitaciones que establece la ley. Por lo

---

<sup>39</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de las sucesiones, cuarta edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p.11.

<sup>40</sup> RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución política del Perú de 1993. Lima Grijley. 2012.

<sup>41</sup> Cfr. FERRERO COSTA, Augusto. La constitución comentada: obra escrita por 117 destacados juristas del país, Gaceta jurídica, Lima, 2005, p. 178.

tanto, tienen derecho a la herencia los denominados sucesores los cuales pueden ser los hederos o legatarios des acuerdo a su designación legal o voluntaria. La propiedad es un derecho real principal que se encuentra regulado en el libro de derechos reales del código civil, mientras que la herencia es el patrimonio objeto de la sucesión regulado por el libro de derecho de sucesiones del mismo cuerpo legal.

Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, podemos observar que la constitución, de manera indirecta, nos muestra las dos caras del fenómeno sucesorio patrimonial; de una parte, el de poder transmitir herencia, en el cual hay que hacer hincapié, que solo funciona con personas físicas, puesto que las jurídicas aunque puedan ser beneficiarios de herencias y legados no pueden causarlos. Transmitir herencia implica reconocer al testamento, como instrumento de autonomía privada para disponer sobre la propia sucesión, como el derecho y correlativa seguridad de saber que, a la muerte de una persona su herencia se transmitirá a su familia en orden de proximidad, evitando que los bienes lleguen a carecer de titular y puedan ser objeto de apropiación por cualquiera, e impidiendo que las obligaciones se extingan con la muerte del sujeto a quien concierne su cumplimiento, con el evidente perjuicio para los acreedores; de otra parte, el derecho a recibir herencia, es decir, poder suceder a una persona en la generalidad o una parte de sus bienes, derechos y relaciones jurídicas transmisibles<sup>42</sup>.

En este apartado debemos diferenciar entre: i) el derecho a suceder como posibilidad abstracta de ser llamado por ley o por testamento, que no solo es técnicamente un derecho irrenunciable de antemano sino sobre el cual no cabe pacto válido alguno (arts, 678 y 1405 C.C.); y ii) el derecho de suceder, que en rigor es el derecho a la sucesión ya abierta y por lo tanto derecho sucesorio concreto que, por efecto de la aceptación de la herencia o del legado, confiere

---

<sup>42</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA. Op. Cit. pp.9-10.

título para adquirir la herencia como universitas, o aquello individual que la compone.

### **1.3.1. Las bases sustantivas del derecho a la herencia.**

La Constitución reconoce el derecho a la herencia y lo eleva a rango fundamental de la persona. Pero este derecho no es ilimitado ni carente de contenido. El contenido (titulares, extensión, potestades, deberes, plazos, etc.) se lo confiere el ordenamiento legal infraconstitucional. Son las leyes las que señalan los alcances y el contenido de los derechos hereditarios y de propiedad, porque la Constitución no hace sino anunciarlos. El Código Civil establece el modo de ser del derecho hereditario, es decir, beneficiarios, alcances, esquemas, ejercicio, limitaciones, posibilidades, defensa, contenidos; porque las normas constitucionales tienen un carácter programático y es natural que admitan desarrollo y modificaciones, siempre que al hacerlo no se lesione la sustancia del derecho.

Es importante esta advertencia porque nos permite señalar los principios que nuestro ordenamiento recoge con relación a la herencia (y, si la hay, a la propiedad que con ella se transmite), y que, a mi juicio, son principios que no pueden quedar legalmente suprimidos o recortados sin afectar a la esencia o existencia práctica del derecho que la Constitución anuncia en abstracto. Se trata, de todos modos, de principios legales con un notorio respaldo constitucional que caracteriza el derecho, aunque no lo detalle en sus exactos perfiles.

### **1.3.2. Contenido constitucional del derecho a la herencia y el marco jurídico general del fenómeno sucesorio.**

Nuestro ordenamiento actual (código civil de 1984) se divide en un título preliminar y diez libros, es así que el libro cuarto que nos ocupa se titula propiamente derecho de sucesiones, corrigiendo al anterior código civil de 1936 que trataba esta rama como del derecho de sucesión y que como se puede apreciar trataba a esta rama del derecho de forma singular, y que por lógica le corresponde su denominación en plural debido a que el patrimonio a heredar no necesariamente

se puede constituir en un determinado bien, sino en varios y la cantidad de herederos muchas veces son más de dos personas ya sean ascendientes o descendientes.

El derecho sucesorio responde a una necesidad social: regular el destino que debe darse al patrimonio de una persona a su fallecimiento. Con ello podríamos afirmar que “*con la muerte de la persona termina como sujeto de derecho de relaciones jurídicas*”<sup>43</sup>. Es así que le corresponde al ordenamiento jurídico determinar cuál es la suerte de estos en cuanto el difundo ejerciera en vida su titularidad de los derechos que le correspondían, porque de lo contrario estos derechos que tenía quedarían en el aire, es decir sin un dueño, y es aquí donde encontramos la necesidad de una regulación en el sistema jurídico; aunque cabe resaltar que algunos derechos se extinguen, como por ejemplo el vínculo matrimonial, pero otros derechos trascienden como el patrimonio, con ello podemos afirmar que el derecho objetivo siempre va a subsistir<sup>44</sup>.

Por otro lado LÓPEZ DEL CARRIL señala que el derecho sucesorio responde a varios propósitos, entre los cuales encontramos el ámbito religioso, familiar y moral<sup>45</sup>. Respecto al propósito religioso, podemos observar que una vez muerto el causante, el papel de jefe de culto que desempeñaba este cuando se encontraba con vida, es transmitido a su heredero, el mismo que se encargara de realizar dicha función en todos sus aspectos; en cuanto al ámbito familiar, el derecho sucesorio encuentra uno de sus principales propósitos, el cual consiste en transmitir el papel del pater familia el cual era desempeñado únicamente por la cabeza de la familia a su heredero, el mismo que tenía la obligación de continuarlo; por último encontramos al propósito moral, el cual consistía en honrar la moral de causante, puesto que era considerado un vergüenza que alguien falleciera sin haber honrado sus deudas y sin que ningún heredero pudiera

---

<sup>43</sup> Cfr. ROCA -SASTRE Muncunill, Luis. Derecho de sucesiones, Segunda Edición, Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, 1995, p. 80.

<sup>44</sup> Cfr. FERRERO COSTA, Augusto, ob. Cit., p.105.

<sup>45</sup> Cfr. LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de sucesiones*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 7.

hacerlo, es por ello que es de suma importancia de que alguien tomase su el lugar del causante y continuase con los deberes que este realizaría si se encontrase con vida.

Después de haberse desarrollado el presente capítulo, podemos afirmar que el derecho sucesorio responde a varios propósitos, entre los cuales encontramos el ámbito religioso, familiar y moral. Respecto al propósito religioso, podemos observar que una vez muerto el causante, el papel de jefe de culto que desempeñaba este cuando se encontraba con vida, es transmitido a su heredero; en cuanto al ámbito familiar, el derecho sucesorio encuentra uno de sus principales propósitos, el cual consiste en transmitir el papel del pater familia; por ultimo encontramos al propósito moral, el cual consistía en honrar la moral de causante, puesto que era considerado un vergüenza que alguien falleciera sin haber honrado sus deudas y sin que ningún heredero pudiera hacerlo, es por ello que es de suma importancia de que alguien tomase su el lugar del causante y continuase con los deberes que este realizaría si se encontrase con vida;

## **CAPÍTULO II**

### **LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA Y EL CONYUGE SUPÉRSTITE**

Con el presente capítulo se procederá analizar la naturaleza de la representación sucesoria, su diferencia con otras instituciones, su regulación en nuestra legislación peruana y sus efectos, por otro lado se abordara el tema del cónyuge supérstite, su capacidad y legitimidad para heredar; puntos clave que servirán de base para establecer las condiciones que el cónyuge supérstite debe cumplir al momento del ejercicio de la representación sucesoria.

#### **2.1. Naturaleza jurídica de la representación sucesoria y diferencias con otras instituciones.**

Para explicar la naturaleza jurídica de la figura de la representación ZANNONI, nos dice que el vocablo representación tiene sus orígenes en el medioevo, concibiendo así a la sucesión por estirpes como el ejercicio del derecho que le correspondía a los descendientes del ascendiente premuerto, los cuales eran representantes del ascendiente fallecido con anterioridad al causante ante la

sucesión de este último<sup>46</sup>; y es así que surge la teoría de la ficción, por la cual al representado se le supone vivo, de tal manera que sus descendientes ocupan simplemente su lugar. Dicha teoría fue consagrada en el código Napoleón, cuyo artículo 739° define a la representación como una ficción de la ley cuyo efecto es hacer que los representantes ocupen el lugar, grado, y los mismos derechos que el representado.

En dicha teoría se concibe que todo sigue tal como si el representado no hubiera fallecido, razón por lo cual, sus descendientes es decir los representantes, ocupan su lugar y adquieren lo que le hubiera correspondido a éste si se encontrase con vida, desconociendo así que el representante actúa por derecho propio, que lo que hereda es para él y que no recibe nada para el representado; derivando su derecho, no del representado, sino del causante como una suerte de vocación hereditaria indirecta; además es necesario hacer mención que dicha teoría se viene dejando de lado; no obstante a ello, aún se mantiene vigente en algunas legislaciones como la chilena que en su artículo 934° refiere: *“se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre”*<sup>47</sup>.

Por otro lado, MANRESA y NAVARRO, para explicar la naturaleza de la representación, optan por la teoría de la subrogación, la cual nos dice que:

*“El derecho de representación se interpreta como una suerte de subrogación; ello debido a que el representante se coloca en el mismo grado, orden y prelación del representado y recibe lo que le hubiera correspondido a éste. Sin embargo, el hecho de que los representantes reciban lo que le hubiera correspondido al representado, no implica necesariamente una subrogación (sobre el particular, y sólo a manera de ejemplos, las figuras de cesión*

---

<sup>46</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. *Derecho de las sucesiones*. Tomo I, 3ra edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1982. p. 253.

<sup>47</sup> Cfr. Artículo 934 ° del Código Civil chileno.

*de obligaciones y cesión de la posición contractual no son formas de subrogación)*<sup>48</sup>.

Sobre la teoría de la subrogación, FERRERO COSTA, nos dice, que si la representación sucesoria fuera subrogación, el subrogante asumiría la posición jurídica del subrogado; y ante tal caso, nos vemos en la necesidad de plantearnos la siguiente pregunta: ¿Cuál será la posición que opta el subrogante?, para el autor, la posición que adquiere el subrogante, no es otra que la premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación que son los supuestos en los que procede la representación; entonces, ubicado el subrogante en alguno de esos supuestos, ya no tendría la posibilidad de heredar<sup>49</sup>.

### **2.1.1. Diferencia con la representación inter vivos.**

La representación mortis causa es una institución totalmente autónoma de la representación inter vivos. Mientras la representación sucesoria nace con la muerte del causante, la representación inter vivos se extingue con ella. Además, en esta última se actúa a nombre de otra persona; en aquella, si bien es verdad que el representante *“hereda en el lugar y en el rango del que representa, no hereda en nombre del representado, sino en su propio nombre”*<sup>50</sup>.

Por ello, algunos autores como ALBALADEJO y ZANNONI, entre ellos rehúsan el término representación por impropio, expresando que constituye más bien un supuesto de vocación indirecta o referida. Precisa por esta razón, como apunta MESSINEO *“el instituto de la representación no deroga el principio fundamental viventis nulla hereditas”*<sup>51</sup>; por eso cabe mencionar que para la representación mortis causa no se requiere expresión de voluntad alguna. No es una

<sup>48</sup> MANRESA y NAVARRO José, Comentarios al Código Civil Español, Tomo VII, 1955.p. 223.

<sup>49</sup> Cfr. FERRERO COSTA, Augusto tratado de derecho de sucesiones, novena edición, Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima, 2016. p. 266.

<sup>50</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, parte cuarta, La transmisión del patrimonio familiar, Vol. III, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1975. p. 100.

<sup>51</sup> MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo V, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1971. p. 304.

representación de la voluntad, sino de la propia persona. En realidad, en sentido técnico, entre el derecho de representación y la representación, no hay afinidad alguna.

### **2.1.2. Diferencia con la sustitución.**

La representación se diferencia también de la sustitución, en que esta depende de la voluntad del de cujus, deferida en el testamento. No obstante algunos autores como MESSINEO titulan *“al instituto de la sustitución legal adjetivándolo como denominado derecho de representación”*<sup>52</sup>. Dicho autor expresa que *“la representación se concibe como figura de vocación hereditaria indirecta, dispuesta por la ley; la cual sustituye, una o más determinadas personas, en el lugar de un llamado”*<sup>53</sup>. Además, agrega que la sustitución testamentaria predomina sobre la representación, esto es, sobre la sustitución legal, salvo excepciones, y que mediante la sustitución testamentaria, el de cujus escoge la persona del sustituido en quien más le agrade, mientras que la sucesión por defecto de representación tiene lugar a favor de personas determinadas por la ley.

