

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

“Necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer su propia subsistencia”

Área de Investigación:

Instituciones del Derecho Privado

Autora:

Br. Gracia Elena Salazar Aguilar

Jurado Evaluador:

Presidente: Paola Lisset Fernández Atho

Secretario: Mercedes Reyna Castro

Vocal: Liliana Regina Sosaya Rodríguez

Asesor:

Luis Henry Heras Zárate

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6833-7951>

TRUJILLO – PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2023/02/14

Necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer su propia subsistencia

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | qdoc.tips Fuente de Internet | 1% |
| 2 | idus.us.es Fuente de Internet | 1% |
| 3 | repositorio.uesiglo21.edu.ar Fuente de Internet | 1% |
| 4 | imgbiblio.vaneduc.edu.ar Fuente de Internet | 1% |
| 5 | documentop.com Fuente de Internet | 1% |

Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 1%

Declaración de Originalidad

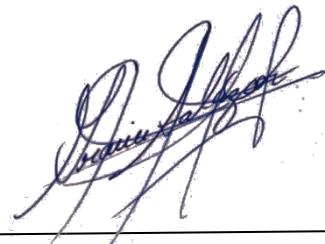
Yo, **LUIS HENRY HERAS ZÁRATE**, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada **“NECESIDAD DE INSTITUIR LA MEJORA HEREDITARIA EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDE PROVEER SU PROPIAS SUBSISTENCIA”**, autora **GRACIA ELENA SALAZAR AGUILAR**, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 4%.
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (04, 04 y 2024)
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Lugar y fecha: Trujillo, 05 de abril del 2024



Luis Henry Heras Zarate
DNI: 22304615
ORCID:<https://orcid.org/0000-0001-6833-7951>
ID: 000030282



Salazar Aguilar Gracia Elena
DNI: 71222403
ID: 000148210

DEDICATORIA

En primer lugar, a Dios por acompañarme durante toda mi vida universitaria, y colmarme de bendiciones, a Él sea toda la honra y gloria, por su divina voluntad me permite culminar la carrera de Derecho.

A mis padres Víctor Abel Salazar Quispe y Gracia Marina Aguilar Vargas por su apoyo constante e incondicional, siempre alentándome a superarme cada día.

A mis tías María Teresa Alvarado Vargas y Brissa Marina Aguilar Vargas por sus palabras de aliento y compartir conmigo momentos inolvidables.

AGRADECIMIENTO

A mi alma mater Universidad Privada Antenor Orrego, por impartirme a través de sus docentes, conocimientos y valores éticos para mi vida laboral.

A mis compañeros de promoción por todos los gratos momentos.

RESUMEN

La investigación se centra en la necesidad de implementar en el marco normativo peruano la figura de la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer con su subsistencia, fundamentándose en el derecho a la igualdad en su dimensión material, el cual determina que ante situaciones desiguales se justifica un trato diferenciado en aras de alcanzar la igualdad real, situación que se ve reflejada cuando concurren a la herencia, herederos forzosos con discapacidad grave y quienes no la padecen.

Por tanto, la investigación tiene como enunciado del problema: ¿es necesario que se instituya la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia?; el tipo de investigación es aplicada, el nivel de investigación es no experimental – descriptivo y la población son abogados civilistas de la ciudad de Trujillo, a los que se aplicó la técnica de entrevista, utilizadas para determinar la presencia de diferenciación razonable y objetiva aplicando el test de proporcionalidad, de lo cual se concluyó que debido a la vulnerabilidad, la incapacidad de generar ingresos para su sustento, la dependencia a un tercero, entre otra, es que el legitimario con discapacidad no se encuentra en una misma situación que sus demás coherederos, por consiguiente le corresponde un trato diferenciado.

Se hizo uso del derecho comparado, específicamente de la legislación española y argentina que incluyen dentro de su normativa la figura de las mejoras hereditarias en favor de herederos con discapacidad, sin embargo, en la presente investigación se da como recomendaciones ciertos cambios para que, al momento de incluir dicha normativa al Perú, se adecue a su realidad social; además de incluir mejoras a la mencionada figura jurídica, en base a críticas de juristas argentinos como españoles de sus respectivas normativas, utilizando sus fallas o falencias como una retroalimentación para potenciar la figura de la mejora hereditaria en la legislación peruana.

Palabras clave: Herencia, porción de libre disposición, legítima, herederos forzosos o legitimario, mejoras hereditarias y sustitución fideicomisaria de residuo.

ABSTRACT

The research focuses on the need to implement in the Peruvian regulatory framework the figure of hereditary improvement in favor of the legitimate person with a disability that cannot be provided for with his subsistence, based on the right to equality in its material dimension, which determines that In unequal situations, differentiated treatment is justified in order to achieve real equality, a situation that is reflected when forced heirs with severe disabilities and those who do not suffer from it participate in inheritance.

Therefore, the research has as its problem statement: is it necessary that hereditary improvement be instituted in favor of the legitimator with disabilities who cannot provide for themselves with their own subsistence, Trujillo - 2023?; The type of research is applied, the level of research is non-experimental - descriptive and the population is civil lawyers from the city of Trujillo, to whom the interview technique was applied, used to determine the presence of reasonable and objective differentiation by applying the proportionality test, from which it was concluded that due to vulnerability, the inability to generate income for sustenance, dependency on a third party, among others, the heir with disabilities is not in the same situation as his other co-heirs. , therefore, differential treatment corresponds to it.

Comparative law was used, specifically Spanish and Argentine legislation that includes within its regulations the figure of hereditary improvements in favor of heirs with disabilities, however, in the present investigation certain changes are given as recommendations so that, at When this regulation is included in Peru, it is adapted to its social reality; in addition to including improvements to the aforementioned legal figure, based on criticism from Argentine and Spanish jurists of their respective regulations, using their failures or shortcomings as feedback to enhance the figure of hereditary improvement in Peruvian legislation.

Keywords: Inheritance, freely available portion, legitimate, forced or legitimary heirs, hereditary improvements and trust substitution of residue.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

Se presenta ante ustedes la tesis que lleva por título “NECESIDAD DE INSTITUIR LA MEJORA HEREDITARIA EN FAVOR DEL LEGITIMARIO CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDE PROVEER CON SU PROPIA SUBSISTENCIA”, con la finalidad de que sea sometida a análisis y evaluación, con la finalidad de obtener el Título Profesional de Abogado; en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.

LA AUTORA



Br. Gracia Elena Salazar Aguilar

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|------|
| DEDICATORIA..... | iv |
| AGRADECIMIENTO | v |
| RESUMEN..... | vi |
| ABSTRACT..... | vii |
| PRESENTACIÓN..... | viii |
| ÍNDICE DE TABLAS..... | xii |
| ÍDICE DE GRÁFICOS | xiii |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 14 |
| 1. Problema de Investigación..... | 14 |
| 1.1. Descripción de la realidad problemática | 14 |
| 1.2. Formulación del problema..... | 22 |
| 2. Objetivos..... | 22 |
| 2.1. Objetivo General:..... | 22 |
| 2.2. Objetivos Específicos | 22 |
| 2.3. Justificación del Estudio | 23 |
| II. MARCO DE REFERENCIA | 24 |
| 1. Antecedentes | 24 |
| 1.1. Antecedentes Nacionales..... | 24 |
| 1.2. Antecedentes Internacionales..... | 26 |
| 2. Marco Teórico | 28 |
| CAPÍTULO I DERECHO DE SUCESIONES..... | 28 |
| 1. Concepto de sucesión..... | 28 |
| 2. Definición del Derecho de Sucesiones..... | 29 |
| 3. Fuentes del Derecho Sucesorio..... | 30 |
| a. La Voluntad. | 30 |
| b. La Ley. | 31 |
| 4. Clase de Sucesiones..... | 31 |
| a. Sucesión testamentaria..... | 31 |
| b. Sucesión Intestada. | 31 |
| c. Sucesión Mixta..... | 32 |
| d. Sucesión Contractual. | 33 |
| 5. Elementos de la sucesión..... | 33 |
| 5.1. Elementos personales. | 34 |

| | |
|--|----|
| 5.2. Elemento real o material..... | 36 |
| 5.3. Elementos formales. | 38 |
| CAPÍTULO II LA LEGÍTIMA HEREDITARIA O SUCESORIA | 40 |
| 1. Introducción..... | 40 |
| 2. Aspecto Histórico..... | 40 |
| 3. Definición de la Legítima Hereditaria. | 41 |
| 4. Legitimarios..... | 42 |
| 4.1. Legítima del heredero descendiente. | 42 |
| 4.2. Legítima del heredero ascendiente. | 42 |
| 4.3. Legítima del Cónyuge y el integrante sobreviviente de la unión de hecho. | 43 |
| 5. Naturaleza jurídica de la Legítima..... | 43 |
| 5.1. Pars Hereditatis..... | 43 |
| 5.2. Pars Bonorum. | 44 |
| 6. Distribución de la Legítima. | 46 |
| 7. La Mejora Hereditaria..... | 46 |
| 8. La Mejora Hereditaria en la legislación comparada. | 47 |
| 8.1. Código Civil de España. | 47 |
| 8.2. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. | 56 |
| 8.3. Comparativa de la mejora a favor del heredero con discapacidad entre la regulación argentina y española. | 63 |
| CAPÍTULO III MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL NACIONAL E INTERNACIONAL RELACIONADO CON LA DISCAPACIDAD | 66 |
| 1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad..... | 66 |
| 1.1. Antecedentes..... | 66 |
| 1.2. Alcances. | 67 |
| 1.3. Observancia. | 68 |
| 1.4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. | 69 |
| 2. Ley General de la Persona Con Discapacidad - Ley 29973..... | 70 |
| 2.1. Antecedentes..... | 70 |
| 2.2. Alcances. | 73 |
| 2.3. Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad- CONADIS..... | 75 |
| 2.4. Certificación de la Discapacidad..... | 76 |
| 2.5. Certificado de Discapacidad como requisito previo al otorgamiento de las mejoras a favor del heredero con discapacidad. | 79 |

| | | |
|-------------|--|-----|
| CAPÍTULO IV | SUSTENTO DE LA DIFERENCIACIÓN EN LA REPARTICIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA | 81 |
| 1. | Solidaridad familiar | 81 |
| 2. | Vulnerabilidad | 83 |
| 3. | Incapacidad de Subsistencia | 84 |
| 4. | Calidad de vida | 85 |
| 5. | Derecho a la propiedad..... | 89 |
| 6. | Derecho a la igualdad en su dimensión material..... | 91 |
| 3. | Marco Conceptual..... | 112 |
| 4. | Sistema de hipótesis | 113 |
| 4.1. | Hipótesis | 113 |
| 4.2. | Variables..... | 113 |
| 4.2.1. | Variable Independiente: Legitimario con discapacidad que no puede proveer su propia subsistencia | 113 |
| 4.2.2. | Variable dependiente: Necesidad de instituir la mejora hereditaria | 113 |
| III. | METODOLOGÍA EMPLEADA | 113 |
| 1. | Tipo y nivel de investigación:..... | 113 |
| 2. | Población y muestra de estudio | 114 |
| 3. | Diseño de Investigación | 114 |
| 4. | Técnica e instrumentos de investigación..... | 114 |
| 5. | Procesamiento y análisis de datos:..... | 114 |
| IV. | PRESENTACIÓN DE RESULTADOS | 115 |
| 1. | Análisis e interpretación de resultados: | 115 |
| 2. | Docimasia de hipótesis: | 118 |
| V. | DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS | 119 |
| | CONCLUSIONES | 132 |
| | RECOMENDACIÓN..... | 136 |
| | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 138 |
| | ANEXOS | 145 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|--|-----|
| Tabla 1: Reconstrucción del Patrimonio Hereditario..... | 44 |
| Tabla 2: Distribución de la herencia en el Perú | 44 |
| Tabla 3: División de la Herencia en España | 50 |
| Tabla 4: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos descendientes..... | 58 |
| Tabla 5: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos ascendientes..... | 58 |
| Tabla 6: Cuadro comparativo entre los supuestos de hecho y consecuencia jurídica entre una norma de carácter general y otra de carácter específico | 97 |
| Tabla 7: Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad | 99 |
| Tabla 8: Necesidad de instituir la mejora hereditaria..... | 115 |
| Tabla 9: Diferenciación razonable y objetiva | 116 |
| Tabla 10: Herederos forzosos que serán beneficiados con las mejoras hereditarias..... | 116 |
| Tabla 11: Sustitución fideicomisaria de residuo | 117 |
| Tabla 12: Obligatoriedad de las mejoras hereditarias | 117 |
| Tabla 13: Certificado de Discapacidad como requisito de procedibilidad | 118 |

ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | |
|--|-----|
| Gráfico 1: Reconstrucción del Patrimonio Hereditario | 44 |
| Gráfico 2: Distribución de la herencia en el Perú | 44 |
| Gráfico 3: División de la Herencia en España | 50 |
| Gráfico 4: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos descendientes..... | 58 |
| Gráfico 5: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos ascendientes..... | 58 |
| Gráfico 6: Cuadro comparativo entre los supuestos de hecho y consecuencia jurídica entre una norma de carácter general y otra de carácter específico | 97 |
| Gráfico 7: Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad | 99 |
| Gráfico 8: Necesidad de instituir la mejora hereditaria..... | 116 |
| Gráfico 9: Diferenciación razonable y objetiva..... | 116 |
| Gráfico 10: Herederos forzosos que serán beneficiados con las mejoras hereditarias..... | 117 |
| Gráfico 11: Sustitución fideicomisaria de residuo | 117 |
| Gráfico 12: Obligatoriedad de las mejoras hereditarias | 117 |
| Gráfico 13: Certificado de Discapacidad como requisito de procedibilidad | 118 |

I. INTRODUCCIÓN

1. Problema de Investigación

1.1. Descripción de la realidad problemática

Según la definición dada por la “Real Academia de la Lengua Española” (s.f.), la discapacidad humana puede ser conceptualizada como la condición de una persona que padece deficiencias físicas o mentales, definición enfocada en el individuo.