Por otro lado VATTIER objeta la tesis de la sustitución legal, enfatizando que esta *“alude a un derecho ajeno en nombre propio y enlaza con la figura inter vivos de la representación indirecta, no escapándose del círculo vicioso de la ficción y aproximándose nuevamente a la idea errónea de una auténtica representación”*<sup>54</sup>.

### **2.1.3. Diferencia con el derecho de transmisión.**

El derecho de representación que analizamos difiere del derecho de transmisión, el cual refiere en el Art. 679º que el derecho de aceptar o renunciar a una herencia se transmite a los herederos. En cuanto al derecho de representación podemos decir que tiene entre una de sus causa la premoriencia del convocado, quien por esa misma razón no llega a ser heredero; y en cuanto al derecho de transmisión,

---

<sup>52</sup> MESSINEO, Francesco, Op.Cit. p. 303.

<sup>53</sup> IBIDEM.

<sup>54</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El derecho de representación en la sucesión “mortis causa”*. Editorial Montecorvo., Madrid, 1986. p. 214.

el transmitente debe sobrevivir necesariamente al causante y morir después sin haber ejercido su derecho de delación (opción para aceptar o renuncia a una herencia); por ello se dice que: *"La representación no se confunde con la trasmisión; quien sobrevive al de cuius, aunque sea por un instante, trasmite la herencia a sus propios herederos; quien no sobrevive puede ser representado"*<sup>55</sup>. En esa misma línea de pensamiento BARBOT nos dice que: *"en el derecho de representación el representado no ha recibido; en cambio cuando hay trasmisión el trasmite ha recibido aunque no haya realizado ningún acto de heredero, porque a la muerte del causante recibió de pleno derecho"*<sup>56</sup>. Además, cabe resaltar que la trasmisión de la delación se efectúa en cualquier sucesión, y se da a favor de los descendientes y de los hijos de los hermanos. O sea el representante tiene vocación propia, en la medida que de no existir la representación sería llamado en el orden sucesorio que le corresponda el trasmisario no puede no ser heredero, como en el caso de los descendientes de los colaterales del cuarto grado, quienes, si bien no tienen vínculo de parentesco con el causante, pueden recibir su herencia aceptando la de su transmitente.

## **2.2. LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA.**

La figura de la representación nace o surge de una razón natural, por la cual los hijos no deben perjudicarse por haber perdido su padre o su madre. Precisamente cuando les faltan aquellos, son los más dignos de amparo; si el padre o la madre viviesen heredarían y los hijos a través de ellos, faltando el padre o la madre puede suplirse esta deficiencia haciendo que los sucesores tomen la parte que correspondería a sus ascendientes si viviesen. En ese mismo sentido SUAREZ FRANCO nos dice que *"el representante ocupa el lugar del representado, lo*

---

<sup>55</sup>FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*, novena edición, Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima, 2016. p. 266.

<sup>56</sup> BARBOT, Raúl. *Derecho Civil uruguayo, anotaciones al código civil: de las sucesiones*, T.II, Librería el correo, Montevideo. 1979. p. 86.

*remplaza o subroga, adquiriéndose así los derechos hereditarios de aquel y finge además igual grado de parentesco con el causante*<sup>57</sup>.

Desde otra perspectiva LANATTA refiere que la representación sucesoria o hereditaria es un derecho por el cual los hijos y demás descendientes de una persona que ha fallecido, que ha renunciado la herencia o que la ha perdido por indignidad o por desheredación, son llamados por la ley a ocupar el lugar de su padre, madre u otro ascendiente y a recibir la herencia que a estos correspondía, así mismo el autor nos precisa que en la representación sucesoria los representantes reciben por estirpes la herencia o parte de la herencia que correspondía a su representado. Al respecto se debe tener presente que:

*“La sucesión es por cabeza cuando, sucediendo los herederos por derecho propio, cada uno recibe la parte de la herencia que le asigna el testamento o la ley; y es por estirpe cuando varias personas, en calidad de representantes entran en lugar de otra, que es el representado, a recibir la herencia o parte de la herencia correspondiente a éste, la cual se divide en partes iguales entre los representantes”*<sup>58</sup>. Y que para que funcione la representación sucesoria se requiere: *“En primer lugar, que se produzca el desplazamiento del representado, que deja su lugar en una herencia que no ha recibido por haber muerto, o haberla renunciado, o por haber sido excluido de ella por indignidad o desheredación; en segundo lugar, que el o los representantes sean los llamados por la ley a heredar al representado, esto es, que tengan vocación sucesoria con respecto a él y también con respecto al causante, y que no adolezcan de las causales de exclusión de la herencia con respecto a la persona a quien representan ni en relación con el causante de la herencia y por último que la ley establezca el derecho de representación en el respectivo caso”*<sup>59</sup>.

Por otro lado, MADRIÑAN nos dice que la representación es una vocación especial por dos razones. En primer lugar, por los sujetos a los que se destina el

---

<sup>57</sup> Cfr. SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de sucesiones*. Cuarta edición, editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 134.

<sup>58</sup> LANATTA, Rómulo. *Derecho de sucesiones*. Tomo I y II, segunda edición, Editorial Desarrollo S.A, Lima, 1981.p. 312.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 313.

llamamiento, en este supuesto, parece que el derecho de representación sucesoria sería una excepción del principio consagrado en nuestro derecho consistente en que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, lo que no sucede en este caso. En segundo lugar el modo en que se lleva a cabo la sucesión, pues no será por cabezas, habida cuenta que este derecho da entrada a la sucesión por estirpes. La razón de que la representación tenga lugar por estirpes, se encuentra en evitar que los representantes reciban más de lo que hubiese correspondido a su ascendiente, evitando así que los coherederos se vean perjudicados<sup>60</sup>.

En opinión de CASTAÑEDA la representación sucesoria viene a ser *“un beneficio legal que consiste en que los descendientes de quien ha fallecido son llamados a sustituirlo en su calidad de heredero, reputándose que son del mismo grado que el representado que ha fallecido y ejerciendo en su plenitud el derecho hereditario que a éste competía”*<sup>61</sup>. Para el autor, el beneficio de la representación sucesoria fue creado con la finalidad de enmendar, en todo o en parte el daño causado a los hijos por el fenecimiento adelantada de sus ascendientes.

Así mismo, el autor en comentario nos hace entender que con la representación sucesoria resultan heredando quienes no eran originariamente tales herederos puesto que el efecto de la representación es hacer entrar al representante en el lugar, el grado y los derechos del representado. Ante lo manifestado PLANIOL, desde su punto de vista, califica a la representación sucesoria como un *“beneficio concedido por la ley, en virtud del cual se admite que un heredero de grado más lejano recoja la parte que habría obtenido su padre o madre premuertos en concurso con herederos más próximos a él”*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. MADRIÑAN, V. La representación sucesoria en el derecho común. Especial aplicación en la sucesión testamentaria, editorial fondo editorial de la universidad de Compostela. Madrid, 2008. P. 131.

<sup>61</sup> CASTAÑEDA, Jorge E. *Derecho de sucesión*. Tomo III, Segunda edición, editorial Talleres gráficos P.L. Villanueva S.A. Lima, 1976, p. 75.

<sup>62</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel. *Tratado de derecho civil francés*, Tomo III, editorial Cultural S.A., La Habana, 1942, p. 87.

Siguiendo en la misma línea de pensamiento que CASTAÑEDA, el autor ECHECOPAR GARCÍA nos manifiesta lo siguiente:

*“El beneficio que la ley concede a los hijos, y en ciertos casos a los demás descendientes (llamados representantes) de una persona que ha fallecido (llamada representado) o que ha perdido todo derecho a una herencia por renuncia, indignidad o desheredación, para ocupar en la sucesión de otra persona (causante) el lugar que ha ella (representado) le hubiera correspondido, de haber vivido, no haber renunciado a la herencia, no haber sido declarado indigno o no haber sido desheredado”<sup>63</sup>.*

Por otro lado, BARBERO estima que: *“la representación sucesoria no implica ningún concepto de actuar en nombre o por cuenta del ascendiente, sino que significa ser llamado, aunque por cuenta y en nombre propio, a suceder en la posición en que manifiesta lo siguiente:*

*“La vocación indirecta, cuya especie más importante es la sucesión por representación vuelve a comprender todo caso en que un sucesible descendiente o ascendiente es llamado en el lugar y en el grado de otro, recíprocamente ascendiente o descendiente, cuando éste no pueda o no quiera llegar a la sucesión, de manera que la determinación de la posición del sucesor se hace indirectamente, por el trámite de la posición que hubiese asumido el primer llamado, si hubiese llegado a la sucesión; Además resalta que la vocación por representación tiene lugar en todos los casos en que el ascendiente no puede o no quiere aceptar la herencia o el legado; por consiguiente se comprenden, no sólo la premoriencia, la indignidad, sino también la renuncia”<sup>64</sup>.*

De todo lo manifestado podemos afirmar que la representación sucesoria es una medida excepcional que deroga al principio de la proximidad del grado en beneficio de la igualdad de las estirpes, a la vez que un derecho preferente al derecho de acrecer. En efecto de no existir, serían llamados a la herencia, los parientes más próximos, en perjuicio de los más remotos de otras estirpes; por otro lado, las cabezas de estirpe del mismo grado de parentesco con el causante

---

<sup>63</sup> Cfr. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*, Gaceta jurídica S.A., Lima, 1999, p. 70.

<sup>64</sup> BARBERO, Doménico. *Op. Cit.* p. 142.

ejergerían el derecho de acrecer en la parte de las cabezas de stirpe con grado de parentesco más lejano con el del *cujus*.

### **2.2.1. La representación sucesoria en el código civil peruano.**

Al hablar sobre la representación sucesoria, es de suma importancia tener en cuenta que la doctrina tradicional distingue la sucesión por derecho propio y por derecho de representación. Se sucede por derecho propio, cuando siendo uno solo o más los herederos, todos descienden del mismo tronco inmediato; y se sucede por representación cuando no descienden del mismo tronco del que descienden los otros, y estos ocupan el lugar de su antecesor<sup>65</sup>.

La representación sucesoria en nuestra legislación nacional se encuentra regulada en el título V de la sección primera del libro IV de derecho de sucesiones del Código Civil, en los art. 681 al 685. En el art. 681 del CCP se define a la representación sucesoria de esta manera: *“Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación”*<sup>66</sup>. Por otro lado HINOSTROZA MINGUEZ nos dice que la figura de *“la representación sucesoria es la excepción al principio de proximidad de grados”*<sup>67</sup>.

Del artículo en mención, podemos observar que dentro de su texto normativo, de manera indirecta recoge los presupuestos necesarios para que proceda el derecho de representación, y estos son: la pre-muerte, la renuncia, la indignidad y la desheredación. Por otro lado el art. 670<sup>o</sup> señala que la indignidad es personal y los derechos sucesorios que pierde el indigno pasan a sus descendientes, quienes heredan por representación.

---

<sup>65</sup>ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho sucesorio*. editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.p433.

<sup>66</sup> Cfr. Artículo 681° del Código Civil peruano.

<sup>67</sup> Cfr. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Procesos judiciales derivados del derecho sucesorio*. Gaceta jurídica S.A., 2006, p. 378.

**a) La representación sucesoria en línea recta.**

En nuestra legislación nacional esta representación se regula en los art. 681° y 682° del código civil. En el primero de ellos se define de manera general el concepto de representación sucesoria como aquel derecho que tienen todos los descendientes de entrar en el lugar en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, o la que hubiere renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

En lo concerniente al segundo mencionado, se estipula que la representación sucesoria en línea recta descendente es ilimitada a favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna, lo que significa que en la representación pueden concurrir nietos del causante con hijos del causante, o biznietos con nietos del causante y así indefinidamente.

Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, es de suma importancia hacer de conocimiento que la CPP de 1979, consagró la igualdad de los hijos y que tuvo gran repercusión en el derecho familiar y, por cierto, también en el sucesorio, dejándose a tras lo regulado en el art. 762° del Código Civil de 1936, que refería que los hijos ilegítimos heredaban la mitad de lo que heredaban los legítimos; hoy en día, todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres, por ende, los hijos matrimoniales, los extramatrimoniales y entre éstos los reconocidos y declarados y los adoptivos, todos ellos tienen iguales derechos sucesorios.

Así mismo, se hace hincapié en lo estipulado en art. 818° del Código Civil, el cual regula lo siguiente: *"todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres, esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos"*<sup>68</sup>; con lo descrito en el presente artículo, se evidencia que dicha igualdad no solo aplica para los hijos matrimoniales y extra matrimoniales, sino

---

<sup>68</sup> Cfr. Artículo 818° del Código Civil peruano.

también rige con respecto a otros descendientes, esto es, los nietos, ya sea que provengan de una relación matrimonial o extramatrimonial, con reconocimiento o declaración judicial, e incluso los adoptivos.

### **b ) La representación sucesoria en línea colateral.**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 683º del código civil, en la línea colateral sólo hay representación (sucesoria) para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el art. 681º del Código Civil (conforme al cual por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación).

LOHMANN LUCA DE TENA expresa sobre la materia que *“si el causante tiene sobrinos hijos de un hermano, pero no ha tenido o no tiene otros hermanos con descendientes, los sobrinos no heredan por representación y por estirpe, sino por derecho propio. Se exige, pues, que con los sobrinos tenga que concurrir a la herencia un hermano vivo del causante”*.<sup>69</sup>

FERRERO COSTA, acerca de la representación sucesoria en línea colateral, manifiesta lo siguiente cuando son llamados a recoger la herencia de una persona sus hermanos, debiendo representar a los hermanos premuertos, renunciantes e indignos sus hijos. Para que opere la representación tiene que sobrevivir por lo menos un hermano, y éste tiene que heredar; o sea, que no renuncie y que no sea indigno<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr, LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017. p. 242.

<sup>70</sup> FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*, novena edición, Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima, 2016. p. 298.

### **2.2.2. Fundamento de la representación sucesoria.**

Este derecho privilegio, como lo llama Echecopar apunta a dejar sin efecto, en ciertos casos, la regla conforme a la cual el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto. En consecuencia, el propósito de la institución es que sin solución de continuidad pase a determinados familiares de quien hubiera sido heredero lo que a este le hubiera correspondido. Por medio de la representación se produce una derogación de los principios de preferencia del más próximo y acrecimiento de otros llamados directamente. De este modo, al modificarse la aplicación de estos principios, la ley asigna vocación directa a quien hubiera sucedido a aquel que no sucede por no querer o no poder. Este derecho, debe señalarse una vez más, no es adquirido por el representante como titular de una herencia del representado, sino por ser su descendiente<sup>71</sup>.

De esta manera, prescindiendo de otras consideraciones conceptuales, el último fundamento práctico y racional de la representación es perpetuar el derecho sucesorio en la misma rama familiar a la cual estaba destinada, evitando que tales derechos favorezcan a otra rama sucesoria perjudicando a la primera. La ley presume, si no necesariamente un motivo afectivo, sí por lo menos una voluntad del causante enfocada a un reparto de su masa sucesoria en las mismas proporciones que se hubieran aplicado de no existir el impedimento sucesorio que determina la representación. Existe, pues, un criterio de equidad que por razones de política legislativa inspira la presunción de voluntad del causante de que la herencia pase a los descendientes de quien hubiera heredado de haber querido o podido.

### **2.2.3. Efectos de la representación sucesoria.**

Al darse la representación sucesoria, se producen los siguientes efectos:

- Los representantes ocupan el lugar que correspondería al representado, adquiriendo los bienes, derechos y obligaciones en la proporción que le

---

<sup>71</sup> Cfr. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. Gaceta jurídica S.A., Lima, 1999, p. 186.

correspondía. Ello no significa que suceden al representado; indica tan solo la base de los derechos de los representantes con relación a la herencia del causante. Como bien señala MESSINEO, *“la sucesión queda fijada en la persona del representante”*<sup>72</sup>.

- La porción que correspondía al representado la recibe íntegramente el representante si es uno solo, y por partes iguales si son varios de la misma estirpe. Cuando concurren representantes de más de una estirpe, puede ocurrir que personas con el mismo grado de parentesco reciban partes desiguales.
- Los representantes heredan conjuntamente con los herederos directos. Hay una sola sucesión<sup>73</sup>.
- No solo se colacionan las liberalidades recibidas por el representante. También se colacionan las liberalidades recibidas por el representado; es decir, se reputan a cuenta de la herencia. A diferencia de ello, *“en materia de trasmisión son distintas: el heredero que sucede por trasmisión colaciona las liberalidades hechas a su autor, mas no así las hechas a él”*<sup>74</sup>. Igualmente, cuando la sucesión es por derecho propio, no se le colacionan al heredero forzoso lo recibido por sus descendientes, a pesar de ser estos también herederos forzosos, en vista que son desplazados por el principio de que los más próximos excluyen a los más remotos.

### **2.3. El cónyuge supérstite y la capacidad y legitimidad para heredar.**

Para hablar sobre la representación sucesoria del cónyuge premuerto, es de suma importancia abordar los temas de la capacidad y la legitimidad, y así observar si el cónyuge supérstite cumple con los requisitos indispensables para la

---

<sup>72</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo V, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1971. p. 301.

<sup>73</sup> Cfr. FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. Novena edición, Editorial Pacífico Editores S.A.C. Lima, 2016. p. 272.

<sup>74</sup> FERRERO COSTA. Op. Cit. p. 272.

transmisión hereditaria; como inicio de partida para el presente acápite, podemos señalar a la capacidad como aquella aptitud que tienen las personas para poder adquirir derechos y obligaciones, tradicionalmente dicha capacidad se ha dividido en dos vertientes: por un lado la capacidad jurídica o de goce, y por el otro, a la capacidad de hecho o también conocida como capacidad de obrar; para un mayor conocimiento, sobre dichas vertientes y su influencia en la figura de la representación, es de incumbencia realizar un breve análisis.

Para el autor ESPINOZA ESPINOZA la capacidad de goce es denominada a nivel doctrinal como capacidad jurídica o capacidad de derecho, así tenemos que *“la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas (...) corresponde a todo sujeto de derecho, sea este concebido, persona natural, persona jurídica u organización de personas no inscrita”*<sup>75</sup>. Asimismo, es entendida como *“la aptitud genérica o in abstracto para ser titular de derechos y deberes distintos de aquellos de naturaleza fundamental de los que ya es titular”*<sup>76</sup>.

En esa misma línea de pensamiento MARTÍNES DE AGUIRRE no dice que *“la capacidad jurídica implica, por tanto, la posibilidad de protagonizar las relaciones jurídicas en general, de ser sujetos de derecho (...) permite ser titular de derechos y obligaciones, la titularidad supone que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada”*<sup>77</sup>. En otras palabras *“la*

---

<sup>75</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas, concebido y personas naturales*, 6ª edición, Lima, Grijley, 2012, pp. 871-881.

<sup>76</sup> SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *“La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos, discapacitados, pero no incapacitados”* en *Estudios críticos sobre el Código Civil, análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*, Lima, Grijley, 2014, p. 686.

<sup>77</sup> MARTÍNES DE AGUIRRE, Carlos. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 70-71.

capacidad jurídica permite ser titular y la titularidad supone ser lo que eres; la capacidad jurídica es un presupuesto de la titularidad”<sup>78</sup>.

Por otro lado, BLASCO GASCO nos manifiesta que la capacidad de ejercicio o también denominada por la doctrina como capacidad de obrar es concebida como *“la aptitud reconocida por el ordenamiento jurídico para actuar con eficacia en el mundo del derecho; la misma se concreta en la posibilidad de realizar comportamientos voluntarios dirigidos a producir los efectos jurídicos reconocidos en las normas, lo que se conoce como actos jurídicos”*<sup>79</sup>.

En ese sentido, entendemos por capacidad de obrar como *“la aptitud concreta de ejercitar los derechos y obligaciones de los que una persona es titular, realizar ciertos actos y ser directamente responsable por ellos”*<sup>80</sup>, o también en ese misma idea como la *“idoneidad o aptitud que tiene el sujeto para ejercitar autónomamente su derechos y cumplir con sus deberes”*<sup>81</sup>.

### **2.3.1. La capacidad para heredar.**

Teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos anteriores, podemos hablar respecto a la capacidad para suceder, la cual es definida como aquella *“aptitud jurídica para adquirir el conjunto de titularidades trasmisibles del causante”*<sup>82</sup>, es decir que la capacidad es el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para que una persona pueda ser sujeto pasivo de la transmisión hereditaria. Esta capacidad *“es de derecho puesto que se refiere al goce o titularidad del derecho*

---

<sup>78</sup> SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Lecciones de Derecho Civil, persona y bienes*, Zaragoza, Kronos, 2015, p. 117.

<sup>79</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco (Coord.), CAPILLA RONCERO, F; LOPEZ Y LOPEZ, A.M y otros. *Derecho Civil parte general, derecho de la persona*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 203.

<sup>80</sup> SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *“La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos, discapacitados, pero no incapacitados”* en *Estudios críticos sobre el Código Civil, análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*, Lima, Grijley, 2014, p. 686.

<sup>81</sup> ESPINOZA, Op. Cit. p. 882.

<sup>82</sup> MAFFIA, Jorge. *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial LEXISNEXIS, 5ta Edición, 2002, p. 68.

*sucesorio*<sup>83</sup>, es decir no se refiere a su ejercicio. Además cabe resaltar que la capacidad para suceder es distinta de la capacidad requerida para aceptar o repudia la herencia. Nos dice que el primero que la capacidad para suceder es estática, y consiste en la calidad misma de sucesor o heredero en virtud de un título valido, que es una capacidad de derecho. En cambio la capacidad para aceptar la herencia es dinámica, es la capacidad de obrar, es decir capacidad necesaria para la libre disposición de sus bienes.

Por otro lado O`CALLAGHAN nos dice que:

*“Para que la herencia pueda ser adquirida por determinada persona debe cumplir con ciertos elementos subjetivos y no debe encontrarse en las siguientes situaciones: de incapacidad absoluta, que más que un tema de capacidad es una cuestión de existencia de persona física o jurídica; de incapacidad relativa que no son sino prohibiciones concretas para heredar por testamento; y de indignidad sucesoria, sanción civil por la que los priva a determinadas personas de la posibilidad de suceder a otras”*<sup>84</sup>.

### **2.3.2. La legitimidad para heredar.**

Si capacidad es la aptitud para recibir por transmisión *mortis causa*, la legitimación es el llamamiento a una sucesión determinada. Así la legitimación sucesoria, llamada vocación en la doctrina argentina, *“reconoce como fuente una disposición legal que la otorga en función de determinada relación de parentesco, o en mérito al vínculo conyugal, o bien, por último, en virtud del llamado que puede realizar el causante mediante el acto de última voluntad al llamado testamento”*<sup>85</sup>.

En la misma línea de pensamiento O`CALLAGHAN nos dice que *“La vocación es como título por el cual se sucede, el título que da derecho a la herencia, título que se encuentra en el testamento o en la ley. La vocación es una expectativa jurídica,*

---

<sup>83</sup> LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1990. p. 10.

<sup>84</sup>O`CALLAGHAN, Xavier. *compendio de derecho civil*, Madrid, Editorial DIJUSA, sexta edición, 2007, p. 49.

<sup>85</sup> MAFFIA, Jorge. *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial LEXISNEXIS, 5ta Edición, 2002, p. 74.

*su titular no ha adquirido todavía ningún derecho subjetivo, tiene a su favor un llamamiento abstracto*<sup>86</sup>.

Después de haberse desarrollado el presente capítulo, podemos afirmar que la representación sucesoria o hereditaria es un derecho por el cual los hijos y demás descendientes de una persona que ha fallecido, que ha renunciado la herencia o que la ha perdido por indignidad o por desheredación, son llamados por la ley a ocupar el lugar de su padre, madre u otro ascendiente y a recibir la herencia que a estos correspondía; por ello se considera como una medida excepcional que deroga al principio de la proximidad del grado en beneficio de la igualdad de las estirpes, a la vez que un derecho preferente al derecho de acrecer; por otro lado, para ejercer la representación sucesoria, el cónyuge supérstite debe contar con capacidad hereditaria (aptitud jurídica para adquirir el conjunto de titularidades transmisibles del causante), y legitimidad hereditaria (título que da derecho a la herencia, título que se encuentra en el testamento o en la ley), puesto que de no contar con los mismos, no podrán formar parte en el derecho sucesorio.

---

<sup>86</sup> O`CALLAGHAN, Xavier. compendio de derecho civil, Madrid, Editorial DIJUSA, sexta edición, 2007, p.43.

### **CAPÍTULO III**

#### **EL CÓNYUGE SUPERSTITE Y LAS CONCIONES PARA SU EJERCICIO.**

Con el presente capítulo se procederá analizar al cónyuge supérstite relacionado con el régimen patrimonial, los deberes del matrimonio, y se establecerán las condiciones que debe cumplir el cónyuge supérstite para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto, y por último se propondrá la propuesta legislativa que deberá incorporarse en la legislación peruana, a fin de salvaguardar al cónyuge sobreviviente de subsumirse en dicho supuesto.