En cambio, ha surgido una visión de diferente propuesta por la filosofía llamada “Modelo Social de la Discapacidad”, desconociéndose el autor; sin embargo, Palacios (2008) en su libro “El modelo social de discapacidad”, señala que posiblemente se originó “a finales de la década de los años sesenta del siglo XX. Su ubicación geográfica debe ser situada en Estados Unidos e Inglaterra.” Sin embargo, para poder ser entendida a plenitud es importante mencionar los dos modelos que la antecedieron, primero el “Modelo de Prescendencia” y segundo el “Modelo Rehabilitador” (Palacios, 2008, pp. 37-66).

El primer modelo citado, sostiene que las personas con discapacidad son prescindibles para la sociedad, pues no aportan para alcanzar el fin común, siendo vistas como una carga. En sociedades como la Espartana y en la Edad Media estuvo presente este concepto; así mismo, creían que la discapacidad era originada por el pecado de los padres, como un castigo divino e incluso era asociada a un mal augurio. Un ejemplo de lo mencionado se ve reflejado en Esparta, donde los bebés que nacían con discapacidades eran asesinados en el Monte Taigeto, por no cumplir con el fin de una sociedad plenamente guerrera. Otros ejemplos se suscitaban en la Edad Media que, sin cometer directamente infanticidio, los excluían o marginaban del resto de la sociedad sin brindarles protección y dejándolos a su suerte.

De acuerdo con el segundo modelo, las personas con discapacidad dejaron de ser consideradas innecesarias con la condición de ser sometidas a una rehabilitación para poder ser aceptadas socialmente. Lo que este concepto buscaba era normalizar las aparentes deficiencias en aquellos con discapacidades.

Ambos conceptos, el Modelo de Prescindencia y el Rehabilitador, exponen a la discapacidad como una deficiencia del individuo frente a una sociedad con estándares, usos, actividades, y diseñada por y para personas sin discapacidades las cuales son consideradas “normales”; buscando responsabilizar la desintegración social a los mismos individuos con condiciones físicas o mentales diferentes, por el hecho de no encajar en los parámetros establecidos por la mayoría que conforma la sociedad.

En contraposición surge el Modelo Social, planteando trasladar esa deficiencia a la sociedad, definiendo así la discapacidad desde un enfoque social; es decir, la sociedad es la que impone la discapacidad por medio de barreras o trabas; por ende, es responsable de brindar condiciones que generen igualdad en la universalidad de la población.

Este modelo no niega la condición particular de las personas con discapacidad o también llamada por los partidarios de este, como personas con diversidad funcional, sino que las necesidades y desafíos que les son inherentes y se ven reflejados en su vida diaria, deben tratarse mediante cambios de paradigmas sociales.

Pero surge una interrogante ¿cómo lograr que la sociedad elimine las barreras que ella misma ha impuesto? A continuación, se procede a abordar este cuestionamiento.

García (2014), define a la sociedad como:

Un conjunto de relaciones sociales en las que cada acción coexistencial se encuentra inspirada en la unión o en el enlace de intereses consolidados por su racionalidad y albedrío. Implica toda forma de convivencia entre los hombres. Se expresan a través de fines y valores, ya sean de carácter material o inmaterial. (pp. 35-36)

Por lo tanto, en los patrones de conducta de las personas que conforman una sociedad se ve reflejada su actitud frente a determinadas circunstancias, para el caso en concreto se debe determinar cuál es la actitud de la sociedad peruana para con las personas con diversidad funcional o discapacidad.

Torres (2006), sostiene que:

La condición innata del ser humano es vivir en sociedad, solo en ella es posible que se desarrolle material y espiritualmente; es también condición esencial que, para posibilitar y garantizar la convivencia social pacífica, existan normas o reglas que pueden ser impuestas, si es necesario coercitivamente. (pp. 24-24)

Influyen en la sociedad, la cultura, el progreso, el desarrollo, la economía entre otros factores; pero estos carecen de la obligatoriedad que impone el Derecho, demostrando así lo íntimamente ligado que está con la sociedad, “ubi ius, ibi societas y ubi societas, ibi ius” (García, 2014)

Por lo tanto, el Derecho debe ser entendido como una herramienta que debe utilizar la sociedad, para lograr eliminar las barreras y conseguir la ansiada igualdad fáctica.

Por consiguiente, la respuesta a la pregunta antes planteada: ¿cómo lograr que la sociedad elimine las barreras que ella misma ha impuesto?, pues es a través del derecho y las normas que lo conforman; sin embargo, no se puede negar que existan otros medios.

A continuación, se procede a citar la definición de personas con discapacidad según la normativa peruana.

En el ámbito legal nacional, la Ley N°29973, denominada Ley General de la Persona con Discapacidad, define a la persona con discapacidad en su artículo 02°:

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. (Ley General de la Persona con Discapacidad, 2020)

Su definición está acorde con el Modelo Social de Discapacidad, pues no las define como sujetos que necesitan ser rehabilitados o desde un enfoque compasivo como aquellos que necesitan de la caridad de los demás, sino que les reconocen como titulares de sus derechos y que aquello que impide el pleno desarrollo de estos son las barreras sociales; todo ello sin negar la naturaleza de la situación de las personas con discapacidad.

La referida ley, en su artículo 03°, señala que, las personas con discapacidad física tienen los mismos derechos que los demás, pero el legislador al ser consciente de las barreras sociales, mencionadas en el artículo 02°, resuelve que, para lograr alcanzar la igualdad de hecho, el Estado va a intervenir mediante normas con la finalidad de equiparar la condición particular de las personas con discapacidad, respecto de los demás que conforman la población. (CONADIS, 2020)

Se ha mencionado el objetivo de alcanzar la igualdad fáctica o de hecho, y el jurista alemán Robert Alexy precisa respecto de este concepto jurídico que “quien desea crear igualdad de hecho tiene que aceptar una

desigualdad iure (jurídica).” (Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 404).

Es decir, aquellos que se encuentren en situaciones desiguales, la ley se ve obligada a tratarlos de manera desigual, para lograr una igualdad efectiva, real.

En el plano internacional el Perú fue admitido el 31 de octubre de 1945 como Estado Miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y ratificó, mediante Decreto Supremo N°073-2007-RE, el tratado internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el segundo párrafo del artículo N° 01 define a las personas con discapacidad de la siguiente manera:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006)

La redacción de la definición de las personas con discapacidad, en la Ley N° 29973 y el de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son similares debido a que la primera adoptó la definición de la segunda, la diferencia más resaltante entre ambas es la referente a la temporalidad de la discapacidad, debido a que la normativa nacional determina que la discapacidad debe ser de carácter permanente y la definición de la Convención señala que la discapacidad debe ser a largo plazo.

En párrafos anteriores se determinó que la definición empleada por la Ley N° 29973, está acorde con el Modelo Social de Discapacidad; por consiguiente, la Convención también respeta el modelo social.

La población con discapacidad es conocida como “la minoría más amplia del mundo”; según el Informe Mundial Sobre la Discapacidad presentado por la Organización Mundial de la Salud (2011): “Se estima que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; esto quiere decir, alrededor del 15% de la población mundial” (pp. 7-8), valoración que se realizó tomando en cuenta la población mundial en el 2010; es necesario precisar que a la fecha, año 2022, no se ha producido una actualización de datos.

En el año 2017, se ejecutó el Censo Nacional en el Perú; el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), presentó un informe titulado: “Perú: Perfil Socio demográfico” (2017), revelando “...que existen en el país 3, 051,612 personas que padecen de alguna discapacidad y representan el 10,4% del total de la población del país.” (p. 83)

Respecto al porcentaje de gastos entre los ciudadanos peruanos que no tienen discapacidad y aquellos que si la tienen, el INEI presentó un informe titulado “Impacto en la Situación de Discapacidad en la Composición y el Costo Final de la Canasta Básica de Consumo Familiar” (Sanz, 2017).

El referido informe, refleja que los gastos no asociados con la salud son menores en familias que cuentan con un integrante con discapacidad; sin embargo, la explicación radica en que las personas con diversidad funcional se encuentran excluidas.

El informe concluye que dicha “exclusión se refleja en las dificultades de accesibilidad a la oferta de salud, educación, recreativa y en general a los lugares públicos (establecimientos de salud, paraderos, mercados, centros de rehabilitación, bancos y entidades financieras)”. (p. 15)

Refleja el informe que sus gastos son menores a costa de encontrarse excluidos; contrario sensu, implicarían gastos adicionales para las personas con discapacidad, equiparar su estilo de vida al entorno donde viven, para evitar ser excluidas por la sociedad.

Por lo tanto, con la finalidad de equiparar la situación de las personas con discapacidad, uno de los factores que puede ayudar es la herencia, pero ¿es la regulación peruana en materia sucesoria, la idónea, y ésta contribuiría con dicha finalidad?

Mediante decreto legislativo N° 1384, publicado con fecha 04 de septiembre del 2018, se modificaron e incluyeron diversos artículos del Código Civil, con la finalidad de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que con anterioridad se les había sido negada; promoviendo de esta manera su inclusión.

Además, se implementó el sistema de apoyos y salvaguardas, de acuerdo a lo establecido por el modelo social de discapacidad. En materia sucesoria se realizaron modificatorias en los artículos N° 687, 696, 697 y 808, que tratan respecto a sucesiones testamentaria.

Sí bien; el decreto legislativo cumple con amoldar la normativa peruana a las disposiciones establecidas en el tratado internacional de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, al reconocerles capacidad jurídica; no se realizó modificación alguna, con el objetivo de equiparar las situaciones de los herederos con discapacidad de aquellos que no la tienen, debido a la propia naturaleza y fines del Decreto Legislativo N° 1384.

En la legislación peruana encontramos en el Derecho de Sucesiones la figura de la legítima, definida en el artículo N° 723, del Código Civil (1984), como "...aquella parte de la herencia que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos."

La herencia en el Perú está compuesta por dos partes: la legítima y la parte de libre disposición, respecto de la primera si el causante tiene herederos forzosos estará impedido de disponer de esta; y en referencia a la segunda, como su mismo nombre da a entender, el causante es libre de disponer sobre cierta porción de su patrimonio.

La conformación cuantitativa de la legítima y de la porción de libre disposición, varía dependiendo si los herederos forzosos son descendientes o ascendientes.

La legislación nacional en el artículo 729°, del Código Civil, determina que la legítima debe ser repartida en cuotas igual entre todos los herederos forzosos. Es en este aspecto que radica el problema, al no tomarse en consideración las condiciones particulares de los herederos con discapacidad, respecto de las cuales en la presente investigación se plantea que son: necesidades económicas mayores y de asistencia debido a que no pueden valerse por sí mismos a diferencia del resto de la población. Por lo tanto, para lograr la ansiada igualdad de hecho, se justifica el trato desigual a nivel normativo.

Es aquí donde entra a relucir la figura de las mejoras a favor del heredero con discapacidad, regulada en el artículo 2448°, del Código Civil y Comercial argentino, cuyos antecedentes lo encontramos en la legislación española. El artículo en cuestión determina lo siguiente:

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. (Código Civil y Comercial de la Nación, 1795)

La figura de la mejora al heredero con discapacidad, genera que la legítima se divida, ocasionando a su vez que la herencia se componga en tres partes: la legítima, la mejora al heredero con discapacidad y la parte de libre disposición.

Este artículo ha sido redactado en favor de las personas con discapacidad, generando una desigualdad normativa entre los herederos forzosos del causante, en aras de lograr la igualdad fáctica.

En el presente proyecto de tesis, se van a abordar temas del derecho sucesorio peruano que se consideren relevantes para comprender la figura de la legítima.

Así mismo se investigará la figura de la mejora al heredero con discapacidad regulada en la legislación argentina, como también las mejoras hereditarias españolas que fueron tomadas como inspiración para su formulación, con el propósito de determinar su necesidad de instituir la en la normativa peruana a fin de aportar en materia de derechos de las personas con discapacidad y equipararlas con los demás.

1.2. Formulación del problema

¿Es necesario que se instituya la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia?

2. Objetivos

2.1. Objetivo General: Determinar si existe la necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia.

2.2. Objetivos Específicos

2.2.1. Establecer si existe una diferenciación razonable y objetiva que justifique otorgar una porción mayor al heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia respecto de los demás herederos forzosos.

- 2.2.2.** Determinar si el beneficio en favor del heredero con discapacidad debe abarcar tanto a los herederos forzosos descendientes, como ascendientes y cónyuge supérstite, respetando el orden excluyente, o únicamente debe ser aplicado en favor de los herederos forzosos descendientes.
- 2.2.3.** Analizar la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo como medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria, con la finalidad de ser aplicada en un futuro.
- 2.2.4.** Determinar si el beneficio de otorgar un porcentaje mayor de legítima a favor del heredero con discapacidad debe ser de carácter obligatorio, reconociéndolo como un derecho, sin la necesidad que medie designación testamentaria alguna.
- 2.2.5.** Analizar los mecanismos para acreditar la discapacidad y sus grados establecidos por el CONADIS, que justifique la aplicación de la mejora en su legítima, al momento del reparto.

2.3. Justificación del Estudio

2.3.1. Justificación social

La sociedad peruana ha ido evolucionando e incorporando en su legislación nuevos reglamentos que favorecen a las personas con discapacidad, como es el caso en materia de derecho laboral.

Pero la vulnerabilidad y las necesidades de las personas con discapacidad deben ser tratadas desde diferentes ángulos del derecho; es decir desde sus distintas ramas, ejemplo de ello en la legislación peruana es la Ley N° 29973, denominada Ley General de la Persona con Discapacidad donde se normativizan aspectos laborales, educativos, así como de salud, entre otros; asimismo, a través del Decreto Legislativo N° 1384 se reconoció la capacidad

jurídica de las personas con discapacidad, lo que ocasionó la modificación de diversos artículos del Código Civil; estos cambios se fundamentan en las disposiciones establecidas en el tratado internacional de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, de lo cual se puede notar que el Perú está tomando acciones para adaptar su normativa con los tratados internacionales.

Si bien se han hecho cambios importantes en materia laboral, así como en el derecho civil, se debe seguir estudiando las diversas aristas del derecho que pueden contribuir con el fortalecimiento de los derechos de las personas con discapacidad y en el presente trabajo se pretende contribuir desde la perspectiva del Derecho Sucesorio, en lo competente a la repartición de la herencia cuando uno de los coherederos tenga discapacidad, debiendo tomarse en consideración su condición particular, como necesidades económicas mayores y la necesidad de asistencia debido a que no pueden valerse por si mismos.

2.3.2. *Justificación práctica*

Se postula adherir un nuevo concepto jurídico en el Derecho Sucesorio peruano, al considerar la vulnerabilidad y las necesidades de los herederos forzosos con discapacidad.

La presente investigación será de utilidad para determinar si la legislación nacional amerita la incorporación de una figura legal que permita una diferenciación al momento de la repartición de la legítima.

II. MARCO DE REFERENCIA

1. Antecedentes

1.1. Antecedentes Nacionales

- a. Montenegro (2018) Revisar la investigación se titula: “La legislación peruana para personas con discapacidad frente al ejercicio de

derechos civiles en función a la igualdad ante la ley”, aprobada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; Lambayeque-Perú, con la finalidad de obtener la Tesis de Grado.

Sustenta que, “es el juzgador el que deberá interpretar de acuerdo al caso en concreto si una norma vulnera o no derechos fundamentales, y en tal caso hacer uso del test de igualdad.” (p. 101)

- b.** Garay (2019) la investigación lleva por título: “El modelo social para el desarrollo de la persona con discapacidad, Cercado del Callao 2018” aprobada por la Universidad Cesar Vallejo; Lima-Perú, con la finalidad de obtener la tesis doctoral.

Sustenta que, “el modelo social de discapacidad sí influye en el desarrollo de las personas con discapacidad, y que podría darse a través de aplicar políticas públicas que les compete, estas pueden hacer que sean eliminadas todas las barreras.” (p. 92)

- c.** Arcaya (2021) El trabajo de Investigación se titula “La Legítima y la afectación a la autonomía de la voluntad del testador para disponer la totalidad de sus bienes y derechos.” Aprobada por la Universidad Privada Antenor Orrego; Trujillo-Perú, con la finalidad de obtener la tesis de grado.

Sustenta que, los fundamentos planteados para la exclusión de legítima no son suficientes; sin embargo, considera que en el Perú se debe cambiar el sistema por uno que brinde mayor libertad de disposición al testar, y que su vez siga cumpliendo con sus “obligaciones de prestar alimentos que sirvan de subsistencia de parientes que se encuentren en estado de necesidad o de indefensión” (p. 73)

- d.** Aguilar (2018) La investigación lleva por título: “De la supresión o mantenimiento de la legítima sucesoria a la legítima solidaria”

Aprobada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima-Perú, con la finalidad de obtener el grado de maestría.

Sustenta que, el concepto de legítima utilizado en el Perú debe ser remplazado por el de “legítima solidaria”, proponiendo que los legitimarios deben “encontrarse en situación de vulnerabilidad y ser dependientes del causante.” (p. 76)

- e. Bustamante (2020) En el trabajo de investigación titulado “La necesidad de incorporar la legítima asistencial a favor de los hermanos discapacitados en la Corte Superior de Lima Norte, 2019.” Aprobada por la Universidad Cesar Vallejo; Lima-Perú, con la finalidad de obtener la tesis de grado.

Sustenta que, “la incorporación de la legítima asistencial en la Corte Superior de Lima Norte, incidirá positivamente en la calidad de vida de los hermanos del causante que tengan discapacidad” (p. 32)

1.2. Antecedentes Internacionales

- a. Vallero (2020) la investigación que realizó lleva por título: “Sucesiones testamentarias mejora a favor del heredero con discapacidad” aprobada por la Universidad Empresarial Siglo 21; Córdoba-Argentina, con el fin de obtener la Tesis de grado.

Sostiene que, al ser una institución novedosa las mejoras hereditarias en favor del heredero con discapacidad en Argentina, es “necesario incorporar las opiniones desarrolladas a nivel doctrinal y jurisprudencial, que, en este caso, pueden servir como un complemento vital cuando se trata de comprender el alcance y extensión de esta normativa.” (p. 78)

- b. Benalcázar (2019) la investigación se titula: “Estudio de las asignaciones forzosas: porción conyugal; cuarta de mejoras; sustento

de una eventual reforma” evaluada por la Universidad del Azuay; Azuay-Ecuador, con la finalidad de obtener la Tesis de Grado.

Concluye que, se deben “mantener las asignaciones forzosas, pero modificando el fundamento de las mismas es decir que las asignaciones forzosas sean en favor de personas que efectivamente lo necesiten.” (p. 69)

- c. Mondragón (2019) la investigación lleva por título “La Legítima en el Derecho Español” aprobada por la Universitat Jaume I; Castelló de la Plana- España, con la finalidad de obtener la Tesis Doctoral.

Sostienen que, la legítima tiene como finalidad la protección de los descendientes tomando en consideración la cercanía que los unía al causante cuando este se encontraba aún con vida.

- d. (Olmo J. , 2018) El artículo de revista lleva por título “La mejora a favor del heredero con discapacidad en argentina. semejanzas y diferencias con su antecedente del derecho español”, publicado por la Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos.

Concluye que, en ambas legislaciones lo que se plantea es la facultad discrecional del causante para mejorar al heredero que tenga discapacidad respecto de aquellos que no la tienen, y no se trata de un derecho inherente de los herederos con discapacidad.

- e. Orlandi (2015) El artículo se titula “Vulnerabilidad y Derecho Sucesorio. La Mejora al ascendientes y descendiente con discapacidad”, publicado por el Sistema Argentino de Información Jurídica.

Sostiene que, si bien la mejora en favor del heredero con discapacidad es una solución positiva, se necesitará implementar otras medidas para satisfacer y proteger sus necesidades; debido a que en Argentina la cultura testamentaria no está muy arraigada.

2. Marco Teórico

CAPÍTULO I DERECHO DE SUCESIONES

1. Concepto de sucesión.

El origen etimológico de la palabra sucesión proviene del latín “succedere”, los lexemas que componen esta palabra son: el prefijo “sub” que significa a continuación, de debajo y por el verbo “cederé” el cual significa caminar, dar el paso, abandonar. Por consiguiente, el significado etimológico vendría a ser lo que va a continuación. (Diccionario Actual, 2021)

La palabra sucesión procede del verbo suceder, y según el diccionario de Oxford Languages, suceder tiene el siguiente significado: “Dicho de una persona o de una cosa que entra en lugar de otra o seguirse a ella” (Oxford Lexico)

En el ámbito del Derecho el concepto sucesión registra dos vertientes, la primera vertiente se caracteriza por tener una concepción más genérica la cual abarca la sucesión entre vivos y la sucesión como consecuencia del fallecimiento de una persona, también denominada “mortis causa”. En contra parte, la segunda vertiente tiene una noción más específica, refiriéndose únicamente a la sucesión consecuente a raíz del deceso del sujeto.

En ambos tipos de sucesiones se transmiten derechos patrimoniales; sin embargo, se diferencian en como se originan. En la sucesión entre vivos es mediante el acto jurídico que esta se origina, como es el caso de una compraventa, donación, permuta u otros actos que permitan disponer del bien. Respecto a la sucesión “mortis causa” el hecho generador indispensable es el fallecimiento de una persona, denominada en el derecho sucesorio como causante, a la cual se le va a suceder.

En consecuencia, la transmisión de derechos patrimoniales se puede adquirir a título originario o a título derivado. La adquisición a título originario corresponde a la sucesión realizada por los sujetos en vida, en razón de que el derecho transmitido “es objeto de un acto de creación. No hay ninguna

derivación de la relación sino una constitución nueva de ella.” (Belluscio, 2020, p. 1) En contraposición, se encuentra la adquisición a título derivado, situación en la que los sujetos partícipes al encontrarse vinculados en una relación que genere un traspaso de derechos, permite que quien lo sucede entre en remplazo del causante convirtiéndose en el nuevo titular.

2. Definición del Derecho de Sucesiones.

Señala Julius Binder, citado por Elizabeth Amado, que el “Derecho Sucesorio es el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte.” (Amado, 2016, p. 12) Cuando en el ordenamiento jurídico peruano se menciona “Derecho de Sucesiones” hace referencia a la sucesión mortis causa, regulada por el Código Civil de 1984 en su libro IV, abarcando desde el artículo 660º hasta 880º.

La autonomía del derecho sucesorio se encuentra arraigada por el conjunto de preceptos legales y principios jurídicos que regulan todo lo concerniente a la transmisión del patrimonio por causa de muerte.

Como consecuencia de la muerte del titular del patrimonio, el derecho sucesorio es el encargado de que se produzca la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones del fallecido o también denominado causante. La transmisión patrimonial puede estar determinada por la voluntad del causante, manifestada por medio de un testamento; a falta de su última manifestación de voluntad se aplicará de manera supletoria las disposiciones legales.

El derecho a heredar está garantizado por la Constitución Política del Perú, reconocido como un derecho fundamental, inherente a la persona humana. Se encuentra consagrado en su artículo 2º, inciso 16; el Tribunal Constitucional define este derecho: “por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte” (EXP. N.º 03347-2009-PA/TC, 2010)

Colín y Capitant definen a la sucesión como “la trasmisión a una o varias personas vivas del patrimonio que deja una persona que ha fallecido.” (Amado, 2016)

En virtud de la comparativa a realizar en capítulos posteriores de la presente investigación, entre el derecho peruano, el español y el argentino en lo que respecta a materia sucesoria; es relevante hacer mención de la definición contemplada en dichos ordenamientos jurídicos,

El Código Civil Español define a la sucesión en su artículo 658º:

La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley. (Código Civil, 1889)

Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina no define a la sucesión.

3. Fuentes del Derecho Sucesorio.

a. La Voluntad.

Tiene lugar cuando el causante manifiesta de forma libre su última expresión de voluntad, mediante testamento sea cual fuere su forma; el ordenamiento jurídico peruano mediante del Código Civil regula las siguientes formas de testamento: por escritura pública (art. 696º), cerrado (art. 699º), ológrafo (art. 707), militar (art.712º), marítimo (art.716º) o aeronáutico (regulado en el art. 817º del Código Procesal Civil). La voluntad del causante no es absoluta, se encuentra sujeta a límites establecidas por la ley, por ejemplo: no se podrá ir en contra de la legítima, la cual corresponde a los herederos forzosos, así como tampoco imponer sobre esta gravámenes o modalidades; de acuerdo a lo estipulado en los artículos 723º y 733º del Código Civil. La sucesión testamentaria no es de

carácter obligatorio, sino que es potestativo, el causante tiene la facultad de otorgar o no testamento.

La sucesión testamentaria puede dar lugar a la conformación de herederos forzosos, herederos voluntarios y legatarios.

b. La Ley.

En supuesto caso que la persona falleciese sin otorgar testamento, la ley se aplicará de forma supletoria, generando la llamada sucesión intestada, la cual da lugar a la concurrencia de los herederos legales (art. 816º del C.C.)

4. Clase de Sucesiones.

“La Doctrina internacional desarrolla cuatro clases de sucesión” (Amado, 2016, p. 46); la sucesión testamentaria, intestada y mixta tienen un reconocimiento general, a diferencia de la sucesión contractual la cual se encuentra acogida en pocas legislaciones.

a. Sucesión testamentaria.

Por medio de la manifestación voluntad unilateral del causante, este distribuirá y transmitirá su patrimonio guardando concordancia con los preceptos legales. La eficacia del testamento está condicionada a formalidades y limitaciones; las formalidades tienen como objetivo garantizar que se esté cumpliendo verdaderamente con la voluntad del causante, y las limitaciones buscan proteger a aquellos que por mandato legal están destinados a heredar, como es el caso de la legítima, la cual corresponde a la parte de la herencia de la cual el causante no puede disponer libremente pues se encuentra reservada únicamente para sus herederos forzosos.

b. Sucesión Intestada.

Tiene lugar cuando el causante ha optado por no otorgar un testamento, generando que la repartición de la masa hereditaria quede a disposición de la ley y estipule quienes son los que van a suceder según el orden sucesorio establecido en el art. 816º del C.C. Los sucesores siempre van a ser herederos, no van a existir legatarios.

c. Sucesión Mixta.

Se configura cuando al mismo tiempo coexisten la sucesión testada e intestada, como en los casos en que el testador únicamente ha distribuido su herencia en legados respecto de su parte de libre disposición; o el testamento contiene actos jurídicos que no implican transmisión de la herencia, (como el reconocimiento de un hijo, donación de órganos, tejidos, etc.) Sin embargo, tiene herederos forzosos. Por consiguiente, se encuentran presentes: la sucesión testamentaria, al haber dispuesto los legados u actos jurídicos no relacionados con la herencia; y la sucesión intestada, dado que el causante pese a tener herederos forzosos no distribuyó sus bienes vía testamentaria, se aplicará de manera supletoria las leyes de la materia.

Puede darse el caso que el testador no tenga herederos forzosos, y haya dispuesto únicamente una parte de sus bienes en legados, en virtud de la voluntad, como fuente del derecho sucesorio, se constituye sucesión testamentaria respecto de los bienes que el testador si distribuyó, y respecto de los demás bienes se aplicará la sucesión intestada aplicando supletoriamente la ley, el art. 830º, del C.C. que determina:

A falta de sucesores testamentarios o legales el Juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de la Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero. (...) (Código Civil, 1984)

d. **Sucesión Contractual.**

La transmisión de la herencia se realiza mediante un contrato, las partes que intervienen en el pacto se les denomina otorgantes. Se pueden clasificar de acuerdo a su objetivo como (Rodríguez, 2013, ps. 27,28):

- **Pactos Positivos:** acuerdo de voluntades donde el otorgante (futuro causante) promete disponer parte de su herencia a favor de un beneficiario, pudiendo ser heredero o legatario.

- **Pactos Negativos:** uno de los otorgantes (futuro heredero) renuncia de manera anticipada a una parte o a toda la herencia.

- **Pacto sobre herencia de tercero:** los otorgantes (futuros herederos) pactan con un tercero sobre la futura herencia, se caracteriza por la no intervención del futuro causante.