#### **3.1. El cónyuge supérstite frente al régimen patrimonial y los deberes del matrimonio.**

##### **3.1.1 El cónyuge supérstite y régimen patrimonial.**

Una vez que dos personas deciden juntarse para hacer una vida en común, y se unen bajo las leyes que el cuerpo normativo peruano que les impone, no solo se habla de los deberes que deben guardarse mutuamente como esposos, sino que también es necesario hablar del ámbito patrimonial, puesto lo que se pretende es acrecentar el patrimonio con una masa hereditaria que correspondiese al cónyuge premuerto de encontrarse con vida.

Para hablar de la representación sucesoria en la cual el cónyuge supérstite represente al cónyuge premuerto, y haga ejercer los derechos que correspondiesen a este, es necesario analizar algunas pautas respecto al régimen patrimonial como fuente en vinculación con la representación sucesoria. Todo empieza cuando se lleva a cabo el matrimonio, puesto que los cónyuges deben de optar por un régimen patrimonial, el cual regirá el destino de su patrimonio.

Dentro de la institución del matrimonio, existen dos regímenes patrimoniales: por un lado el régimen de sociedad de gananciales y por el otro lado el régimen de separación de patrimonio; respecto al régimen de sociedad de gananciales podemos observar que se encuentra recogido en el artículo 301° del código civil; el cual da a conocer que: *“en el régimen de la sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad”*<sup>87</sup>. Por otro lado en el artículo 327° se recoge el régimen de separación de patrimonios: el cual establece que *“en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”*<sup>88</sup>.

Respecto al primer régimen, se observa que dentro de la sociedad de gananciales se encuentran recogidos los bienes propios y los bienes de la sociedad; entendiéndose por bienes propios como *“aquellos que pertenecen en forma exclusiva a cada uno de los cónyuges”*<sup>89</sup>. Por lo tanto, la titularidad de dicho bien está debidamente identificada a su propietario, así mismo, las facultades de dominio y ejercicio sobre el citado bien se realiza de forma independiente y sin intervención alguna por parte de terceros.

Sin embargo, en lo que concierne a las rentas, frutos y productos que puedan derivarse o producirse de los bienes propios, dejarán de formar parte de los mismos, para pertenecer aquellos a los que la ley denomina como bienes sociales,

---

<sup>87</sup> Artículo 301° del Código Civil peruano.

<sup>88</sup> Artículo 327 del Código Civil peruano.

<sup>89</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, Editorial Pacifico Editores S.A.C, Lima, 2014, p. 396.

por ende, el disfrute de las rentas, frutos y productos, ya no se ejercerá de manera exclusiva por parte de su titular, por lo que la intervención del otro cónyuge obtiene relevancia en la participación del disfrute de los frutos producidos por los bienes que pertenecen a uno de los cónyuges. Por lo tanto de alguna manera u otra la naturaleza de los bienes propios se va desnaturalizando y optando características de los que vendrían a formar bienes de la sociedad.

Como ya hicimos mención respecto a los bienes propios, es momento de referirnos a los bienes de la sociedad, los cuales tienen como criterio que *“la sociedad conyugal se convierte en el titular único de un solo patrimonio”*<sup>90</sup>. En este régimen podemos observar que todos los bienes obtenidos dentro de la vigencia del matrimonio, forman parte de los bienes de la sociedad, los mismos que van a tener como característica que son comunes, que pertenecen a ambos cónyuges; y que los bienes que forman parte de la sociedad van a responder de manera directa por aquellas deudas que han sido contraídas por la pareja de esposos o por cada uno de ellos de forma individual, por lo tanto, los esposos al finiquitar su matrimonio y por ende el régimen patrimonial, se repartirán aquellos bienes que han quedado luego de realizar los pagos por las deudas contraídas.

Al haber analizado tanto a los bienes que forman parte de los bienes propios como los bienes de la sociedad, podemos afirmar que el régimen de sociedad de gananciales no solo observa al matrimonio como una comunidad de vida entre los cónyuges, los mismos que están compuestos por factores morales o afectivos, sino observa al matrimonio como un todo, donde integra la parte patrimonial, afectiva y moral en un solo conjunto, conjunto que pertenece únicamente a los cónyuges. Por lo tanto, al existir patrimonios separados entre los cónyuges no se estaría hablando de una vida en común, puesto que al coexistir patrimonios diferentes entre los cónyuges también implicaría intereses y necesidades independientes, lo cual conllevaría a una ruptura del núcleo familiar, por ende,

---

<sup>90</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Op. Cit. p. 432.

generando como resultado que cada cónyuge vele por sus intereses independientemente del otro.

Por otro lado, al encontrarnos dentro de la institución del matrimonio y rigiéndonos bajo la normativa establecida para el régimen de sociedad de gananciales, es necesario tocar el punto sobre la participación que tienen los cónyuges respecto al patrimonio, sea este propio o parte de los bienes de sociales. Ante tal situación es necesario traer a colación el artículo 303° del código civil, el mismo que nos habla sobre la administración de los bienes: el mismo que establece que: *“cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos”*<sup>91</sup>.

Teniendo en cuenta al párrafo anterior, se observa que la regla general relacionada a los bienes propios, es que cada cónyuge realice por cuenta propia la administración de sus bienes, y por ende están facultados para poder disponer o gravarlos sin intervención por terceros. Sin embargo existe limitaciones a dichas acciones, puesto que, si el cónyuge que es titular del bien no actúa en correlación con el interés familiar, es decir que dichas acciones perjudique de manera directa o indirecta la estabilidad de la familia, no podrá disponer su patrimonio a libre albedrío.

En esta misma línea de pensamiento, también es necesario hablar respecto al art. 304° que versa sobre renuncia a herencia, legado o donación: el mismo que establece que *“Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro”*<sup>92</sup>.

Respecto al artículo traído a colación podemos observar que: *“la premisa se encuentra recogida en el cuerpo legislativo comprende las liberalidades intervivos (donaciones) y las mortis causa (legados o la institución de heredero), como la herencia de los herederos legales (quienes son llamados a suceder a falta de*

---

<sup>91</sup> Artículo 303° del código civil peruano.

<sup>92</sup> Artículo 304° del Código Civil peruano.

*testamento, entre otros supuestos, artículo 815, sobre herencia legal) y el derecho de los legitimarios, mal llamados herederos forzosos*<sup>93</sup>. Además, en la premisa del artículo en comentario se aduce que el cónyuge que va ser beneficiario por una herencia o legítima, no podrá repudiar la misma sin antes tener el consentimiento de su otro cónyuge, a pesar que dicho beneficio formara parte de su patrimonio privado y no del régimen de sociedad de gananciales.

Al analizar las últimas líneas del art. 304° del código civil peruano, se observa que de alguna manera u otra, no es absoluto el ejercicio respecto a los bienes propios, debido que se están condicionando al consentimiento del cónyuge, todo esto fundamentándose según doctrina peruana en la protección de la institución del matrimonio y consecuentemente la familia; además, podemos observar que al condicionar el ejercicio del cónyuge respecto a sus bienes propios, se otorgaría de una manera indirecta la relevancia de la figura del otro cónyuge en el ámbito patrimonial; y si bien es cierto, que con dicho consentimiento se busca la protección de la familia, también se reconoce que el cónyuge va poder disfrutar los frutos del bien propio.

Por ende, si uno de los cónyuges tiene que dar su consentimiento para poder repudiar una herencia, legado o donación, su participación toma relevancia respecto al ámbito patrimonial dentro del matrimonio, puesto que de manera indirecta dicha aceptación generaría un incremento patrimonial una vez que su cónyuge fallezca. Entonces, con dicha intervención del cónyuge dentro del patrimonio de gananciales, se abren las puertas, para que el cónyuge supérstite pueda ingresar en representación del cónyuge premuerto, en la herencia que recibiría si este se encontrase vivo.

### **3.1.2. El cónyuge supérstite y los deberes del matrimonio.**

Por otro lado, respecto a los deberes del matrimonio, podemos ver que estos surgen al momento que se consolida el acto del matrimonio, acto que según VÁSQUEZ GARCÍA se considera como *“el acto creador de la unión conyugal, vale*

---

<sup>93</sup> Código Civil comentado, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo IV, Lima, 2014.p. 346.

*decir el compromiso que asumen los contrayentes para el cumplimiento de los deberes que les impone su nuevo estado civil*<sup>94</sup>.

Así mismo, podemos ver que con la institución del matrimonio se generan lazos entre la pareja y sus descendientes, de los cuales se desprenden una serie de obligaciones tales como: a) Obligaciones recíprocas entre los esposos; b) derechos y deberes entre los esposos y c) Obligaciones paterno-filiales. Además cabe hacer mención que los deberes y derechos que surgen del matrimonio, vienen a constituir precisamente uno de los efectos del matrimonio.

Es por ello, que es de suma importancia hacer referencia al cónyuge superviviente en relación a los principales deberes que emanan del matrimonio, a simple vista el lector se cuestionará: ¿Qué relevancia tienen los deberes emanados del matrimonio en la representación sucesoria del cónyuge pre-muerto?, la respuesta es sumamente sencilla, pues si el cónyuge superviviente va a representar a su cónyuge pre-muerto, y por ende acrecentar su patrimonio, no sería justo que aquel que va a recibir dichos beneficios, haya hecho caso omiso a los mismos (deberes) durante su matrimonio; con lo afirmado anteriormente, podemos observar que ya se está haciendo mención como una de las condiciones para representar al cónyuge premuerto el cumplimiento de los deberes que emanan del matrimonio, teniendo como base lo expuesto en líneas arriba, vamos a analizar los deberes que se crean convenientes para que se lleve a cabo el ejercicio de la figura de la representación sucesoria del cónyuge pre-muerto.

En el vigente código civil peruano, se destina en el título II de su sección primera a regular un capítulo único denominado derechos y deberes que nacen del matrimonio, capítulo que se encarga de regular las conductas y las relaciones personales entre los cónyuges. En dicha sección del ordenamiento jurídico en lo civil, encontramos a los artículos 288° y 289°, los cuales expresan taxativamente lo siguiente: artículo 288° *“los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad*

---

<sup>94</sup> VASQUEZ GARCIA, Yolanda. Derecho de familia. Editorial Huallaga, Tomo I, Lima, 1998, p.83.

y asistencia”<sup>95</sup>. Así como en su artículo 289° (deber de cohabitación) “*Es el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal*”<sup>96</sup>. De dichos textos normativos se puede desprender que los principales deberes recíprocos que el matrimonio genera para los cónyuges, se reducen fundamentalmente a tres: deber de fidelidad; b) deber de cohabitación o vida común entre marido y mujer; y c) el deber de asistencia. Sin embargo, no se hace mención alguna sobre una noción, y mucho menos a un concepto que defina lo que debe entender por el deber de fidelidad, deber de cohabitación, y el deber de asistencia, por ello recurrimos a la doctrina, la cual nos podrá otorgar un mejor panorama sobre estos dos primeros deberes fundamentales que debe de respetar el cónyuge supérstite.

**a) El deber de fidelidad.**

Según VÁSQUEZ GARCÍA nos hace referencia que en nuestra sociedad se encuentra recogida la figura de la monogamia como parte del régimen matrimonial, lo cual nos lleva a la conclusión de que las parejas que han contraído matrimonio (cónyuges) deben inhibirse de mantener relaciones sexuales con personas que no sea su cónyuge, también debe de abstenerse de realizar actos de intimidad y colosal afectuosidad que sobrepasan los parámetros de lo normal, puesto que dichos actos van a constituir un ofensa evidente a la fidelidad o lealtad que deben guardarse las personas que han contraído el matrimonio. Por ende, los efectos y la fuerza con los que estos derivan del deber de la fidelidad, afecta tanto a la esposa como el esposo<sup>97</sup>.

Para BOSSERT:

*“La fidelidad no puede ser entendida en un sentido estricto, sino todo lo contrario, puesto que la fidelidad comprende un concepto amplio, el mismo que involucra el deber de que cada cónyuge se respete mutuamente y que se abstenga de realizar alguna conducta errada, o entablar una relación que genere un aspecto comprometedor y nocivo*

---

<sup>95</sup> Cfr. Artículo 288° del Código Civil peruano.

<sup>96</sup> Cfr. Artículo 289° del Código Civil peruano.

<sup>97</sup> VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia. Editorial HUALLAGA, Tomo I, Lima, 1998, p.289.

*para la dignidad de su cónyuge. Además esta concepción se encuentra íntimamente ligada a la ética practicada en nuestra sociedad; ética que de manera directa o indirecta influye en las relaciones íntimas entre los esposos; así mismo esta concepción se encuentra vinculada a la institución del matrimonio monogámico, y su fundamento recae en que las personas que han contraído matrimonio deben aceptarse de manera recíproca y exclusiva*<sup>98</sup>.