El ordenamiento jurídico peruano no admite esta clase de sucesión, el Código Civil en el art. 678^o, declara que no se puede aceptar ni renunciar a la herencia futura; el art. 1405^o, estipula que “es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora” (Código Civil , 1984); y el art. 1406^o, determina que “es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona puede adquirir en el futuro.” (Código Civil , 1984)

5. Elementos de la sucesión.

La sucesión tiene tres elementos necesarios para su materialización, estos son: elementos personales, materiales y formales, los cuales deben presentarse de manera conjunta

5.1. Elementos personales.

“Constituido por los sujetos intervinientes, que son el causante o autor y los sucesores. Compuesto por las personas que intervienen en el reparto de la masa hereditaria o herencia.” (Amado, 2016, p. 41) Forman parte de la sucesión hereditaria, y su participación es indispensable para que se concrete la transmisión patrimonial; el causante siempre va a ser único, pero respecto de los sucesores existen diferentes clases, determinadas por la clase de sucesión hereditaria.

5.1.1. El Causante.

Designación utilizada para describir a la persona que como consecuencia de su muerte va a originar la sucesión hereditaria, derivando su derecho a su sucesor o sucesores. Es común que, en el caso de la sucesión testada, se le denomine al causante como testador.

5.1.2. Los sucesores.

Son aquellos que a raíz del fallecimiento efectivo o presunto de una persona le son transmitidos sus derechos, obligaciones y bienes. Se clasifican dependiendo si se trata de sucesión testamentaria o intestada.

5.1.2.1. Sucesión Testamentaria.

Pueden dar lugar a la siguiente clase de sucesores:

a. Herederos forzosos o legitimarios.

Designados expresamente por el Código Civil en su artículo 724^o, estos son: los hijo y demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.), los padres y demás ascendientes (abuelos, bisabuelos, ect.), el cónyuge y el sobreviviente de la unión de hecho. A ellos les corresponde recibir la legítima, que constituye la parte de la herencia que no puede ser dispuesta libremente por el causante. Debiéndose

tomar en consideración lo estipulado en el artículo 816º, del C.C, donde se determina el orden excluyente o prioritario de los herederos forzosos.

b. Legatario.

Son personas naturales o jurídicas a las cuales el testador de manera libre y a título de legado les transfiere parte de su patrimonio el cual debe conformar la porción de libre disposición, se encuentra regulado por el art. 756º, del Código Civil.

El testador podrá disponer hasta un tercio de sus bienes para legados cuando tuviese herederos forzosos descendientes, cónyuge o conviviente, de acuerdo a lo señalado por el art. 725º, del C.C.

Si el testador tuviese herederos ascendientes, el art. 726º, del C.C. determina que podrá disponer de la mitad de sus bienes para favorecer a los legatarios.

Únicamente el testador podrá disponer libremente de la totalidad de sus bienes, cuando no tenga herederos descendientes, ascendientes, cónyuge o conviviente. De conformidad con el art. 727º, del C.C. el testador podrá instaurar legatarios y favorecerlos con la totalidad de su masa hereditaria.

c. Herederos voluntarios.

Cuando el testador no tenga herederos forzosos y pueda disponer de la totalidad de sus bienes, podrá instruir a herederos voluntarios. Estos pueden ser herederos no forzosos, como sobrinos, tíos, hermanos, etc., pero también pueden ser personas que no guarden parentesco con el testador. El podrá distribuir la transferencia de su patrimonio de forma libre, y en el caso que no determinara la distribución, los herederos voluntarios heredaran en partes iguales.

5.1.2.2. Sucesión Intestada.

Pueden dar lugar a la siguiente clase de sucesores:

a. Herederos legales.

Son aquellos sujetos vinculados parentalmente que recibirán la herencia por falta de testamento, y se aplicará de forma supletoria la ley. La ley mediante el artículo 815°, del C.C., señala quienes son los herederos legales, estableciendo un orden excluyente, los parientes más próximos en orden para heredar excluyen a los más remotos, con excepción del cónyuge o el integrante sobreviviente de la unión de hecho que van a concurrir con los de primer y segundo orden.

Primer Orden: los hijos y demás descendientes

Segundo Orden: los padres y demás ascendientes

Tercer Orden: el cónyuge o el integrante sobreviviente de la unión de hecho

Cuarto Orden: los parientes colaterales en segundo grado (los hermanos)

Quinto Orden: los parientes colaterales en tercer grado (los sobrino y tíos)

Sexto Orden: los parientes colaterales en cuarto grado (los primos hermanos, tío abuelo, sobrino nieto) (Santamaría)

5.2. **Elemento real o material.**

Es el patrimonio dejado por el causante, es decir el conjunto de bienes, derechos no personalísimos y obligaciones; pudiendo deducirse que el patrimonio no abarca únicamente los activos, sino que a su vez a los pasivos (obligaciones, cargas y deudas).

Respecto del pasivo hereditario, existen dos teorías recogidas por el Código Civil, que determinan la responsabilidad del heredero frente a los pasivos del causante.

a. *Teoría Intra Vires Hereditatis.*

Establece que las deudas del causante van a ser pagadas con los bienes de la masa hereditaria, hasta donde ésta alcance, sin afectar la esfera económica del heredero. “El heredero no se encuentra

obligado a asumir, con su propio patrimonio, el costo económico de las deudas del causante.” (Saavedra, 2014, p. 49)

La responsabilidad del heredero, según la teoría planteada, es limitada en el sentido que solo sobre el patrimonio hereditario recaen las deudas del causante, sin llegar a afectar los propios bienes del heredero. Teoría recogida por el Código Civil en su artículo 661º “El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.” (Código Civil , 1984)

Es la más beneficiosa para los sucesores, pues las obligaciones de la herencia van a ser satisfechas únicamente por la herencia, por ejemplo: el causante dejó bienes valorizados en S/. 500,000.00 (quinientos mil soles), y como único sucesor su hijo, luego se determina que tiene una deuda bancaria de S/. 50,000.00 (cincuenta mil soles), esa deuda va a ser pagada con el monto que dejó como herencia el causante.

En el caso que la deuda sea de S/. 562,000.00 (quinientos sesenta y dos mil soles), el excedente de S/. 62,000.00 (sesenta y dos mil soles) no serán pagados con el patrimonio del heredero, pero si es responsable de probar el excedente, es decir que tiene que probar que los bienes le pertenecen para que no se los embarguen y si no tiene como probarlo se aplicará la teoría Ultra Vires Hereditatis; puede darse el caso que exista inventario, realizado por la notaría, de esta manera el acreedor solo podrá afectar los bienes del causante; el beneficio del inventario puede ser interpuesto oportunamente dentro de un proceso civil como defensa previa según lo estipulado en el artículo 455º, del Código Procesal Civil. Cuando no se proponga dentro del plazo el beneficio de inventario se aplicará la teoría Ultra Vires Hereitatis.

b. Teoría Ultra Vires Hereditatis.

La responsabilidad de los herederos es ilimitada pues responderán con su patrimonio las cargas y deudas del causante que

no fueron totalmente satisfecha por la masa hereditaria. El legislador interpuso esta figura como una sanción para el heredero, cuando este incurra en los dos supuestos señalados en el artículo 662º, del C.C. “Pierde el beneficio otorgado en el Artículo 661º, el heredero que: 1.- Oculta dolosamente bienes hereditarios. 2.- Simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.” (Código Civil , 1984)

Resultará aplicable esta figura cuando el heredero oculte dolosamente bienes hereditarios o simule deudas, perdiendo el beneficio *intra vires hereditatis* otorgado al heredero en el artículo 661º, del C.C.

5.3. Elementos formales.

La concurrencia de estos son requisito indispensable para que la sucesión tenga lugar. Según Andrés Cusi Arredondeo, los elementos formales se dividen en tres: la muerte del causante, la supervivencia del heredero y la vocación sucesoria. (Cusi, 2013)

5.3.1. La muerte del causante.

Este elemento hace alusión a la muerte física de la persona, cuando las funciones biológicas cesan de manera irreversible, poniendo fin a la persona humana, conceptualización reconocida por el artículo 61º, del Código Civil. A esta muerte hace referencia el artículo 660º, que prescribe: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.” (Código Civil , 1984)

También se puede dar en caso de ausencia, siempre y cuando exista una Declaración Judicial de muerte Presunta, según lo estipulado en el artículo 59º, inciso 4º, en concordancia con el artículo 60º, que determina: “(...) En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión.” (Código Civil , 1984)

Para que se emita Declaración Judicial de muerte Presunta, el código en el artículo 60º, regula tres situaciones:

1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.
2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.
3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. (Código Civil , 1984)

De ahí que la Declaración Judicial de Muerte Presunta, va a equivaler a la muerte natural del causante ocasionando la apertura de la sucesión. Para que se dé la sucesión hereditaria es indispensable la muerte natural o presunta de una persona, si la persona no ha muerto no se podrá realizar la transmisión sucesoria al no cumplir con este elemento formal.

5.3.2. *Supervivencia o sobrevivencia del heredero:*

En contraposición al causante tenemos a los sucesores, las diferentes clases ya han sido señalados anteriormente; para que la transmisión sucesoria se concrete es necesario que exista alguien a quien se le va a transmitir los activos y pasivos de la herencia dejada por el causante, ese alguien debe estar vivo al fallecimiento del causante.

5.3.3. *Vocación sucesoria*

No cualquiera tiene vocación sucesoria y puede heredar, sino que para ser partícipe de la sucesión hereditaria y tener vocación sucesoria se debe ser causahabiente o heredero. Dicha condición puede perderse como es el caso de la indignidad y el de la desheredación, por la finalidad del presente trabajo de investigación, no se va desarrollar la explicación de ambas figuras.

CAPÍTULO II LA LEGÍTIMA HEREDITARIA O SUCESORIA

1. Introducción.

Realizada la explicación conceptual del Derecho Sucesorio, sus fuentes, las clases de sucesiones y los elementos que la conforman, puesto que son aspectos importantes para comprender a cabalidad una de las figuras principales del presente trabajo de investigación, la Legítima hereditaria.

2. Aspecto Histórico.

La Ley de las XII tablas o *Lex XII tabularum*, es el código más antiguo del derecho romano, “primer corpus normativo que se conoce en Occidente, es un punto inexcusable para juristas (...) Promulgada a mediados del siglo V antes de Cristo.” (Moreno, 1995)

Su importancia radica en que “constituyó el proceso de consolidación del Estado romano de las civitas.” (Quisbert, p. 4) El derecho romano se desligo del carácter sagrado que lo revestía.

En la Ley de las doce Tablas, en la tabla quinta refiere el concepto de herencia, determinando que la disposición que hacía el padre de familia respecto de sus bienes era de obligatorio cumplimiento. El patriarca gozaba de libertad para testar, y su decisión no podía ser cuestionada.

El código civil de 1936 no define a la legítima hereditaria, únicamente indica que la legítima en caso de que el causante tenga herederos descendientes y cónyuge podrá disponer libremente de un tercio de su patrimonio, la legítima está comprendida por las dos terceras partes de sus bienes; caso contrario tenga herederos ascendientes el cincuenta por ciento será de libre disposición y la otra mitad como legítima. Si el causante no tiene herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge) podrá deponer de la totalidad de sus bienes. Similar designación es empleada por el C.C. de 1984 (vigente al momento de realizar la investigación).

El código civil actual difiere con su antecesor, respecto de la cuota legitimaria del cónyuge; en el C.C de 1936, en su artículo 704^o, mencionaba

que si el monto por concepto de gananciales alcanzaba o superaba el monto de la cuota legítimaría, no le correspondería la legítima. El código civil de 1984, que se mantiene en vigencia, en su artículo 730º, independiza el concepto de gananciales y legítima, el cónyuge tendrá derecho a la cuota legítimaria, así como también de los gananciales.

3. Definición de la Legítima Hereditaria.

En el sistema legal peruano la legítima hereditaria se encuentra definida en el artículo 723º, del Código Civil, como la parte que integra una porción de la herencia, la cual no podrá verse afectada mediante el poder de disposición del testador, cuando este tenga herederos forzosos. Según Guillermo A. Borda “Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito.” (1994, p. 78)

Según Cabanellas, citado por Amado Elizabeth, “sostiene que la legítima es la parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos. Definición amplia, que comprende tanto la sucesión testamentaria como la intestada.” (Derecho de Sucesiones, 2016, p. 251)

No todos los parientes del causante gozan del derecho a la legítima, sino, únicamente está contemplada para los que guardan más cercanía con el causante, estos son los descendientes (hijos, nietos, bisnietos), los ascendientes (padres, abuelos, bisabuelos), y el cónyuge o el integrante sobreviviente de la unión de hecho, denominados como herederos forzosos y se encuentran designados por el artículo 724º.

El quantum de la legítima es variable, condicionado a quienes serán los herederos forzosos de la sucesión hereditaria, es decir la porción de la legítima dentro de la herencia cambia dependiendo de si heredan los descendientes y/o el cónyuge o solo los ascendientes.

Si los herederos fuesen descendientes o se tratase del cónyuge, regulado en el artículo 725º, del Código Civil, el testador no podrá disponer de las dos terceras partes de la herencia (legítima), respecto del tercio restante

si tendrá facultad para disponer libremente. En el caso en que se tratase de herederos en calidad de ascendientes, regulado en el artículo 726º, del Código Civil, la mitad de la herencia será tomada en cuenta como legítima y la otra mitad de libre disposición.

4. Legitimarios.

Llamado también herederos forzosos, señalados de forma expresa en el artículo 724º, C.C. son aquellos parientes cercanos que sobreviven al causante y por derecho no pueden ser excusados de la sucesión, tienen derecho sobre la legítima.

4.1. Legítima del heredero descendiente.

Determinada en Artículo 725º, del C.C., están integrados por los hijos y demás descendientes en orden de grado, los nietos, bisnietos, tataranietos y así sucesivamente. El código civil de 1984 (vigente al momento de la realización de la presente investigación) se diferencia de sus predecesores, el C.C. de 1852 y 1936, al no hacer distinción entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, todos gozan del derecho a ser incluidos en la sucesión respetando su cuota legitimaria en igualdad de condiciones.

La legítima corresponderá a las dos terceras partes del patrimonio hereditario, cuando el causante tenga herederos forzosos descendiente, disponiendo libremente del tercio restante.