Según MONGE TALAVERA el deber de fidelidad que se encuentra recogido en el código civil peruano, el mismo que *“impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad, es decir un deber de lealtad. Lo que supone la obligación de no faltar, ofender, deshonrar o humillar al cónyuge; en suma, el deber de no traicionarlo”*<sup>99</sup>. Por ende, de lo mencionado podemos deducir que el deber de fidelidad, no solo está referido a la lealtad, sino que está también abarca tanto a la fidelidad física y moral.

Por el deber de fidelidad física, entendemos que cada cónyuge debe reservar sus favores sexuales o tratos íntimos únicamente a favor del otro; tal y como lo consagra la ley en su artículo 288° del Código Civil peruano, el mismo que les impone como obligación el deber de abstención de actos sexuales con personas que no sean su cónyuge; por ende, la fidelidad física supone:

*“La exclusividad de las relaciones sexuales entre esposos. Por ello, partiendo de la última premisa, se puede afirmar que la infidelidad física consiste en mantener relaciones íntimas con persona diferente al cónyuge lo cual es más conocido como adulterio. La violación del deber de fidelidad no concierne más a la sociedad, incumbe solamente al cónyuge engañado”*<sup>100</sup>

Al analizar la doctrina, podemos observar que la infidelidad no solo se constituye cuando se mantiene relaciones sexuales con personas ajenas a tu cónyuge, sino

---

<sup>98</sup> Cfr. BOSSERT, Gustavo. Manual de derecho de familia. Editorial ASTREA, 6° edición, Buenos Aires, 2004, p.199.

<sup>99</sup>Cfr. MONGE TALAVERA, Luz. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006 P. 235.

<sup>100</sup> Ibídem.

también al realizar actos que demanden escenas amorosas, las mismas que para la doctrina se denominan adulterio blanco.

En este mismo sentido ZEGARRA MULÁNOVICH nos da a conocer que:

*“La fidelidad entraña, en su aspecto negativo, el deber de abstenerse de mantener con persona distinta del cónyuge la intimidad que sólo compete a quienes están casados entre sí (el adulterio es el caso más extremo de violación de este deber); y en su aspecto positivo, principalmente, el deber de cohabitación, o de hacer vida en común en el domicilio conyugal. Es tradicional afirmar que el deber de cohabitación comprende los de compartir el mismo techo (o habitación), mesa y lecho (llamado éste último el débito conyugal por excelencia). El Juez puede suspender el deber de cohabitación (nunca el de fidelidad) cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”<sup>101</sup>.*

Por lo tanto, podemos afirmar que el deber de fidelidad, es la privación al cónyuge de tener accesos carnales con personas distintas a su pareja, puesto que una vez impuesto el matrimonio, estos se deben otorgar amor recíproco y guardarse fidelidad.

#### **b) El deber de cohabitación o vida en común entre marido y mujer.**

El deber de cohabitación o vida en común entre marido y mujer, es aquel mandato interpuesto por el matrimonio, el cual exige que los cónyuges compartan un hogar o residencia en común, en el cual ellos convivan y cumplan con los fines del matrimonio. VASQUEZ GARCIA toma al deber de cohabitación como:

*“La unidad de domicilio, que significa para el efecto de la ley, el hecho natural de la vida común constante y no interrumpida en un mismo lugar. La residencia conyugal constituye el aspecto exterior y el soporte material del deber de cohabitación, del cual se desprende que, siendo el techo común, lo son también la mesa y el lecho”<sup>102</sup>.*

---

<sup>101</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática. Editorial Palestra editores, Lima, 2009, p.188. obtenido y encontrado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/252988454>.

<sup>102</sup> VASQUEZ GARCIA, Yolanda. Op. Cit. p. 290.

De ello se puede desprender que el deber de cohabitación o vida en común, aduce a la vida común de los cónyuges, el ejercicio del mismo bajo un domicilio. En esa línea de pensamiento MONGE TALAVERA hace mención que deber el deber de hacer vida en común implica:

*“Una comunidad física, lo que engloba el deber conyugal propiamente dicho. En efecto, el deber de vivir juntos alude públicamente a la comunidad de lecho, a las relaciones sexuales conyugales. Estas últimas constituyen uno de los deberes conyugales por excelencia, debitum conyugale. Si la unión de sexos no es una condición formal del matrimonio, es un efecto natural de éste. Y que fuera de la copula carnales, el deber de cohabitación engloba, finalmente, un aspecto económico. Como se dice corrientemente, compartir juntos la vida significa compartir juntos el mismo pan. La unión personal de los esposos se prolonga en principio en una unión patrimonial, la cual se expresa en la constitución de la sociedad de gananciales; y aun cuando los cónyuges hayan optado por el régimen de la separación de patrimonios, queda subsistente la obligación común de asumir juntos los gastos que conlleva la vida común<sup>103</sup>.”*

Por lo tanto, de los párrafos señalados líneas arriba, podemos alegar que el deber de cohabitación o vida en común, se llega a desarrollar en su totalidad cuando la pareja de esposos residen en el domicilio conyugal, lugar que es escogido por ambos cónyuge para desarrollar juntos su vida marital.

### **c) El deber de asistencia.**

Respecto al deber de asistencia, podemos alegar que es aquella imposición que se exige a los esposos para brindarse ayuda mutua, es decir, el deber de asistencia es el apoyo que se otorgan los cónyuges tanto en el ámbito moral como en el ámbito económico, para así poder superar los conflictos que se van presentando durante el transcurso de la vida, puesto que nadie sabe que nos depara el futuro; así mismo, el deber de asistencia se ejercitará recíprocamente y según las circunstancias lo requiera. Sin embargo, podemos decir que, en general, *“el deber de asistencia comprende, por un lado, la obligación mutua de cooperar*

---

<sup>103</sup> MONGE TALAVERA, Luz. Código Civil comentado por Los 100 mejores especialistas, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006.p. 239.

*en las labores domésticas, y por otro lado, abarca la obligación de prodigarse cuidados mutuos*<sup>104</sup>.

Así mismo ZEGARRA MULÁNOVICH nos da a conocer que el deber de la asistencia entre los cónyuges, comprende:

*“Derechos y deberes recíprocos de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. En ese sentido, compete a los dos cónyuges, actuando de común acuerdo, fijar y mudar el domicilio conyugal, decidir las cuestiones relativas a la economía del hogar y cooperar para prestar a los hijos comunes los alimentos y la educación que requieren. Pero si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al hogar y al cuidado de los hijos, el deber de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo*<sup>105</sup>.

En ese mismo sentido, VÁSQUEZ GARCÍA, manifiesta que el deber de asistencia trata de *“una mutua compenetración integral que une permanentemente a los cónyuges, tanto en la ventura, como en la adversidad; se trata de un deber de contenido ético, sentimental, de una comunidad moral] de vida, consagrada por la ley ya como un deber jurídico*<sup>106</sup>. Por consiguiente, el deber de asistencia viene a ser la colaboración que existe entre los esposos, ya sean en casos de desdicha, enfermedad o de felicidad; dicha asistencia fundamentándose en el amor que han construido los cónyuges durante su vida marital y por ende en los fundamentos éticos que respaldan dicho deber; por ello es necesario afirmar que el cumplimiento del deber de asistencia, no es resultado de la aplicación de una norma establecida por el legislador, sino que es consecuencia del amor recíproco que existe entre los cónyuges.

Por otro lado, BOSSERT hace mención que deber de asistencia al igual que el deber de fidelidad:

---

<sup>104</sup>MONGE TALAVERA, Luz. Código Civil comentado por Los 100 mejores especialistas, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006.p.237.

<sup>105</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. op cit, p.188. obtenido y encontrado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/252988454>.

<sup>106</sup> VASQUEZ GARCIA, Yolanda. Op. Cit. p. 291.

*“Son una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. La misma que se impone los cónyuges para ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida. La medida y las modalidades del deber de asistencia dependen de las costumbres y de las circunstancias”<sup>107</sup>.*

Por lo tanto, en lo que concierne sobre el deber de asistencia, el cual tiene como fundamentos principales al amor recíproco, la unión y la ayuda incondicional entre los cónyuges; no solo se desempeña en el plano moral, sino también en el económico, puesto que ayudará a solventar los gastos económicos en el caso de suceder tragedia alguna. Además cabe resaltar que en momentos difíciles es donde se muestra el verdadero significado de la solidaridad conyugal, puesto que los cónyuges cooperarán unos a otros de manera desinteresada para que superen los obstáculos que se presentan en el camino de la vida marital, y es así que la pareja de esposos cumplen con el deber de salvaguarda.

### **3.2. El cónyuge supérstite, su regulación y sus condiciones para el ejercicio de la representación sucesoria.**

En nuestra legislación Peruana, observamos que existe un vacío en lo que concierne a la representación sucesoria del cónyuge premuerto en el caso de existir o no herederos forzosos como son los hijos (art.724 del código civil); regulándose únicamente la representación sucesoria en línea recta y en línea colateral, tal y como se encuentran recogidos en los Art. 682° y 683° del código civil peruano. Por un lado en el Art. 682° que regula la representación en línea recta: la misma que nos da a conocer que: *“En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna”<sup>108</sup>*. Por otro lado el Art. 683° que regula la representación en línea colateral: establece que: *“En la línea colateral solo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los*

---

<sup>107</sup> BOSSERT, Gustavo. Op. Cit. p.202

<sup>108</sup> Artículo 682° del Código Civil peruano.

*hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681”<sup>109</sup>.*

Ante tal vacío, surge la necesidad de inmiscuir dentro del cuerpo legislativo la institución de la representación del cónyuge supérstite, de manera símil a lo regulado en la legislación Argentina, la cual a través de la Ley 17.711 del año 1968 introduce dentro de su cuerpo normativo el artículo 3576 bis, el mismo que recoge la siguiente premisa: *“La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones”<sup>110</sup>.*

Por lo tanto, en caso que el cónyuge supérstite, concurra o no con herederos forzosos, se le otorgaría el derecho de formar parte en la partición de la masa hereditaria dejada por los suegros; para ello, el cónyuge supérstite deberá cumplir ciertas condiciones para poder ejercer el derecho de representación del cónyuge premuerto. Puesto de no ser de esta manera, se estaría beneficiando a aquellos cónyuges, que se encontrasen viviendo separados, los que se encontrasen en proceso de separación o aquellos que no cumplieron con los deberes fundamentales del matrimonio; es por ello la necesidad de exigir ciertas condiciones para su ejercicio.

### **3.3.1. Condiciones para que opere la representación sucesoria del cónyuge premuerto.**

Antes de abordar el tema sobre las condiciones que todo el cónyuge supérstite debe cumplir para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto, es de suma importancia tener en cuenta las requisitos que se establecen para el ejercicio de representación sucesoria en el CCP, puesto que de

---

<sup>109</sup> Artículo 683° del Código Civil peruano.

<sup>110</sup> Artículo 3576 bis del Código Civil de la Nación de Argentina.

no encontrarse presente, no podrá realizarse la misma; ante lo mencionado, AGUILAR LLANOS nos manifiesta lo siguiente:

*“En primer lugar, resulta necesaria la existencia de una sucesión abierta para que comience a funcionar la representación sucesoria, pues si el causante estuviera vivo no podríamos hablar de herencia alguna y serían irrelevantes los supuestos de la procedencia de la institución; así, la premorencia de uno de los herederos no tendría repercusión alguna en tanto aún no se ha abierto la sucesión del causante; en cuanto a la renuncia, como sabemos, no es posible renunciar herencias futuras; y, en cuanto a la indignidad, ella opera judicialmente luego de abrirse la sucesión, mientras que la desheredación sólo cabe por testamento, el cual sólo va a tener efecto al producirse el deceso del testador abierta la sucesión del causante, debe haber una primera convocatoria o llamado a los herederos, y si los herederos o alguno de ellos no es hábil para heredar, y no lo es por premorencia, renuncia, indignidad o desheredación, entonces se procede al llamado de sus descendientes”<sup>111</sup>.*

En ese mismo sentido, BORDA Y ZANNONI, refieren sobre los requisitos para la representación sucesoria lo siguiente:

*“La ley sólo requiere que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión. Por otro lado se cree que la misma razón de equidad que justifica la representación se da en el tema de la conmorencia a fin de no dejar de lado a los descendientes del heredero, a la par de que, como ya se señaló, el supuesto de que el heredero (representado) no sea hábil cuando se abre la sucesión”<sup>112</sup>.*

Por otro lado, LOHMANN LUCA DE TENA, manifiesta que los requisitos para el ejercicio de la representación sucesoria, se encuentran establecidos de manera implícita en el artículo 681° del Código Civil peruano, el cual nos menciona a la capacidad sucesoria, el vínculo familiar, la capacidad sucesoria y el grado ocupable como requisitos para su ejercicio; respecto al grado ocupable, es de suma importancia dar a conocer que existen cuatro casos dentro de este requisito,

---

<sup>111</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, Editorial Pacifico Editores S.A.C, Lima, 2014, p.50.