4.2. Legítima del heredero ascendiente.

Consagrada en el Artículo 726º, del C.C., integrada por los padres y demás ascendientes como abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. En correlación con lo estipulado en el artículo 398º, del C.C., hay tomar en consideración que quien reconoce a un hijo mayor de edad, debido al reconocimiento tardío la norma sanciona al reconociente privándole del derecho sucesorio y alimenticios; gozar de los derechos sancionados está condicionado al consentimiento brindado por el hijo mayor de edad.

4.3. Legítima del Cónyuge y el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

El cónyuge sobreviviente concurre al igual que los demás herederos forzosos para la cuota legítima; en razón del integrante sobreviviente de la unión de hecho, mediante la Ley N°3007 se modificó el artículo 816º, del C.C., determinando que el integrante sobreviviente de la unión de hecho tienen derecho a percibir la legítima al igual que los demás herederos forzosos, la mencionada ley también modificó la Ley N.º 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no Contenciosos, su artículo 39º, inciso 4, el cual en un inicio solicitaba como requisito que la solicitud de sucesión intestada incluya la presentación la partida de matrimonio, lo cual ocasionaba mermas en el derecho de las uniones de hecho, con la modificación el requisito para presentar la solicitud de sucesión intestada era adjuntar la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho.

5. Naturaleza jurídica de la Legítima.

5.1. Pars Hereditatis.

Según la postura *pars hereditatis*, define la legítima como parte de la herencia, generándose las siguientes preguntas ¿sobre qué recae la legítima?, ¿en base a qué se determinan las cuotas legítimas?

Al conceptuar la legítima como parte de la herencia, primero se debe reconstruir el patrimonio hereditario: a) el paso primigenio va hacer identificar al caudal relicto, es decir el patrimonio que dejó el causante al momento de su deceso, b) el segundo paso será restarle o deducirle los pasivos al caudal relicto obteniendo lo que se denomina renta neta; c) el tercer paso es incrementar o sumar a la renta neta las liberalidades que realizó el causante en vida, con el fin de determinar la colación, si ha habido anticipo de herencia, o determinar si las liberalidades realizadas a favor de terceros como donación han sido excesivas.

Tabla 1: Reconstrucción del Patrimonio Hereditario

| |
|--|
| Caudal Relicto |
| (-) Pasivos |
| (=) Caudal Neto |
| (+) actos de liberalidad realizado en vida por el causante |
| (=) Herencia |

Gráfico 1: Reconstrucción del Patrimonio Hereditario

Fuente: Elaboración Propia

Lograda la reconstrucción del patrimonio hereditario, finalmente se podrá determinar la porción de la herencia considerada legítima, así como el cálculo de las cuotas legitimarias.

En el Perú la herencia se divide en dos partes, entre la porción de libre disposición y la porción de la legítima, la cuantificación varía dependiendo de la clase de herederos forzosos.

Tabla 2: Distribución de la herencia en el Perú

| Herederos Forzosos | La Herencia | |
|----------------------------|-------------|---------------------------------|
| | La Legítima | La Porción de libre disposición |
| Legitimarios descendientes | 2/3 | 1/3 |
| Legitimarios ascendientes | 1/2 | 1/2 |

Gráfico 2: Distribución de la herencia en el Perú

Fuente: Elaboración Propia

5.2. Pars Bonorum.

La teoría *pars bonorum* supone que el legitimario es simplemente titular de un derecho de crédito y que puede no tener la calidad de heredero,

“pudiendo los legitimarios recibir parte del activo por cualquier título, donación o legado y no necesariamente por concepto de herencia” (Aguilar, 2017, p. 55)

Guillermo Lohmann, difiere con la concepción de la legítima como porción o parte de la herencia (teoría *pars hereditatis*), porque en sus palabras “la legítima no se calcula exclusivamente sobre la herencia dejada -es decir sobre la suma de activos y pasivos universalmente considerados-, sino *grosso modo* sobre el valor de la herencia neta más el valor de las donaciones (...)” (p. 34) además menciona que la legítima no siempre forma parte de la herencia; brindando como ejemplo el siguiente supuesto: el causante en vida realizó donaciones a todos sus hijos, y al momento de hacer su testamento los omite, dejando toda su herencia a instituciones de caridad; si las donaciones superan lo que les correspondería como legítima está se considerará pagada, por consiguiente el testador podrá disponer libremente de todo su patrimonio.

En consecuencia los defensores de esta postura, como el jurista Lohmann Guillermo, sostienen que la legítima puede ser otorgada en vida por el causante y no se configuraría el fenómeno de la herencia pues no existe derecho sucesorio de personas vivas. Aguilar Benjamín no concuerda con esta teoría por los siguientes motivos: a) afirma que contradice con la finalidad tuitiva de la legítima, de brindar protección a los familiares cercanos y directos del causante, garantizado su participación en la herencia dejada por este; pues la teoría *pars bonorum* difiere con dicha finalidad al determinar que los familiares lejanos o aquellos que no son parientes del causante participan de la legítima. b) Para el cálculo de las cuotas legitimarias, al caudal relicto se le va a disminuir los pasivos, generando de la sustracción la denominada renta neta, a esta última de la va a agregar las liberalidades realizadas por el causante en vida a favor de los herederos forzosos u/o terceros.

Pero según la teoría *pars bonorum* las cuotas legitimarias son canceladas en vida por el causante, pero de acuerdo con la normativa peruana el valor de las liberalidades retorna para reconstruir el patrimonio hereditario. Finaliza diciendo que “la legítima es exclusiva y excluyente, al no poder considerar a un heredero voluntario como legitimario” (Aguilar, 2017, p. 55)

Porque la figura del heredero voluntario es creada por el testador mediante un acto de liberalidad, en cambio los legitimarios o herederos forzosos por ley tienen derechos a percibir la legítima.

6. Distribución de la Legítima.

La distribución de la legítima hereditaria entre todos los herederos forzosos o legitimarios en la normativa peruana se encuentra estipulada en el artículo 729º, del Código Civil, determina lo siguiente: “La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.” (1984)

De acuerdo con el artículo en mención, la legítima se reparte de manera homogénea, es decir, en partes iguales entre todos los herederos; cada legitimario recibirá la misma cantidad de cuota legítima. La legítima al ser una parte de la herencia, para su determinación se deben primero identificar al caudal relicto, es decir a los bienes universales del causante, restarle los pasivos obteniendo de esta manera el caudal neto, respecto de este se le aumentarán las liberalidades realizadas en vida por el causante, consiguiendo establecer el monto de la herencia; ya fijada la herencia se puede determinar la legítima, pudiendo ser esta dos tercios o la mitad del monto de la herencia dependiendo de la clase de legitimarios, ascendientes o descendientes, concurriendo con ambos el cónyuge. Significa que, si concurren legitimarios descendientes, la legítima corresponderá a dos tercios de la herencia debiendo ser repartida en partes iguales; y si los legitimarios son ascendientes, la mitad de la herencia le atañe a la legítima la cual está distribuida homogéneamente.

Por consiguiente, en el derecho sucesorio peruano no existe diferenciación entre los legitimarios respecto a la parte de legítima hereditaria que les corresponde, a ninguno se le otorgará mayor porción de legítima.

7. La Mejora Hereditaria.

Las mejoras hereditarias dependiendo de las disposiciones legales de los países que las acogen en su regulación, pueden formar parte de la herencia o formar parte de la legítima; es decir, en algunas legislaciones dividen a la herencia tres: la legítima, la mejora hereditaria y porción de libre disposición; y otras, dividen la herencia en dos: la porción de libre disposición y la legítima, y es esta última la que se subdivide en la legítima estricta y la mejora estricta o mejora hereditaria.

La finalidad de esta figura, como su mismo nombre permite inferir, es mejorar o favorecer a algunos de los legitimarios, su alcance varía dependiendo de la regulación de cada país, algunas legislaciones permiten otorgar la mejora hereditaria en favor únicamente de los descendientes, y otras permiten mejorar también a los ascendientes.

La figura de la mejora hereditaria no es extraña para la historia del derecho peruano, debido a que, en el Código Civil de 1936, en sus artículos 707° al 712°, se encontraba regulada. Se determinaba como mejoras hereditarias, en el artículo 707°, lo que “El testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a legítima para mejorar a sus descendientes” (1936) Las mejoras formaban parte de la legítima; pero el código vigente no ha incorporado en su cuerpo normativo dicha figura.

8. La Mejora Hereditaria en la legislación comparada.

8.1. Código Civil de España.

En España la forma de gobierno es regional, fórmula intermedia entre el estado unitario y el estado federal, en concordancia con el artículo 02° de la Constitución Española el cual señala:

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. (Constitución Española, 1978)

“Las regiones son comunidades dotadas de autonomía legislativa, con personalidad jurídica diversa de la del poder central.” (Badia, 1977) En concreto, cada región tiene la autonomía de legislar sobre determinada materia, diferenciándose en ciertos matices al Código Civil Español, que emana del poder central.

Aclarado este punto, es que, para el presente trabajo de Tesis, se va tomar como referencia el Código Civil Español, y no las variaciones que cada región puede tener en el ejercicio de su autonomía constitucional.

8.1.1. División de la herencia.

El caudal hereditario, que corresponde a los bienes más las donaciones realizadas en vida por el causante, disminuyéndoles las deudas, se divide en tres tercios a la herencia: tercio de legítima, tercio de mejora y tercio de libre disposición. (Abogados y herencia, 2021) El concepto de mejoras no se encuentra regulado en la legislación peruana, en esta únicamente la herencia se divide en dos partes, la correspondiente a la legítima y la respectiva porción de libre disposición del causante.

8.1.2. Legítima hereditaria.

La figura de la legítima se encuentra designada en el Código Civil Español, en su artículo 806º: “Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.” (Código Civil Español, 1889)

En el artículo siguiente, 807º, detalla quienes son los herederos forzosos, al igual que la legislación peruana, son considerados legitimarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

Son herederos forzosos:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código (Código Civil Español, 1889).

8.1.3. Tercio de legítima.

La legítima de los descendientes, constituye las dos terceras parte del haber hereditario, designado en el artículo 808º, una de las dos terceras partes que conforma la legítima puede servir para mejorar a los descendientes. En el supuesto que el causante no haga uso del derecho de mejora, la legítima se denominará como global o larga, porque los sucesores recibirán tanto el tercio de mejora hereditaria como el tercio de legítima; como otra posibilidad puede darse el caso que, sí se disponga mejorar a uno a algunos de los descendientes, los demás obtendrán únicamente el tercio de legítima, denominada legítima estricta o corta; también, puede suceder que el testador mejore a uno de los descendientes, pero sin llegar a utilizar la totalidad del tercio de mejora, en ese caso la parte de la mejora que no fue utilizada será distribuida entre los demás descendientes. (Abogados y herencia, 2021)

En el caso de la legítima de los ascendientes, la legítima estará constituida por la mitad del haber hereditario, regulada en el artículo 809º, si ambos padres del causante estuvieran vivos la legítima se dividirá en partes iguales.

Existe similitud entre la normativa peruana y española, en lo concerniente a la cuantificación diferencial de la legítima cuando concurren descendientes o ascendientes.

La legítima del viudo, este no heredará en propiedad sino en usufructo, es decir tendrá derecho al goce y disfrute del bien, más no podrá venderlo o darlo en garantía, se denomina usufructo legal del cónyuge vivo, con la finalidad de conservar los bienes para los hijos. En el ordenamiento jurídico peruano no se aplica dicha restricción para con el cónyuge sobreviviente.

8.1.4. Tercio de mejora.

“La mejora se puede definir como aquella disposición del testador que, pudiendo afectar a un tercio del caudal hereditario, incrementa los derechos sucesorios de uno o varios de sus hijos o descendientes.” (Biberley).

Tabla 3: División de la Herencia en España

| División de la herencia | | |
|-------------------------|------------------|-----------------------------|
| Legítima hereditaria | | Tercio de libre disposición |
| Tercio de legítima | Tercio de Mejora | |

Gráfico 3: División de la Herencia en España

Fuente: Elaboración Propia

El tercio de mejora consiste en la parte de la legítima que el testador puede disponer como mejora en favor únicamente de los herederos forzosos descendientes, he ahí la explicación del porque se le considera como parte de la legítima, pues esta está destinada a favorecer únicamente a los herederos forzosos, con la diferencia que el tercio de mejora es restrictiva al no ser aplicable a todos los legitimarios, sino solo para los descendientes.

No se debe confundir el “tercio de mejora” con el término “mejora”, si bien se encuentran relacionados hacen referencia a cuestiones distintas, el primer término refiere a la parte de la herencia que puede ser dispuesta en favor de los descendientes, y el segundo término hace referencia a la potestad del testador de disponer el tercio de mejora en beneficio de sus descendientes.

Los artículos que regulan el tercio de mejora son los siguientes:

Artículo 808º Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. (...) (Código Civil Español, 1889)

Artículo 823º El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. (Código Civil Español, 1889)

Según la jurisprudencia española “el disponente puede mejorar al nieto viviendo su padre e hijo de aquel” (Mondragón, 2019, p. 99) Mediante sentencia del Tribunal Supremo, el 28 de septiembre del 2008, se determinó que el causante puede mejorar a los nietos aun cuando estén viviendo sus hijos

Aunque la mejora sea parte de la legítima (sentencias de 26 de diciembre de 1.989 y 22 de noviembre de 1.991) y el artículo 808 del Código Civil no reconozca conjuntamente a los hijos y descendientes derecho a reclamar esta última, es interpretado el artículo 823 del Código Civil en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legitimario de primer grado y, por ende, con derecho a reclamar legítima. (STS 695/2005)

8.1.5. Beneficio en favor del heredero con discapacidad

Mediante la “Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, cuyo objeto es “regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial” (Ley 41, 2003), implementando reformas en beneficio de los discapacitados respecto de su patrimonio.

Fue por medio de presente ley que se incorporó un tercer párrafo en el artículo 808°, del código civil español, respecto de la herencia del heredero con discapacidad, que estipulaba: “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos” (Ley 41, 2003)

Con posterioridad, en el año 2021 el presente artículo ha sido modificado por medio de la Ley 8/2021, reformándolo ha quedado establecido en la siguiente redacción:

Quando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*.” (Ley 8, 2021)

Previa a la última modificación del código civil, para que la persona discapacitada con vocación sucesoria pueda ser beneficiada se requería haber sido declarada judicialmente incapacitada, pero de acuerdo con la modificación realizada por Ley 8/2021, que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, teniendo por objetivo la concordancia entre la normativa interna española con la Convención Internacional de los

Derechos de las Personas con Discapacidad, ha tenido a bien suprimir dicho requerimiento por ser contrario a la reconocida capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La institución determinada en el artículo 808°, como medio para que el testador disponga la mejora hereditaria en favor del heredero, es la sustitución fideicomisaria de residuo; para comprender con exactitud esta institución, es preciso diferenciarla del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria ordinaria. Las partes que conforman dichas figuras se las denomina: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

En el fideicomiso, el fideicomitente es el testador, el cual va a transmitir sus bienes al fideicomisario, que no es otro que su heredero, pero en el intermedio, el fideicomitente ha designado a una persona o entidad, denominado fiduciario, encargado de administrar esos bienes para cumplir con las disposiciones establecidas por el testador, el fiduciario no adquiere la propiedad sobre el patrimonio, únicamente se va a encargar de ejecutar el testamento y no es un heredero como el fideicomisario.

En la sustitución fideicomisaria ordinaria, el fideicomitente sigue siendo el testador, sin embargo, el fiduciario es un heredero del fideicomitente, el cual sí adquiere la propiedad del patrimonio, pero se encuentra obligado a conservarlo, para que con posterioridad pueda transmitirlo al heredero fideicomisario.

La sustitución fideicomisaria de residuo se diferencia de la ordinaria, pues “permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitados, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto” (Botello, 2016), también puede darse el caso que el fiduciario disponga de todos los bienes, generando que el fideicomisario no adquiera bien alguno; la sustitución fideicomisaria de residuo se encuentra regulada en el segundo párrafo del artículo 783°, del Código Civil Español. De acuerdo con el artículo 808°, queda determinado que el fiduciario será el heredero con

discapacidad y el fideicomisario será el heredero que vio afectada su legítima.

La sustitución fideicomisaria de residuo se subdivide en dos categorías que se clasifican de acuerdo al “grado de permisividad que el testador tenga con el fiduciario, (...) en sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo) y *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).” (Botello, 2020)

La sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*: el fideicomitente no le pone límites al fiduciario, pudiendo disponer del total de los bienes fideicomitados, y si es que queda algo será transferido al fideicomisario.

La sustitución fideicomisaria de residuo *de eo quod supererit*: el fideicomitente le otorga facultades al fiduciario para que pueda disponer en vida sobre algunos bienes fideicomitados, pero no sobre la totalidad de estos porque la voluntad del fideicomitente es que ciertos bienes sean transferidos al fideicomisario.

Surge la interrogante, para el caso en cuestión, de mejoras en favor del heredero con discapacidad ¿Qué categoría de sustitución fideicomisaria de residuo se va a aplicar?, la respuesta surge de la interpretación que se da a la frase “salvo disposición contraria del testador”, existen dos líneas interpretativas: la primera interpretación postula que el fideicomitente otorgue una capacidad amplia al fiduciario y este pueda disponer de la totalidad del patrimonio fideicometido, la segunda interpretación persigue comprender la norma desde una óptica más restringida, “no permitiendo todos los actos onerosos sino alguno de ellos (como por ejemplo, solo vender o hipotecar), o limitado a parte de los bienes fideicomitados y no a todos ellos” (Pérez, 2022)

De acuerdo con el notario Carlos Pérez Ramos, el cual escribe para la revista del Colegio Notarial de Madrid, la interpretación correcta es la

sustitución fideicomisaria de residuo de eo quod supererit, debido a que resguarda la legítima al imponerle límites sobre cuanto o como puede disponer de los bienes fideicometidos el heredero fiduciario con discapacidad; de esta forma quienes vieron afectada su legítima, podrán recuperarla con posterioridad.

En España se encuentra regulado, en el artículo 2º, de la Ley 41/2003, el grado de minusvalía que debe tener una persona para se considerara con discapacidad:

“a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.” (Ley 41, 2003)

Como consecuencia de la modificación al artículo 808º, del Código Civil Español, mediante la Ley 8/2021, se amplía el alcance de la mejora hereditaria no solo para aquellos con discapacidad mental, como “limitaba el precepto a los “judicialmente incapacitados” y ahora permite que sean aquellos que tengan una minusvalía no solo psíquica (igual o superior al 33%), sino también física (igual o superior al 65%)” (Pérez, 2022)

La legislación española toma en cuenta si la persona con discapacidad puede proveer con su propia subsistencia, y para ello clasifica el grado de dependencia del discapacitado, regulado en la Ley 39/2006 denominada “Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situaciones de dependencia”.

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. (Ley 39, 2006)

8.2. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

8.2.1. Legítima hereditaria.

La figura de la legítima hereditaria se encuentra normada en el artículo 2444°, del Código Civil y Comercial de la Nación, determinada como la porción de la herencia que el causante no podrá disponer libremente por acto inter vivos o mortis causa, debiendo ser exclusiva para los legitimarios (los herederos descendientes, los ascendientes y el cónyuge).

“Artículo 2444.- Legitimarios.

Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015)

8.2.2. La Mejora hereditaria.

En la legislación argentina la figura de las mejoras, se encuentra normada en el artículo 2414°, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

“Artículo 2414° Mejora

En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente.” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015)

El concepto que maneja la legislación argentina de mejora hereditaria, no es la misma que el código civil español; en Argentina se puede mejorar a los descendientes con el tercio de libre disposición, a diferencia de España que las mejoras hereditarias conforman su propio tercio de mejoras distinto al tercio de libre disposición.

Se distingue una porción de mejora propiamente dicha, únicamente cuando existan herederos forzosos con discapacidad, en esos casos la mejora no se realiza con el tercio de libre disposición, sino con la porción de mejora hereditaria, que conforma parte de la legítima.

8.2.3. Beneficio en favor del heredero con discapacidad.

Mediante la Ley 26.994/2014 se aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entrando en vigencia el primero de agosto del 2015, y una de las reformas planteadas por el nuevo código fue la integración del supuesto de la mejora en favor del heredero con discapacidad, “flexibilizando el concepto de la legítima anteriormente considerada intangibles”. (Santiso, 2016)

Para el derecho argentino, la herencia se divide de la siguiente manera:

Tabla 4: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos descendientes

| HERENCIA | | |
|---------------------------|------------------------|------------------------------|
| Porción de Legítima (2/3) | | Proción de Libre disposición |
| 1/3 de Legítima Estricta | 1/3 de Mejora Estricta | 1/3 |

Gráfico 4: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos descendientes

Fuente: Elaboración Propia

El cuadro antes planteado facilita entender cómo se divide la herencia, se debe tomar en consideración que dicha porción de distribución se da cuando los herederos son descendientes, puesto que cuando concurren herederos ascendientes el quantum distributivo será diferente, y será esquematizado en el siguiente cuadro:

Tabla 5: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos ascendientes

| HERENCIA | | |
|---------------------------|------------------------|------------------------------|
| Porción de Legítima (1/2) | | Proción de Libre disposición |
| 1/4 de Legítima Estricta | 1/4 de Mejora Estricta | 1/2 |

Gráfico 5: División de la herencia en la legislación argentina cuando el causante tiene herederos forzosos ascendientes

Fuente: Elaboración Propia

La reforma en cuestión se encuentra consagrada en el artículo 2448°, del Código Civil y Comercial de la Nación, prescribiendo lo siguiente:

Artículo 2448°.- Mejora a favor de heredero con discapacidad.

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible,

de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015)

La legislación argentina plantea como excepción a la regla, concederle al causante la potestad para que pueda disponer una porción de la legítima en favor del heredero con discapacidad, la mejora estricta no es un mejor derecho a heredar con relación a otro, de modo que le permita exigir una mayor porción de la herencia, sino que la ley le otorga al causante la facultad discrecional, para decidir si mejora o no al heredero con discapacidad, y si hay más de uno puede otórgale la mejora a uno de ellos o ambos pero en cantidades diferentes. (Olmo J. , 2016)

Los herederos beneficiarios, son los herederos ascendientes y descendientes “para que en Argentina proceda la mejora debe ser otorgada a herederos con vocación hereditaria actual y no meramente eventual.” (Olmo J. , 2016) Es decir, se respetará el orden sucesorio excluyente, si concurren ascendientes y descendientes, estos últimos serán excluidos, además no se puede mejorar a favor de un nieto, porque los hijos al ser un grado más próximo excluyen a los nietos, excepto el derecho de representación.

La figura de la mejora hereditaria excluye a los cónyuges con discapacidad, pese a que ellos forman parte de los legitimarios, no acceder a este beneficio se justifica, porque “goza de medidas de protección relacionadas con la protección de la vivienda familiar o el derecho de habitación” (Santiso, 2016), el jurista Javier A. Santiso, expresa que dicha

exclusión es injustificada debido a que lo alegado son normas comúnmente aplicadas a los cónyuges en general para su protección, sin embargo la condición de discapacidad que presenta el cónyuge no es tomada en consideración.

En Argentina el causante puede beneficiar al heredero con discapacidad, sin la necesidad de contar con un Certificado que acredite su condición, y si la discapacidad del heredero es cuestionada por los otros herederos que han visto disminuida su legítima, podrán presentar prueba en contrario.

El artículo 2448°, determina que la mejora puede ser otorgada por cualquier medio que estime conveniente el causante y además también en fideicomiso. Cuando hace mención que puede ser otorgada por cualquier medio se refiere a:

Mediante una mejora testamentaria; una donación (arts. 1542, 2385 y 2391 CCyCN); una indivisión forzosa (art. 2330 CCyCN); un legado de cosa cierta y determinada (art. 2498 CCyCN); alimentos (art. 2509 CCyCN); derechos de usufructo (art. 2129 CCyCN), uso (2154 CCyCN) o habitación (2158 CCyCN); entre otros. (Olmo J. , 2016)

La definición de discapacidad contemplada en el artículo 2448°, no se encuentra acorde con la establecida en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), pese a haber sido ratificado el tratado en Argentina mediante la Ley 26.378. En virtud de que, el CCyCN define la discapacidad como una deficiencia propia del individuo, responsabilizándolo por su desintegración de la sociedad al no adecuarse al estándar impuesto por la mayoría que la confirma, concepto que ya ha sido superado y reemplazado por el Modelo Social de Discapacidad, el cual no responsabiliza al discapacitado de encontrarse excluido socialmente; sino que, traspassa dicha responsabilidad a la sociedad que por medio de barreras y trabas ocasiona la exclusión social del discapacitado, cabe recalcar que

dicho modelo no niega las particularidades y necesidades propias de las personas con discapacidad.

Un punto controvertido que alberga el artículo 2448°, ha generado posiciones divididas por parte de los juristas argentinos, puesto que dicho artículo no hace mención a la validación de la discapacidad como requisito previo al otorgamiento de la mejora.

Los juristas que están a favor concuerdan que la validación de la discapacidad a través del certificado es meramente declarativo y no constitutivo de esta. El abogado Juan Pablo Olmo, concuerda que no se necesita la certificación para acreditar la discapacidad del heredero, y su utilidad solo será requerida como medio de prueba cuando esta sea cuestionada por los demás herederos que vieron afectada su legítima. (2016) La abogada María José Valleró, cita en su tesis de grado al jurista Garate, el cual concierta también con dicha postura alegando que “La norma no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentajes mínimos en tales padecimientos.” (2020)

En contraposición se encuentran los juristas que están en desacuerdo con la falta de certificación como requisito para conceder la mejora, entre ellos se halla Olga Orlandi, la cual destaca como principal problemática la carga litigiosa que esto puede originar, pudiéndose prevenir si se establece como requisito previo el certificado de discapacidad, dado que puede darse el caso donde el causante mejora a uno de sus herederos bajo la premisa de la discapacidad, pese a que este tiene buena salud o no cumple con los parámetros brindados por el concepto de discapacidad; señala a su vez que “tampoco se fija porcentajes mínimos” (Orlandi, 2015) de minusvalía.

En conclusión, podemos extraer tres críticas importantes en la legislación argentina: la falta de certificación como requisito para otorgar la mejora, a su vez la falta de determinación de porcentajes o grados de minusvalía mínimos que debe tener el heredero para obtener dicho beneficio y los medios designados por el causante para hacer efectiva la mejora.

Pueden parecer a simple vista irrelevantes la certificación y los grados de minusvalía, sin embargo, se concatenan entre sí; fijar grados y porcentajes es de vital importancia debido a que no nos encontramos frente a cualquier figura jurídica, sino ante la legítima, cuyo propósito para el cual ha sido creada es resguardar a la familia, núcleo de la sociedad, evitando que esta quede desamparada, en consecuencia, al verse su intangibilidad excepcionalmente superada en beneficio del heredero con discapacidad, beneficio defendido en la presente investigación, no se debe descuidar su importancia y tomarse a la ligera, por el contrario deben existir medidas apropiadas que estén a la altura de la magnitud de su implicancia y alcance. La vinculación que tiene con el certificado, se debe a que al determinar un porcentaje o grado mínimo se vuelve indispensable cumplir con la acreditación de la discapacidad y el único medio para hacerlo es a través del Certificado Único de Discapacidad, denominado así en la legislación argentina.

Como último punto cuestionable en la redacción del artículo 2448°, es la amplia gama de medios que puede utilizar el causante para mejorar al heredero con discapacidad; antes de profundizar en las razones que fundamenten su carencia de idoneidad, cabe aclarar que si bien la legislación argentina permite mejorar al heredero discapacitado con un tercio de la legítima, también determina que puede utilizar la porción de libre disposición; la crítica y sus fundamentos únicamente van a recaer en el tercio de la legítima que se va a utilizar como mejora, porque la finalidad de la parte de libre disposición es otorgar al causante plena libertad para disponer como y a quien le va a otorgar dicha porción; en cambio la naturaleza de la legítima es proteccionista y resguardante al limitar la libertad del causante para disponer de dicha parte de la herencia, en pro de los integrantes de la familia más próximos que sobrevivieron a su muerte.