<sup>112</sup> BORDA, Guillermo. Tratado de derecho civil Argentino. Sucesiones, Tomo II, Buenos Aires 1964.p. 236.

los cuales vendrían a ser los siguientes: la premoriencia, la renuncia, la indignidad y la desheredación<sup>113</sup>.

Respecto a la premoriencia, podemos decir que, una vez que haya fallecido el causante, los descendientes pasan a ocupar el grado que tenía el este antes de fallecer, y así de esta manera poder conservar las variedades de ramas; el autor nos manifiesta que: *“La premoriencia como opuesta a la postmoriencia, que solo causa representación cuando hay renuncia, indignidad o desheredación; pero hay un grado intermedio no regulado: que es la conmoriencia, pero como bien se sabe y así lo establece en su Art. 62° del CCP, cuando no se pueda probar cuál de dos personas falleció primero se las reputa fallecidas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión hereditaria”*<sup>114</sup>.

Ante la conmoriencia, VATTIER FUENZALIDA nos manifiesta que no procederá sucesión alguna, y se aplicara lo establecido en el Art. 62° del CCP que establece que: *“si no se puede probar cual de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo, y entre ellos no hay transmisión de derechos hereditarios”*<sup>115</sup>; por ello, pare el autor, *“la conmoriencia equivaldría a la inexistencia del sucesor y no a la premoriencia, entonces al no darse la representación los otros hijos hábiles del causante acrecen su cuota y, de no haber hijos del causante, los descendientes de quien podría haber sido representado heredan como nietos del causante”*<sup>116</sup>.

En lo concerniente a la renuncia, esta *“surge cuando el ascendiente ha renunciado a la herencia; por ende, el efecto práctico de la renuncia es un acto de disposición patrimonial sin contraprestación alguna”*<sup>117</sup>. Ante tal concepto, surgen dos posturas, por un lado encontrándose la tesis de PONTES DE MIRANDA el cual

<sup>113</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA. Derecho de sucesiones. Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Lima, 2018, pp. 236-239.

<sup>114</sup> LOHMANN LUCA DE TENA. Op Cit. p. 236.

<sup>115</sup> ARTICULO 62° del Código Civil Peruano.

<sup>116</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos. El derecho de representación en la sucesión “mortis causa”. editorial Montecorvo, Madrid, 1986, p.325.

<sup>117</sup> LOHMANN LUCA DE TENA. Op Cit. p.237.

señala que *“el derecho de representación sucesoria en caso de renuncia lo concibe como una exageración legal, porque en el fondo conlleva una renuncia que necesariamente actúa en favor de los descendientes del renunciante, lo que equivale a una transmisión forzosa de derecho sucesorio a los descendientes a una transmisión patrimonial impuesta”*<sup>118</sup>; y por otro lado, la tesis sostenida por ZANNONI *“el cual estima que la representación es engañosa, porque en realidad no se trata de representar al renunciante, sino que los representantes son llamados por ley, no por voluntad del representado”*<sup>119</sup>; por ende, *“no existe herencia atribuida, sino que el heredero lo es porque este así lo desea y no por obligación”*<sup>120</sup>.

Respecto los plazos para repudiar la herencia, FERRERO COSTA, nos trae a colación lo siguiente:

*“El plazo para renunciar es de tres meses si el heredero está en la República, y de seis meses si está en el extranjero, no interrumpiéndose por causa alguna. Se entiende que se computa desde la apertura de la sucesión, o sea al momento del fallecimiento del causante, aunque el Código no lo dice. El Proyecto de la comisión Revisora expresó que estos plazos se contaban desde la presentación del inventario en el caso del heredero que quería suceder intra vires hereditatis, y desde la muerte del causante en los demás”*<sup>121</sup>.

En cuanto a la Indignidad y desheredación, se puede decir que son supuestos que el precepto califica como de pérdida de la herencia. Respecto a la calificación de pérdida, podemos decir que es una expresión inapropiada, puesto que ella nunca se pierde.

---

<sup>118</sup> PONTES DE MIRANDA, F. Tratado de Derecho privado; derecho de sucesiones. Editorial Borsoi, Rio de Janeiro, 1968.p. 269.

<sup>119</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de las sucesiones. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982. p. 22.

<sup>120</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de las sucesiones, cuarta edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 221

<sup>121</sup> FERRERO COSTA, Augusto. CÓDIGO CIVIL COMENTADO POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS, Tomo IV, Derecho de sucesiones, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006 P.60

*“En el caso de indignidad hay una privación del derecho; una exclusión; y en la hipótesis de desheredación el desheredado no llega a perder una herencia a la que nunca accede, precisamente porque ab initio ha sido apartado de ella, de modo que nunca ha habido delación en su favor; el testador, excepcionalmente, deroga con su disposición testamentaria el llamamiento que la ley hubiera hecho en favor del desheredado”<sup>122</sup>. Además, en lo que concierne a la indignidad, podemos afirmar que: “Esta es declarada judicialmente, debiendo accionarse dentro del año de la toma de posesión del bien o los bienes de la herencia; también se retrotrae a la apertura de la sucesión y en cuanto a la desheredación, ésta sólo aparece por testamento y sus efectos también son retroactivos al momento de la apertura de la sucesión”<sup>123</sup>.*

Después de haber analizado los requisitos necesarios para ejercer la institución de la representación en el derecho sucesorio; es de suma importancia en el caso del cónyuge supérstite, que se añadan condiciones especiales para representar cónyuge premuerto, puesto que los requisitos establecidas por el legislador dentro del cuerpo legislativo, no son suficientes para acreditar la viabilidad de la representación del cónyuge premuerto.

Ante lo mencionado en el párrafo anterior, cabe preguntarse: ¿Qué relevancia tienen las condiciones especiales dentro de la figura de la representación sucesoria del cónyuge premuerto?, ante la interrogante planteada, podemos decir que son sumamente importantes, pues ellas son las que otorgaran la viabilidad al cónyuge supérstite para representar al cónyuge premuerto; puesto que de ejercer la representación sucesoria, el cónyuge supérstite va obtener la herencia que le correspondiese al cónyuge premuerto si este se encontrase con vida; y no sería justo que aquel que va a recibir dichos beneficios y acrecentar su patrimonio, haya hecho caso omiso a dichas condiciones durante su vida marital. Por lo tanto se

---

<sup>122</sup> LOHMANN LUCA DE TENA. Op. Cit. p.238..

<sup>123</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, Editorial Pacifico Editores S.A.C, Lima, 2014, p. 50.

requerirá el cumplimiento de las mismas para representar al cónyuge premuerto, y de no ser así, este será excluido de la “*vocación hereditaria*”<sup>124</sup>.

Para un mejor entendimiento sobre el vacío legal sobre la representación sucesoria del cónyuge premuerto en nuestra legislación peruana, procedemos a formular 02 casos hipotéticos:

**Caso 1:** A contrae matrimonio con B, y en el transcurso del tiempo, A se da cuenta que B es una persona muy inteligente, y que si contara con estudios superiores, generaría un ingreso mayor para la familia y así gozar de una estabilidad económica, para luego poder concebir al hijo anhelado, razón por lo cual A decide aplazar ciertas metas personales y apoyar B para que pueda estudiar.

Luego de unos años B se convierte en un gran abogado, y por motivos de trabajo siempre andaba viajando por los diferentes departamentos del Perú, hasta que en un accidente de tránsito B pierde la vida.

**Caso 2:** A contrae matrimonio con B, y en el transcurso del tiempo, A se da cuenta que B es una persona muy inteligente, y que si contara con estudios superiores, generaría un ingreso mayor para la familia y así gozar de una estabilidad económica, para luego poder concebir al hijo anhelado, razón por lo cual A decide aplazar ciertas metas personales y apoyar B para que pueda estudiar.

Luego de unos años B se convierte en un gran abogado, y por motivos de trabajo siempre anda viajando por diferentes los departamentos del Perú; lo cual suscito que B mantenga una relación extramatrimonial con C y que producto de la misma procrearan a D. Al haberse enterado A de esta situación, decide perdonar la infidelidad de B, y seguir adelante con su matrimonio, sin embargo meses más tarde B fallece en un accidente de tránsito.

---

<sup>124</sup> La vocación hereditaria, es el llamamiento a la herencia. Cfr. FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de derecho de sucesiones. Novena edición, editorial Pacífico Editores, Breña, 2016. p. 173.

Ante tales supuesto, analizaremos si el cónyuge supérstite, representará al cónyuge premuerto, al momento que se aperture la sucesión de los suegros, y cuáles serán las condiciones que debe cumplir el cónyuge supérstite para el ejercicio del mismo.

Como bien sabemos, el derecho de familia es el fundamento del derecho de sucesiones, por ello tiene como una de sus funciones primordiales, la protección de uno de los socios de la sociedad conyugal posterior al fallecimiento de alguno de ellos; es decir velar por el cónyuge supérstite, sobre todo en su nueva etapa de vida, la cual va seguir hacia delante pero sin la compañía de su cónyuge.

Al analizar la situación del cónyuge supérstite, debemos reconocer que se trata de un sucesor privilegiado, debido que su derecho hereditario se basa en función al rol fundamental que cumplió dentro de la familia, además se trata de reconocer el valor y trascendencia de la institución familiar; por lo tanto, con la representación sucesoria del cónyuge premuerto, se pretende otorgar al cónyuge supérstite una estabilidad y seguridad económica, para no permitir que este quede desamparado, o de encontrarse inmerso, este salga de esa situación;

En la **CAS. N° 862-95-LIMA** del 14 de octubre de 1996, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció reconociendo que doña Aurora Valencia Moya (demandante) había acreditado su condición de nuera de la causante doña María Inés Gutiérrez de Quintanilla viuda de Galdós, ya que había estado casada con César Emilio Galdós Gutiérrez de Quintanilla, quien fue su difunto esposo, y respecto del cual ella era su única y legítima heredera como cónyuge supérstite.

Decisión que fue tomada por el juez, en aras a una correcta administración de justicia, puesto que deviene aplicable la previsión contenida en el Art. Octavo del Título Preliminar del CCP, por ende, se debe reconocer el derecho de su referido esposo, Cesar Galdós como heredero de la causante, María Inés Gutiérrez

quintanilla viuda de Galdós; que a tenor del Art. 825° del CCP la recurrente tiene expedito su derecho a la herencia que le corresponde a su cónyuge referido;

Así mismo, en la **CAS. N° 2026-2016 JUNIN**, el yerno demanda ser incluido en la partición y división del inmueble dejado en herencia por su suegra. Por otro lado, la parte demandada alega que es un imposible jurídico, puesto que únicamente pueden heredar los descendientes del causante en línea recta y en línea colateral hasta el segundo grado, conforme con lo dispuesto por el artículo 681° del Código Civil, por lo que denuncian la infracción normativa de dicho artículo. Sin embargo, en primera instancia se declara fundada la demanda y la segunda instancia confirma esta sentencia.

La Corte Suprema, luego del examen de los argumentos expuestos, advierte que el actor no pretende heredar por representación a su suegra, dado que, en los términos del artículo 681° del Código Civil, ello exigiría ser descendiente de dicha señora y que su esposa hubiera muerto antes que esta, sino el derecho que alega es el de sucesor directo de su esposa, dado que ella sobrevivió a su causante, y los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia ya ingresaron a su patrimonio. De allí que sus herederos, entre ellos su cónyuge, puedan reclamar el porcentaje que les corresponde.

Por otro lado, cabe recalcar que así como los casos hipotéticos, existen matrimonios donde uno de los cónyuges trunca sus proyectos personales con la finalidad de apoyar a su compañero de vida, sin embargo, a veces el resultado no es lo esperado, debido a circunstancias que se presentan en el transcurso de la vida (accidentes, divorcios, etc), lo cual conlleva que el cónyuge se quede desprotegido, tal y como lo es en el caso del TERCER PLENO CASATORIO, **CAS. N° 4664-2010**, Puno, del 18 de marzo de 2011:

Donde el Sr. Huaquipaco Huanco Rene, interpone una demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra la Sra. Ortiz Velasco Catalina, quién adicional a la contestación de la demanda, interpone reconvención a la misma, en

la cual solicita una indemnización por daños y perjuicios por la suma ascendiente a S/.250,000 (DOSCIENTOS CINCUENTA MIL SOLES), la cual en primera instancia, el juez declaró fundada la demanda en su totalidad; y de manera parcial la reconvencción, concediéndose así la una indemnización de S/. 10,000 (DIEZ MIL SOLES) como consecuencia de la separación de hecho, debido que la cónyuge ha sufrido un menoscabo en su esfera moral, patrimonial y al daño de su proyecto de vida; ante dicha sentencia el demanda el demandante apela la misma y la corte Superior la confirmó el monto otorgado en la reconvencción.