Al otorgarle al causante libertad para decidir el medio por el cual va a disponer la mejora, se le abre un abanico de posibilidades: como donación, usufructo, derecho de habitación, alimentos, entre otros, algunos pueden ser considerados más idóneos que otros; sin embargo, si bien la mejora está

pensada en las personas con discapacidad en calidad de herederos, ellos representan una cara de la moneda, y en la otra cara se encuentran los legitimarios que vieron afectada su porción de legítima.

Si bien el derecho a la igualdad en su dimensión material, determina que cuando nos encontremos frente a sujetos desiguales, la ley suplirá ese desbalance equiparando sus situaciones tratándolos de manera distinta y para cada caso en específico de forma proporcional, esta última característica hace referencia a que las partes que conforman determinada situación jurídica, para el caso en concreto: los herederos con discapacidad como los que carecen de ella, debe existir correspondencia entre sí, es decir, que ambas partes debe ser protegidas, si bien los herederos que ven afectada su legítima se encuentran perjudicados en pro de las necesidades y debido a la vulnerabilidad de los herederos discapacitados, el legislador debe optar por el medio oportuno que le permita a los que ven menoscabada su legítima obtener un resguardo de la misma, ¿cómo es eso posible?, si se pretende entregar un tercio de la legítima al heredero discapacidad ocasionando que los demás herederos ya la den por perdida; si traemos a colación la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo designada por la legislación española como el medio idóneo para hacer efectiva la mejora en favor del heredero con discapacidad, figura jurídica desarrollada con anterioridad en el presente trabajo de investigación, obtenemos la respuesta de que si es posible resguardar hasta cierto punto la legítima que en un primer momento les fue despojada.

8.3. Comparativa de la mejora a favor del heredero con discapacidad entre la regulación argentina y española.

8.3.1. Similitudes.

En ambas legislaciones la regulación de las mejoras hereditarias en favor del heredero con discapacidad, no es un derecho que le concede la ley al discapacitado con vocación sucesoria, para solicitar que se le otorgue mayor porción de herencia, sino que es

facultad del causante disponer en favor de su heredero con discapacidad una parte mayor de la herencia.

Además, si hay más de una persona con discapacidad entre los herederos, el causante haciendo uso de su facultad de disponer conferida por la ley, puede beneficiar solo a uno de ellos, o beneficiar a los demás sin estar obligado a otorgarles a todas cantidades iguales.

Asimismo, tanto en España como en Argentina no contemplan que el cónyuge supérstite que tiene discapacidad, pueda ser beneficiado.

8.3.2. Diferencias.

a. Con relación a las mejoras hereditarias propiamente dichas, reguladas en el artículo 2414°, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; y en la primera parte del artículo 808°, del Código Civil Español, difieren respecto de con cual parte de la herencia van a otorgar dicho beneficio, en la legislación Argentina se puede mejorar haciendo uso de la porción de libre disposición, por su parte, la legislación Española determina que se utilizará una de las dos partes que conforman la legítima para mejorar. Otro aspecto en el que se diferencian es, sobre quienes pueden recaer las mejoras hereditarias, de acuerdo con la normativa argentina pueden ser mejorados los descendientes y ascendiente, respetando el orden excluyente, caso contrario en España, se estipula que la mejora está destinada únicamente los descendientes, además permite la posibilidad de que el causante mejore a su nieto aun cuando su hijo esté con vida.

b. Las diferencias en cuanto a las mejoras en favor del heredero con discapacidad, se encuentran reguladas en el cuarto párrafo del artículo 808°, del C.C. Español; y en el artículo 2448° del CCyCN de

Argentina, respecto de con cual parte de la herencia van a otorgar dicho beneficio, en España se mantiene tanto para las mejoras hereditarias propiamente dichas y las mejoras en favor del heredero con discapacidad utilizar una de las partes destinadas a la legítima; contrario sensu, en Argentina existe un cambio pues las mejoras hereditarias propiamente dichas se otorgan mediante la porción de libre disposición, pero las mejoras en favor del heredero con discapacidad se conceden haciendo uso de una parte de la legítima. En relación sobre quienes pueden ser beneficiados, en Argentina se determina que podrán ser beneficiados los herederos forzosos con discapacidad ascendientes y descendientes; a diferencia de España que limita el alcance únicamente para los legitimarios descendientes.

c. Asimismo, en España se permite mejorar al heredero con discapacidad únicamente mediante sustitución fideicomisaria de residuo. En el caso de Argentina está permitido realizar la mejora por el medio que el causante estime oportuno.

CAPÍTULO III MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL NACIONAL E INTERNACIONAL RELACIONADO CON LA DISCAPACIDAD

1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1.1. Antecedentes.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 3 de diciembre de 1982 mediante Resolución 37/5 el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”, determinado programa “es una estrategia global para mejorar la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades, que busca la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo nacional”. (Naciones Unidas, s.f.)

Pese a la creación del “Programa de Acción Mundial para las Personas con discapacidad”, no fue suficiente para lograr fomentar la integración de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social en igualdad de oportunidades. En razón de ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 56/168, de fecha 19 de diciembre del 2001, decide establecer un Comité Especial para la elaboración de una convención internacional cuya finalidad sea la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, con la intervención de los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas, mediante el planteamiento de propuesta que serían luego examinadas por el Comité Especial; además de ello se debía tomar en cuenta las recomendaciones de la Comisión de los Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social. (Resolución 56/168, 2001)

Luego de siete años de labor por parte de la Comisión Especial en colaboración con instituciones intergubernamentales, no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos, es que con fecha 24 de enero del 2007 mediante Resolución 61/106 la Asamblea General aprobó la

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención. (Resolución 61/106, 2007)

1.2. Alcances.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es un tratado internacional, con el propósito de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.” (CDPD, 2007)

Respecto a la definición de la discapacidad, está se encuentra en el segundo párrafo del artículo 01º:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (CDPD, 2007)

La definición brindada por la convención deja de lado la óptica que retrataba a la discapacidad desde el punto de vista caritativo, ya no las define como personas sin la capacidad de tomar decisiones por si mismas siendo necesario incluso remplazar su voluntad; sino que la definición presenta un cambio de paradigma al considerarlas titulares de sus derechos y capaces de tomar decisiones propias que generen repercusiones en su vida, con la salvedad de los denominados “ajustes razonables” aplicados para situaciones particulares que ameriten adaptaciones necesarias y proporcionadas para garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

En el preámbulo de la Convención en el literal e), reconoce que el concepto de discapacidad va evolucionando, y que este se define “del

resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (CDPD, 2007)

El artículo 01º y el literal e) del preámbulo de la convención no las define como aquellas personas que por su condición de tal se ven impedidas de desenvolverse socialmente, sino que el impedimento radica en un factor externo, ajeno a ellas. La convención al momento de definir la discapacidad adopta la postura del Modelo Social, el cual determina que lo que genera discapacidad son las barreras que se encuentran dentro de la sociedad e impiden que las personas con discapacidad puedan desenvolverse de forma plena en la vida social.

El modelo social de discapacidad no pretende negar las singularidades de las personas con discapacidad, sino que argumenta que no son ellas las que deben adaptarse a una sociedad pensada y creada por y para personas sin discapacidad, trasladando de esta manera la responsabilidad a la sociedad para la eliminación de barrera que impidan la integración plena de las personas con discapacidad.

1.3. Observancia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tiene el carácter de tratado internacional, por tal motivo todos los países que lo han ratificado se encuentran obligados a su cumplimiento, debido a que la Ratificación es una manifestación de voluntad por parte de un Estado a someterse u obligarse al cumplimiento de lo estipulado por el tratado.

Las obligaciones generales de los Estados Parte, es que deben garantizar y promover los derechos de las personas con discapacidad, tomando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Según el Convenio de Viena, el cual regula los requerimientos de los Tratados, los define como “un acuerdo internacional celebrado por Estados y regido por el derecho internacional” (Convenio de Viena, 1969), y determina que se entiende por ratificación la manifestación de consentimiento por parte de un Estado a obligarse al tratado, concepto vinculado a la observancia de los tratados, pues estos se rigen por el principio de “pacta sunt servanda”, es decir el tratado obliga a la partes a su cumplimiento.

La Constitución Política del Perú, regula sobre materia de tratados en sus artículos 55º al 57º, determinando que los tratados que el Estado a celebrado forman parte del derecho nacional, cabe aclarar que los tratados internacionales tienen rango de legal, pero los tratados en materia de derechos humanos se elevan a la categoría de la misma constitución, de acuerdo a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria. El Perú fue admitido el 31 de octubre de 1945 como Estado Miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y ratificó, mediante Decreto Supremo N°073-2007-RE, el tratado internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los Estados que firmen y ratifiquen el tratado deberá implementar medidas legales para la materialización de lo establecido en dicha convención, y si existen dentro de la normativa de un Estado leyes, reglamentos o costumbre que generen discriminación o contravengan lo establecido en la convención, deberá tomar las medidas pertinentes para su derogación o modificación, además todas las políticas públicas y programas deben incluir la protección y promoción de los derechos de las personas discapacitadas.

1.4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Comité es el órgano conformado por expertos que supervisan la aplicación de la Comisión por parte de los Estados que ratificaron. Los miembros que conforme el comité será elegido por los Estados Parte, y por un periodo de cuatro años, teniendo la posibilidad de presentar su candidatura nuevamente y ser reelegidos. Los Estados Parte deben cooperar con el comité y remitir informe al menos una vez cada cuatro años y cuando el comité se lo solicite.

2. Ley General de la Persona Con Discapacidad - Ley 29973.

2.1. Antecedentes.

En el Perú a lo largo del tiempo se han implementado leyes pensadas en favor de las personas con discapacidad, leyes que han ido evolucionando para estar acorde con el concepto social y temporal de la discapacidad; en el presente apartado se aspira desarrollar las leyes que precedieron a la Ley N°29973, vigente al momento de realizar este trabajo de investigación.

En el año de 1981 se promulgó la Ley N.º 23285, denominada Ley de trabajo para las Personas con Limitaciones Físicas, Sensoriales e Intelectuales, dentro de los seis artículos que la conformaron no se optó por definir el concepto de discapacidad, hubiese sido interesante analizar el concepto social que tenían sobre la discapacidad en esa época, pero del artículo 03º se puede vislumbrar:

Artículo 3- Las personas a que se refiere el artículo primero para estar comprendidas en las disposiciones establecidas en esta ley, deberán poseer certificado que acredite su **rehabilitación integral para el trabajo o estar en vías de lograrlo**, extendido por entidades oficiales o privadas autorizadas o reconocidas por el Estado. Que existan en el país o se establezcan en el futuro. (Ley N°23285 , 1981) (Resaltado propio)

El artículo en mención hace referencia a la necesidad de una rehabilitación integral por parte de la persona con discapacidad para poder acceder al trabajo, de una lectura simplista se podría alegar que la presente ley está reflejando el concepto que el Modelo Rehabilitador determinaba para las personas con discapacidad; pero ¿Qué es el Modelo Rehabilitador?

En la presente investigación se ha mencionado y definido el Modelo Social de Discapacidad, pero a este modelo le antecedieron otro dos: primero el "*Modelo de Prescindencia*" y segundo el "*Modelo Rehabilitador*" (Palacios, 2008, pp. 37-66).

El primero modelo abarca a las sociedades antiguas, como la Espartana, hasta la edad media, sostenía que las personas con discapacidad eran prescindibles para la sociedad, considerándolas como una carga pues no aportaban para el fin común de esta, por lo tanto, no eran necesarias y se podía prescindir de ella. El Modelo de Prescindencia se puede apreciar en Esparta, una sociedad guerrera y los bebés que nacían con discapacidades sus destinos estaban zanjados, sus vidas terminarían en el conocido Monte Taigeto, por no aportar con el fin común de la sociedad. El segundo modelo dejó de considerar a las personas con discapacidad como prescindible con la condición de ser rehabilitadas para que puedan ser parte de la sociedad, el Modelo Rehabilitador buscaba normalizar las deficiencias de los discapacitados.

Por consiguiente, no se debe confundir al Modelo Rehabilitador con Rehabilitación Laboral o Profesional, este último es el que hace mención en el artículo 3º de la Ley N.º 23285, concepto establecido en el artículo 31º y 51º de la Ley N.º 29973, vigente en la actualidad.

La Rehabilitación Profesional, pretender la integración de las personas con discapacidad al ambiente laboral, permitiendo que desarrollen sus habilidades, aptitudes y conocimientos para determinado puesto de trabajo donde mejor se puedan desarrollar sus potencialidades y pueda convertirse en una persona útil. Está compuesta por tres etapas, que están

interrelacionadas: la primera etapa es la evaluación de las capacidades para el trabajo, realizada por profesionales de distintas áreas, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, etc. Para estimar el potencial de las personas con discapacidad en una determinada área laboral. La segunda etapa es la formación profesional, pretender capacitar a la persona con discapacidad para que desarrolle sus habilidades. Y la última etapa es la integración socio-laboral, la cual se divide en dos opciones, la primera denominada colocación dependiente, quiere decir que la personas con discapacidad va a trabajar bajo la modalidad de dependencia, subordinación, y la otra opción es la colocación independiente, se le brindará conocimiento para que cree un negocio, una micro, pequeña o mediana empresa. (CONFIEP, s.f.)

En el año 1989 se creó la Ley N.º 24067, llamada Ley Regulación de Acciones de Salud, Educación, Trabajo y Promoción Social en los Aspectos de Promoción Prevención, Rehabilitación y Prestación de Servicios al Impedido a fin de lograr su Integración Social. En su artículo 2º está define al discapacitado, denominándolo impedido:

Artículo 2º.- Se considera sujeto impedido para todos los efectos de la presente Ley, a la persona que presenta limitaciones intelectuales, sensoriales o físicos de carácter irreversible, que, en relación con su edad y medio, impliquen desventaja considerable para su integración social. (Ley Nº 24067, 1989)

En el año de 1999 se emitió la Ley N.º 27050 denominada Ley General de la Persona con Discapacidad, mismo nombre que tiene la ley vigente. En su artículo 2º define a las personas con discapacidad:

Artículo 2.- Definición de la persona con discapacidad La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad. (Ley N° 27050, 1999)

La definición dada por la Ley N.º 24067 y la Ley N.º 27050, determina que la dificultad para la integración social de las personas con discapacidad se debe a su condición, es decir que en ellas recae la responsabilidad de la exclusión social que sufren; concepto que ya ha sido superado por el Modelo Social de Discapacidad, que determina que la exclusión social no se debe a las personas con discapacidad sino a la trabas que están presentes en la sociedad, recayendo sobre esta última la responsabilidad de eliminar las barreras.