Si bien es cierto, la figura del PLENO CASATORIO es distinta a lo que se pretende regular en nuestra legislación (el conyugue supérstite y las condiciones para el ejercicio de la representación sucesoria del conyugue premuerto ante la concurrencia o no de herederos forzosos), sin embargo se puede evidenciar que en los casos existe un denominador común, que es la frustración al proyecto de vida *“aquella lesión que desordena el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser, además de truncar de raíz el sentido valioso de la vida”*<sup>125</sup>, puesto como se dijo en párrafos anteriores, existen matrimonios donde uno de los cónyuges trunca su proyecto de vida, por ayudar al otro cónyuge; en el supuesto del PLENO CASATORIO, para solucionar dicho menoscabo, se realiza una indemnización, sin embargo, en los casos planteados, dicha solución no podría llevarse a cabo puesto que el cónyuge ha fallecido; por lo cual, para equiparar dicho menoscabo del cónyuge supérstite, debe permitirse que este represente al cónyuge premuerto en la sucesión de sus ascendientes.

En cuanto a la concurrencia del cónyuge supérstite con un heredero forzoso, tal y como es el caso del hijo extramatrimonial, nuestra legislación civil vigente, nos indica que el hijo representará a su ascendiente, y por ende, va heredar los bienes

---

<sup>125</sup> Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “¿Existe un daño al proyecto de vida? DirecciónURL: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>

que correspondiese al causante si este se encontrase con vida; con tal normativa, se deja completamente de lado al cónyuge supérstite, el cual ha velado por el bienestar de su cónyuge, quien brindó apoyo para que su cónyuge se desarrolle como profesional, quien muchas veces ha sacrificado sus proyectos personales por conseguir una mejor vida para ambos; es decir el con cónyuge supérstite queda completamente desprotegido, y no se toma en cuenta el rol que este ha realizado durante el matrimonio; por lo tanto, con exclusión del cónyuge supérstite transgredimos el fundamento principal del derecho sucesorio, que es la familia.

Por tales motivos, y en merito a la protección a la familiar, en aquellos casos donde el cónyuge supérstite concorra con un heredero forzoso, deben heredar de manera igualitaria, y así evitar que ambos queden desprotegidos.

**a) Que no haya existido la separación de hecho entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto.**

Antes de ahondar en lo que concierne a esta condición, es necesario precisar que la institución del matrimonio se basa sobre derechos y deberes, los mismos que vienen a formar el fundamento de la institución del matrimonio; y se encuentran recogidos en la normativa vigente en el capítulo único el título II, denominado deberes y derechos que nacen del matrimonio.

El legislador a través del artículo 289° que versa sobre el deber de cohabitación, nos dice que *“Es el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal”*<sup>126</sup>; por ende, podemos aducir que las personas que han contraído matrimonios se encuentran obligadas a mantenerse juntas en el “domicilio conyugal”, puesto que estos tienen el deber de ayudarse mutuamente para el desarrollo de la familia, y así mismo la convivencia marital, y de no cumplirse esta última, como vendría a ser el caso de de la separación de hecho, desnaturalizaría la institución del matrimonio, puesto que ya no se estarían cumpliendo estos deberes fundamentales que tiene como finalidad mantener unida a la familia; por lo tanto,

---

<sup>126</sup> Cfr. Artículo 289° del Código Civil peruano.

el cónyuge supérstite que incurrir en esta causal, no se encontrara habilitado para el ejercicio de la representación sucesoria de su cónyuge premuerto.

Respecto a nuestra realidad jurídica, el caso de la separación de hecho no generaría la exclusión dentro del proceso sucesorio al cónyuge supérstite, puesto que dicha supuesto no viene a formar parte de alguna causal de indignidad recogida dentro del artículo 667° el mismo que establece que son exceptuados de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

- “1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.*
- 2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.*
- 3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad.*
- 4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.*
- 5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado”.*<sup>127</sup>

Y tampoco forma parte de una causal de desheredación, tal y como lo podemos observar en el Artículo 746, el cual nos dice: *“son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el artículo 333, incisos 1 a 6.”*<sup>128</sup> Remitiéndonos únicamente a las causales de divorcio; por ende en lo que concierne el caso de la separación de hecho, debe formar parte de una exclusión a la vocación hereditaria, puesto que este acto desnaturaliza la institución del matrimonio.

Por otro lado, podemos observar que para combatir el supuesto de la separación de hecho entre marido y mujer, el legislador en protección de la institución del matrimonio, ha recogido en su cuerpo legislativo ciertas sanciones que recaerán

---

<sup>127</sup> Cfr. Artículo 667° del Código Civil peruano.

<sup>128</sup> Cfr. Artículo 746° del Código Civil peruano.

sobre aquella persona que fue la culpable de la separación de hecho; tal y como se encuentra recogido en el artículo 324° del Código Civil peruano el cual nos dice que: “en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación”<sup>129</sup>; de lo alegado en dicho párrafo, se puede aducir que el legislador, al momento de establecer dicho artículo, tenía como objeto buscar la unidad conyugal; puesto que dicho texto normativo se encuentra dirigido a desincentivar que los cónyuges desnaturalicen la figura del matrimonio.

En lo que concierne a la separación de hecho, podemos afirmar que el cónyuge supérstite no será excluido, puesto que en nuestro código vigente no la regula como una causa que inhabilite al llamamiento hereditario; y únicamente regulándose sanciones a las personas que realicen dicho acto, debido a que violan al deber de cohabitación, tal y como lo manifestamos en párrafos anteriores. Por lo tanto, ante tal vacío, el legislador, debe modificar la parte de la sucesión Intestada, y regularse la separación de hecho como un supuesto que genere la exclusión sucesoria, puesto que dichas conductas realizadas por los cónyuges infringen de manera directa el deber de cohabitación.

**b) Que el cónyuge supérstite no se encuentre inmerso en un proceso de divorcio con su cónyuge premuerto.**

Como bien sabemos, así como los la personas que están decididas a contraer matrimonio, también son ellos los que se encuentran facultados para ejercer el derecho a divorciarse, por ende, ninguna persona distinta a ellos puede ejercer dicho derecho. Pero para llegar a tal punto en que los cónyuges deseen divorciarse, se puede evidenciar que existe un incumplimiento respecto a los deberes conyugales (deber de fidelidad, deber de asistencia, deber de cohabitación); y por ende tratar de subsumir dicho incumplimiento de deberes en

---

<sup>129</sup>Cfr. Artículo 324° del Código Civil peruano.

una causal de divorcio, las misma que se encuentran recogidas en el artículo 333° y nos establece que son causas de separación de cuerpos los siguientes:

- “1. *El adulterio.*
2. *La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.*
3. *El atentado contra la vida del cónyuge.*
4. *La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.*
5. *El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.*
6. *La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.*
7. *El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.*
8. *La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.*
9. *La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.*
10. *La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.*
11. *La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.*
12. *La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.*
13. *La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio*<sup>130</sup>.

En nuestra legislación peruana, podemos observar que si se llegara a producir el fenecimiento de uno de los cónyuges durante el tiempo que requiera el proceso de divorcio, el cónyuge supérstite va a mantener su vocación hereditaria y así podrá conjuntamente concurrir con los demás herederos al momento de otorgamiento de la herencia, y este únicamente podrá ser excluido ya sea por causa de indignidad o por causa de desheredación.

Por otro, con dicha condición, lo que se pretende es excluir al cónyuge supérstite de la vocación sucesoria de la herencia dejada por los suegros, puesto que estos al momento de tomar la decisión de divorciarse eran conscientes que uno respecto al otro perdería el derecho a heredar.

---

<sup>130</sup> Cfr. Artículo 333° del Código Civil peruano.

**c) Que el cónyuge supérstite haya dado cumplimiento de los deberes del matrimonio.**

Al momento que dos personas deciden juntarse y hacer una vida en común, no solo pasan a conformar una sola esfera, sino que también se someten a las normas de nuestra legislación, las mismas que establecen deberes que deben guardarse mutuamente, por ello se dice, que con la institución del matrimonio se generan lazos entre la pareja y sus descendientes, de los cuales se desprenden una serie de obligaciones tales como: obligaciones recíprocas entre los esposos; derechos y deberes entre los esposos y Obligaciones paterno-filiales.

Además cabe hacer mención que los deberes y derechos que surgen del matrimonio, vienen a constituir precisamente uno de los efectos del matrimonio; que según VÁSQUEZ GARCÍA se considera como *“el acto creador de la unión conyugal, vale decir el compromiso que asumen los contrayentes para el cumplimiento de los deberes que les impone su nuevo estado civil”*<sup>131</sup>.

Por ello, si el cónyuge supérstite va a representar a su cónyuge premuerto en concurrencia o no con herederos forzosos, es de suma importancia, verificar si aquel ha dado cumplimiento a dichos deberes, puesto que no sería justo que aquel que va a recibir dichos beneficios y por ende acrecentar su patrimonio, haya hecho caso omiso a los deberes durante su matrimonio.

**d) Que el cónyuge supérstite no vuelva a contraer matrimonio.**

El cónyuge supérstite en concurrencia o no con herederos forzosos, que pretenda adquirir la herencia que hubiese correspondido al cónyuge premuerto de encontrarse con vida; al momento de abrirse la sucesión de los padres del cónyuge fallecido, el cónyuge supérstite no debe haber contraído nuevo matrimonio, puesto que con dicha participación en la sucesión, se pretende proteger al cónyuge supérstite y darle una mejor calidad de vida, la misma que se

---

<sup>131</sup> VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de familia. Editorial Huallaga, Tomo I, Lima, 1998, p.83.

dejara de lado, de contraer el mismo; puesto que el cónyuge supérstite pasara a formar una nueva familia, por ende, entre los cónyuges deben guardarse obligaciones recíprocas, tal y como lo es la asistencia; del mismo modo se operaba en el derecho romano con la cuarta marital, puesto que si la viuda repetía matrimonio, perdía el dominio de los bienes en qué consistía, y solo conservaba el usufructo, caso de existir hijos del matrimonio primero, considerándose como un castigo al nuevo matrimonio contraído.

### **3.3. Propuesta de reforma legislativa.**

#### **3.3.1. Exposición de motivos.**

La presente propuesta legislativa se fundamenta, en la protección de la familia, tal y como lo reconoce la constitución política del Perú en su art.4º, el cual establece lo siguiente: *“La comunidad y el estado protegen especialmente al niño, adolescente, a la madre y anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueve el matrimonio. Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”*<sup>132</sup>

Ante lo descrito, podemos ver que la institución del matrimonio se encuentra orientada a la realización del bien común, y siendo el mecanismo necesario para lograr determinado fin, busca mantener una relación sólida y protegida, la cual brindará una estabilidad emocional y económica;

Como se ha mencionado en el párrafo anterior, el matrimonio busca dar una estabilidad a la pareja, pero así mismo se impone deberes y obligaciones que los cónyuges deben cumplir, para mantener dicha institución, tal y como es el deber de fidelidad, el deber de cohabitación y el deber de asistencia, los cuales contribuirán que los cónyuges cooperen unos a otros de manera desinteresada para que superen los obstáculos que se presentan durante la vida marital, y así salvaguardarse entre ellos.

---

<sup>132</sup> Artículo 4º de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, se deja en desamparo al cónyuge supérstite, puesto que este no va contar con el apoyo de su compañero de vida, lo cual amerita que dicha figura sea tratada de manera especial, razón por lo cual, los cónyuges supérstites, vienen solicitando a los juzgados, el reconocimiento de su derecho, tal y como sucede en los siguientes casos: **CAS. N° 862-1995** - Lima del 14 de octubre de 1996; **CAS. N° 2460-2002** - La Libertad del 04 de septiembre de 2002 y **CAS. 2026-2016-Junin**;

Si bien es cierto, la sucesión hereditaria se basa en el grado de parentesco, y este va excluyendo de acuerdo al orden de prelación entre los descendientes, ascendientes y colaterales; también se debe incluir al cónyuge supérstite, puesto que se trata de un sucesor privilegiado, el cual ha ganado su derecho hereditario en función al desempeño del rol que cumplió dentro de la familia, quien en muchas circunstancias ha frustrado su proyecto de vida *“Daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital”*<sup>133</sup>, por apoyar a su cónyuge premuerto.

Según el Art. 816° del CCP, establece que: *“Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo”*<sup>134</sup>; Ante lo descrito en el párrafo precedente, observamos que nuestra legislación de manera indirecta, recoge indicios para el ejercicio de la representación sucesoria del cónyuge premuerto y de regularse dicha institución, el cónyuge supérstite como heredero, tendrá el

---

<sup>133</sup> De Cupis, Adriano, “El daño”, Bosch, Barcelona, 1975, p. 320.

<sup>134</sup> Artículo 816° del Código Civil peruano.

mismo porcentaje que los demás herederos concurrentes en la sucesión de los suegros.

### **3.3.2. Efecto de la norma a regular.**

Como podemos ver, en nuestra legislación no se ha regulado la representación sucesoria del cónyuge premuerto, ante la concurrencia o no de herederos forzosos, por lo cual, con la presente investigación se propone la inclusión de dicha figura, puesto que, con su regulación se otorgara al cónyuge sobreviviente, una estabilidad y seguridad económica, para que este no se quede desamparado, es decir, velar por su bienestar, sobre todo en su nueva etapa de vida, la cual va seguir hacia delante pero sin la compañía de su cónyuge.

Por otro lado, el cónyuge supérstite que va ejercer la representación sucesoria de su cónyuge premuerto, y va obtener una herencia que a este le correspondiese si se encontrase con vida, es necesario que cumpla con condiciones especiales para su ejercicio, puesto que las condiciones establecidas por el legislador dentro del cuerpo legislativo, no son suficientes para acreditar la viabilidad del cónyuge que va a representar al cónyuge premuerto;

### **3.3.3. Análisis costo beneficio.**

La presente iniciativa no genera gasto al tesoro público, ni representa gasto significativo a ningún sector, porque el espíritu de la norma es brindar una mayor protección jurídica a las personas consideradas socialmente vulneradas.

### **3.3.4. Planteamiento de la norma a regular.**

## **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

### **TÍTULO V: REPRESENTACIÓN**

#### **Herederos por representación**

**Artículo 681º.-** Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a

éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

### **Representación en línea recta**

**Artículo 682º.-** En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna.

### **Representación en línea colateral**

**Artículo 683º.-** En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el Artículo 681º.

## **ARTICULO A INTEGRARSE**

### **Artículo 683º BIS.- Del cónyuge supérstite**

De sobrevivir el cónyuge supérstite al fallecimiento de los padres de su cónyuge premuerto, aquel representará al mismo, y en caso de concurrir con herederos forzosos, el cónyuge supérstite heredará el mismo porcentaje; siempre y cuando cumpla las siguientes condiciones:

- 1) Que no haya existido separación de hecho entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto.
- 2) Que no exista proceso de divorcio entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto.
- 3) Demostrar que ha cumplido con los deberes del matrimonio, y
- 4) No contraer nuevo matrimonio.

Con la presente propuesta legislativa, se va a solucionar aquel vacío respecto al cónyuge supérstite en nuestra legislación peruana, con ello otorgando una estabilidad y seguridad económica al cónyuge sobreviviente, para que este no quede desamparado, es decir, velar por su bienestar; así mismo, con la regulación de la figura planteada, se otorgara a los tribunales que imparten justicia, aquellas

condiciones que deben cumplir los cónyuges supervivientes en concurrencia o no de herederos forzosos, al momento de solicitar su participación en la sucesión de los ascendientes del cónyuge premuerto; y así evitar el acrecentamiento patrimonial de aquellas personas que no cumplan con dichas condiciones.

## CONCLUSIONES

- Desde las posturas del derecho Romano y el derecho Germano, se concluye que el derecho sucesorio responde a tres propósitos, religioso, familiar y moral; respecto al primero, podemos observar que una vez muerto el causante, el papel de jefe de culto que desempeñaba este cuando se encontraba con vida, es transmitido a su heredero; en cuanto al segundo, el derecho sucesorio encuentra uno de sus principales propósitos, el cual consiste en transmitir el papel del pater familia; por último encontramos al propósito moral, el cual consistía en honrar la moral de causante, puesto que era considerado un vergüenza que alguien falleciera sin haber honrado sus deudas y sin que ningún heredero pudiera hacerlo; tomando en cuenta los propósitos a los que refiere derecho sucesorio, en nuestra legislación peruana a fin de salvaguardar el patrimonio de los herederos, en caso de que las deudas dejadas por el causante, fueran mayores al activo dejado, solo serán cubiertas hasta donde alcancen los bienes dejados por el causante.
  
- La representación sucesoria o hereditaria es un derecho por el cual los hijos y demás descendientes de una persona que ha fallecido, que ha renunciado la herencia o que la ha perdido por indignidad o por desheredación, son llamados por la ley a ocupar el lugar de su padre, madre u otro ascendiente y a recibir la herencia que a estos correspondía; por ello se considera como una medida excepcional que deroga al principio de la proximidad del grado en beneficio de la igualdad de las estirpes, a la vez que un derecho preferente al derecho de acrecer; por otro lado, para ejercer la representación sucesoria, el cónyuge supérstite debe contar con capacidad hereditaria (aptitud jurídica para adquirir el conjunto de titularidades transmisibles del causante), y legitimidad hereditaria (título que da derecho a la herencia, título que se encuentra en el testamento o en la ley), puesto que de no contar con los mismos, no podrán formar parte en el derecho sucesorio.

- En nuestra legislación Peruana, observamos que existe un vacío en lo que concierne a la representación sucesoria del cónyuge premuerto en el caso de existir o no herederos forzosos; regulándose únicamente la representación sucesoria en línea recta y en línea colateral; ante tal vacío, surge la necesidad de inmiscuir dentro del cuerpo legislativo la figura de la representación del cónyuge supérstite de forma símil a lo establecido en la legislación Argentina, y así amparar el derecho que solicitan los cónyuges supérstites en los tribunales de justicia, por ende, dicha regulación servirá de herramienta a los jueces para impartir justicia.
- La regulación del cónyuge supérstite es de suma importancia en nuestra legislación nacional, puesto que se otorgará al cónyuge sobreviviente, una estabilidad y seguridad económica, para que este no se quede desamparado, es decir, velar por su bienestar, sobre todo en su nueva etapa de vida, la cual va seguir hacia delante pero sin la compañía de su cónyuge; así mismo, se concluye que el cónyuge supérstite que va ejercer la representación sucesoria de su cónyuge premuerto, y va obtener una herencia que a este le correspondiese si se encontrase con vida, debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Que no haya existido separación de hecho entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto. b) Que no exista proceso de divorcio entre el cónyuge supérstite y el cónyuge premuerto. c) Demostrar que ha cumplido con los deberes del matrimonio, y d) No contraer nuevo matrimonio; puesto que, se pretende evitar, el crecimiento patrimonial de aquellos cónyuges, que no cumplieron con los deberes y obligaciones que impone la institución del matrimonio, la cual se encuentra orientada a la realización del bienestar de la familia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUILAR LLANOS, Benjamín. Manual de derecho de sucesiones, editorial pacifico editores S.A.C, Lima, 2014.
2. BARBERO, Doménico. *Sistema del derecho privado*. Tomo V, editorial Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1987
3. BARBOT, Raúl. Derecho Civil uruguayo, anotaciones al código civil: de las sucesiones, T.II, Librería el correo, Montevideo. 1979.
4. BAUTISTA TOMA, Pedro, Derecho de las sucesiones, ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2006.
5. BLASCO GASCÓ, Francisco (Coord.), CAPILLA RONCERO, F; LOPEZ Y LOPEZ, A.M y otros. *Derecho Civil parte general, derecho de la persona*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
6. BORDA. Guillermo. Tratado de derecho civil Argentino. Sucesiones, Tomo II, Buenos Aires 1964.
7. BOSSERT, Gustavo. Manual de derecho de familia. Editorial ASTREA, 6º edición, Buenos
8. CASTAÑEDA, Jorge E. *Derecho de sucesión*. Tomo III, Segunda edición, editorial Talleres gráficos P.L. Villanueva S.A. Lima, 1976.
9. CORDOBA, Marcos. Derecho sucesorio, tomo I, editorial universidad S.R.L, Buenos Aires, 1991.
10. CORDOBA, Marcos. Derechos del heredero: La posesión hereditaria, editorial LA LEY, Buenos Aires, 1994.
11. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de sucesiones, Gaceta jurídica S.A., Lima, 1999.

12. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas, concebido y personas naturales*, 6ª edición, Lima, Grijley, 2012.
13. FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier P. *Historia del derecho romano y su recepción europea*, novena edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
14. FERRERO COSTA, Augusto. *La constitución comentada: obra escrita por 117 destacados juristas del país*, Gaceta jurídica, Lima, 2005.
15. FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*, novena edición, editorial pacifico editores S.A.C. Lima, 2016.
16. FERRERO COSTA, Augusto. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo IV, Derecho de sucesiones, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006.
17. HERNANDEZ, Libia y UGARTE, Luis, *sucesión del cónyuge*, editorial Universidad S.R.L, Buenos Aires, 1996.
18. HERRERA NAVARRO, Santiago. *Derecho de sucesiones*, editora normal legales S.A.C., Trujillo, 2004.
19. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Procesos judiciales derivados del derecho sucesorio*. Gaceta jurídica S.A., 2006.
20. JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de derecho de sucesiones*, JURISTA EDITORES E.I.R.L., Lima, 2009.
21. LANATTA, Rómulo. *Derecho de sucesiones*. Tomo I y II, segunda edición, Editorial Desarrollo S.A, Lima, 1981.
22. LANATTA, Rómulo. *Derecho de sucesiones*, t. I, II y III, Desarrollo, Lima, 1985.
23. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

24. LOHMANN LUCA DE TENA. Derecho de sucesiones. Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Lima, 2018.
25. LOPEZ DEL CARRIL, Julio. Derecho de sucesiones, editorial Depalma, Buenos Aires, 1991.
26. LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1990.
27. MADRIÑAN, V. La representación sucesoria en el derecho común. Especial aplicación en la sucesión testamentaria, Madrid, editorial fondo editorial de la universidad de Compostela, 2008.
28. MAFFIA, Jorge .*Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial LEXISNEXIS, 5ta Edición, 2002.
29. MANRESA y NAVARRO José, Comentarios al Código Civil Español, Tomo VII, 1955.
30. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, parte cuarta, La transmisión del patrimonio familiar, Vol. III, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1975.
31. MARTÍNES DE AGUIRRE, Carlos. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
32. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo V, Editorial Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires.
33. MÍNGUEZ, Alberto. Procesos judiciales derivados del derecho sucesorio, Gaceta jurídica S.A., 2006.
34. MIRANDA CANALES, Manuel. Manual de derecho de sucesiones, segunda edición, ediciones jurídicas, Lima, 2006.

35. MONGE TALAVERA, Luz. Código Civil comentado por Los 100 mejores especialistas, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Gaceta Jurídica SA. 1ra. Edición. Marzo 2006.
36. O`CALLAGHAN, Xavier. compendio de derecho civil, Madrid, Editorial DIJUSA, sexta edición, 2007.
37. OLAVARRIA VIVIAN, Juan A. Cuestiones de derecho sucesorio en el código civil peruano de 1984, editora ESCOLANI E.I.R.L. Lima, 1997.
38. OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1986.
39. PONTES DE MIRANDA, F. Tratado de Derecho privado; derecho de sucesiones. Editorial Borsoi, Rio de Janeiro, 1968.
40. PLANIOL, Marcel. Tratado de derecho civil francés, t III, editorial Cultural S.A., La Habana, 1942.
41. RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Constitución política del Perú de 1993. Lima Grijley. 2012.
42. ROCA -SASTRE Muncunill, Luis. Derecho de sucesiones, segunda edición, Bosch casa editorial S.A. Barcelona, 1995.
43. REBORA, Juan Carlós. Derecho de sucesiones: de la transmisión. Tomo II, 2da edición, editorial bibliográfica Argentina, 1972.
44. SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *“La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos, discapacitados, pero no incapacitados” en Estudios críticos sobre el Código Civil, análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*, Lima, Grijley, 2014.
45. SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Lecciones de Derecho Civil, persona y bienes*, Zaragoza, 2015.

46. SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de sucesiones, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá, 2003.
47. VASQUEZ GARCIA, Yolanda. Derecho de familia. Editorial Huallaga, Tomo I, Lima, 1998.
48. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. El derecho de representación en la sucesión "mortis causa". Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.
49. ZANNONI, Eduardo. Derecho de las sucesiones, cuarta edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
50. ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho sucesorio, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
51. ZANNONI, Eduardo. Derecho de las sucesiones. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.
52. ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática. Editorial Palestra editores, Lima, 2009,

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

**CAS. 2026-2016-** Junín;

**CAS. N° 862-1995** - Lima del 14 de octubre de 1996;

**CAS. N° 4664-2010**-Puno, del 18 de marzo de 2011;