Las tres leyes mencionadas con anterioridad precedieron a la actual ley denominada Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N.º 29973, emitida el año 2012. La definición sobre la discapacidad que formula la ley se encuentra en su artículo 2º, el cual guarda similitudes con la definición brindada por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, guardando concordancia con el concepto implementado por el Modelo Social de Discapacidad.

2.2. Alcances.

La Ley N.º 29973 cumple con la finalidad establecida en el Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, de promover, proteger y asegurar la igualdad de las personas con discapacidad, a través de medidas que los Estados que ratifican el tratado tienen que

implementar, como leyes que permitan la materialización de lo establecido en la convención, que en todas las políticas públicas y programas se deben tomar en cuenta los derechos de las personas con discapacidad, así como no realizarse actos que contravengan lo estipulado en la convención.

La Ley General de las Personas con Discapacidad, en su regulación abarca la protección en distintas áreas de la vida de las personas con discapacidad. En lo concerniente a su educación (art. 35° - 44°) determina que tienen derecho a una educación de calidad, con un enfoque inclusivo, que les permita descubrir y desarrollar su potencial, establece que los centros educativos particulares y públicos no podrán negarse a aceptarlos, y tendrán que realizarse infraestructura que garanticen su accesibilidad al centro educativo haciendo especial énfasis en las bibliotecas, e incluso la ley precisa que en determinadas carreras técnicas y universitarias se dicten asignaturas donde se aborde el tema de discapacidad.

Regula también el área de salud y rehabilitación (art. 26° - 34°) determinando que el Ministerio de Salud debe promover y asegurar que las personas con discapacidad sean aseguradas en un sistema de aseguramiento universal, y en caso de que debido a su poco frecuente condición esta demande altos costos de tratamiento existe un Fondo de Financiamiento para las enfermedades de alto costo, regulado en la Ley N.º 29761, incentiva también la investigación científica en el área de la discapacidad mediante apoyos brindados por el Ministerio de Salud.

La ley a su vez decreta en materia laboral (art. 45° - 53°) que las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar en igualdad de oportunidades, condiciones y remuneración en un trabajo que ellos mismo han elegido o aceptado, existen beneficios como deducciones especiales en el impuesto a la renta para los empleadores, que generan renta de tercera categoría, que contratan personas con discapacidad, de la misma manera delimitan que las entidades públicas deben contar con un mínimo del 5% de empleados con discapacidad del total de sus trabajadores y para el sector

privado el mínimo es del 3%, caso contrario se les impondrá multas. (Ley N° 29973, 2012)

En el Capítulo VIII se encuentran diferentes medidas tomadas para que las personas con discapacidad tengan un nivel de vida adecuado, como la jubilación anticipada, pensiones de orfandad, la importación de tecnologías que sirven de ayuda para personas con discapacidad está exentas de los pagos de derechos arancelarios, las disposiciones contenidas tienen como objetivo que las personas discapacitadas puedan gozar de calidad de vida.

2.3. Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad-CONADIS.

El CONADIS es el órgano que se encarga especialmente de aquello relacionado con la discapacidad, sus funciones están establecidas en el artículo 64°, de la Ley 29973, el literal a) “Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de discapacidad.” (Ley N° 29973)

La definición de políticas nacionales, se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 4, inciso 1:

Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno. (Ley 29158, 2007)

El CONADIS puede plantear objetivos a abordar en las políticas públicas, como lo ha venido haciendo en diferentes áreas: laboral, educativa,

de salud, otorgando beneficios para lograr la equidad de los ciudadanos con discapacidad respecto de quienes no las tienen; sin embargo, hay otras áreas de la vida que aún falta regular, como es el caso del resguardo patrimonial de las personas con discapacidad.

2.4. Certificación de la Discapacidad.

La Ley N.º 29973 en el Capítulo XII junto con su respectivo Reglamento en el Capítulo X, precisan lo concerniente a la Certificación y el Registro de la Persona con Discapacidad.

La función del Certificado de discapacidad es autenticar que una persona tiene la condición de discapacitado, la solicitud para la certificación se realiza en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante IPRESS). Las personas solicitantes pueden ser las mismas personas con discapacidad, sus padres, representantes legales, tutores o curadores, únicamente portando el Documento Nacional de Identidad, vigente, de la persona que se pretende certificar.

El proceso para la certificación, conforme al artículo 76º, inciso 1 de la ley N.º 29973 y en el artículo 67º, inciso 2 del Reglamento, consta de tres etapas: la evaluación, la calificación y la certificación.

2.4.1. Proceso de Evaluación.

“Será realizada por el médico rehabilitador, el médico cuya especialidad esté relacionada al diagnóstico de discapacidad o el médico cirujano capacitado.” (Directiva N° 06 GCPS-ESSALUD-2017, 2018, p. 08) Se evaluará la capacidad anatómica y funcional de la persona a la que se pretender certificar.

En relación a la financiación de la evaluación, esta será financiada por la Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud (en adelante IAFAS) a la que esté afiliado el

solicitante, en el caso no se encuentre afiliado, el Ministerio de Salud promoverá su afiliación a la IAFAS correspondiente, dentro de los seguros de salud que brinda el Estado se encuentra el Sistema Integral de Salud (SIS), Seguro Social del Perú (EsSALUD), los Seguros de Salud de las Fuerzas Armadas, y Seguros de Salud de la Policía, también existen Empresas Prestadoras de Salud (EPS) que son empresas públicas o privadas diferentes de EsSALUD. (Seguros de Salud del Perú, 2020) Si no se lograra su afiliación, la evaluación será realizada de forma gratuita.

2.4.2. Proceso de Calificación.

“Simultáneamente al proceso de evaluación, se establece la gravedad de la discapacidad y el porcentaje de restricción en la participación.” (Directiva N° 06 GCPS-ESSALUD-2017, 2018, p. 09)

La gravedad de la discapacidad se divide en tres niveles: discapacidad leve, discapacidad moderada y discapacidad severa, los criterios que se toman en consideración para su determinación son: la conducta, la comunicación, el cuidado personal, la locomoción, la disposición corporal, la destreza y evaluando determinada situación. (Directiva N° 06 GCPS-ESSALUD-2017, 2018, p. 15)

Acerca del porcentaje de restricción, este será calculado en base a los Baremos de Desempeño, establecidos en el Anexo N°04 de la Norma Técnica de Salud N°127-MINSA/2016/DGIESP.

2.4.3. Proceso de Certificación.

Es realizado por el médico certificador, al consignar en el Certificado de Discapacidad la condición de tal, será validado por el Director o Jefe de la IPRESS.

Cuando se trate de una discapacidad o deficiencia evidente y/o se encuentre dentro de la relación del Anexo N°2 de la Norma Técnica de Salud N°127-MINSA/2016/DGIESP, así como también en los “casos

congénitos o evidentes como amputaciones y similares donde la capacidad funcional no cambiará a pesar del tratamiento” (Directiva N° 06 GCPS-ESSALUD-2017, 2018, pág. 09), en estos casos la certificación será realizada de manera inmediata, una vez constatada la discapacidad por el especialista, determinado por ley, no se necesitará realizar exámenes auxiliares para su corroboración.

Explicado el proceso de evaluación para la emisión del Certificado de discapacidad, es momento de analizar su idoneidad para determinar la discapacidad del heredero, el fundamento para ser considerado idóneo radica en la determinación de médicos especializado en el área de diagnóstico de discapacidad los cuales van a establecer en qué nivel de esta se encuentra: discapacidad leve, discapacidad moderada o discapacidad severa, dependiendo del grado de dependencia que mantenga el discapacitado con un tercero para la realización de sus quehaceres cotidianos; en virtud del nivel en que sean categorizados serán los especialistas los que determinen si no puede proveer con su propia subsistencia.

Restringir el otorgamiento de mejoras en favor de los herederos con discapacidad únicamente a aquellos que no puedan proveer con su propia subsistencia, encuentra su sustento en la cantidad que la mejora abarca de la legítima, puesto que acapara la mitad de la misma, privando a los demás herederos de lo que por derecho les corresponde, si bien dicha excepción se sustenta en la solidaridad familiar, no se puede negar la cuantía del detrimento que esto ocasiona a los demás legitimarios.

Por consiguiente, es oportuno consignar a partir de cual nivel de discapacidad es considerada una persona discapacitada como aquella que no puede proveer con su propia subsistencia, es menester señalar que al existir discapacidad física y mental, el nivel mínimo para otorgar la mejora no puede ser el mismo para ambos tipos debido a la complejidad más latente en la discapacidad mental; concluyendo, que para los casos de discapacidad física el nivel requerido para ser considerado como incapaz de proveer con

su propia subsistencia es la discapacidad severa, es decir el nivel más elevado; y para los casos de discapacidad mental será la discapacidad moderada, el nivel mínimo requerido para otorgar la mejora.

2.5. Certificado de Discapacidad como requisito previo al otorgamiento de las mejoras a favor del heredero con discapacidad.

Al tomar como ejemplo legislaciones que permiten beneficiar a los herederos con discapacidad con un porcentaje mayor de legítima, como es el caso de la legislación argentina y española; la función que van a desempeñar será referencial, es decir como modelo para la adecuación de la figura jurídica al ordenamiento jurídico peruano, sin embargo, su alcance será mayor al tomarse en consideración el cuestionamiento realizado por juristas argentinos y españoles, permitiendo pulir o perfeccionar ciertas carencias que pueden presentar las normas modelo que queremos recrear en la legislación del Perú.

De acuerdo con el artículo 2448°, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, para otorgar el beneficio no hace falta acreditar la discapacidad por medio del Certificado Único de Discapacidad o mediante declaración judicial, en relación con esta carencia en la regulación de la norma, han surgido cuestionamientos por parte de los juristas determinando como principal problemática la posible carga procesal en los juzgados, la cual es factible de ser evitada mediante previa acreditación de la discapacidad.

Por su parte en el artículo 808°, del Código Civil Español, si bien en su redacción no se encuentra de manera taxativa, en leyes complementarias si se determina porcentajes mínimos de discapacidad, para los casos de discapacidad mental el porcentaje debe ser igual o superior a 33% y cuando se tratase de discapacidad física el porcentaje debe ser igual o superior a 65%, porcentajes que se encontrarán determinados en el certificado.

En razón de que la porción de la legítima afectada por la mejora al heredero con discapacidad es de una cuantía considerable, así mismo el causante podrá otorgarle el tercio de libre disposición, además de ello, el heredero con discapacidad participará de la repartición de la legítima estricta con los demás herederos, en razón de que el beneficio otorgado es de una magnitud cuantificable notable, amerita una acreditación que esté a la altura del beneficio otorgado, además de que de esa manera se disminuirían posibles procesos judiciales donde se cuestionen la discapacidad de los herederos.

Finalmente queda por determinar si el Certificado de Discapacidad otorgado por CONADIS es idóneo para la acreditación del heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia; el proceso de certificación, previamente explicado en párrafos anteriores, es realizado por profesionales especializados en determinar la discapacidad y el grado de esta, grado cuya determinación se encuentra basada por distintos parámetros y dentro de ellos se ubica la dependencia para con un tercero en la realización de sus actividades rutinarias, en consecuencia al medir el nivel de dependencia sirve para determinar si el heredero discapacitado no puede proveer con su propia subsistencia.

Cabe destacar, que el Certificado de Discapacidad ya es utilizado como requisito para la solicitud de apoyos y salvaguardas, consignado en el artículo 844°, del Código Procesal Civil, artículo incorporado por el Decreto Legislativo 1384. Por consiguiente, se puede afirmar su idoneidad para la acreditación del heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia.

CAPÍTULO IV SUSTENTO DE LA DIFERENCIACIÓN EN LA REPARTICIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

1. Solidaridad familiar

La solidaridad familiar se refiere a “normas y prácticas de ayuda mutua entre los miembros de la familia” (Mendoza, p. 105)

La solidaridad social se encuentra relacionada con las normas sociales, por el canon establecido mediante las conductas socialmente aceptadas y realizadas. Tratándose de un apoyo recíproco entre los miembros de una familia, “se ofrece principalmente por dos vías: en el cuidado de niños y ancianos por las distintas generaciones que conforman la familia, y en el sustento económico en situaciones de necesidad de alguno de sus miembros.” (Mendoza, p. 107)

La solidaridad familiar se encuentra ligada a la libertad para testar, debido a que funciona como uno de los fundamentos más importantes para limitar esa libertad. Respecto a la libertad para testar, en término amplio hace referencia a la capacidad que tiene el testador de disponer libremente de su patrimonio, pudiendo distribuirlo de acuerdo a su voluntad e incluso imponer condición que deben ser cumplidas por el heredero con el fin de obtener la herencia. Esta acepción general determina que no existen limitaciones para el testador de cómo debe repartir su patrimonio, gozando de una libertad plena e irrestricta; el fundamento de la libertad testamentaria radica en respetar y cumplir la última expresión de voluntad del testamento.

Una acepción más específica o restrictiva es que la libertad para testar está enmarcada por lo señalado en el ordenamiento jurídico. Entrando a relucir la figura de la legítima, como aquella que restringe al principio de la libertad para testar, con el objetivo de resguardar el patrimonio familiar.

Existe una tendencia en los países cuyos ordenamientos jurídicos contemplan la figura de la legítima, que estén a favor de una mayor libertad para testar y suprimir el alcance de esta. Aquellos que están a favor de una mayor libertad para testar argumentan que la legítima es una figura anacrónica, afirmando que, pese a pertenecer al pasado se sigue manifestando en la actualidad, además opinan que las cuotas fijadas son desmesuradas. La libertad para testar se percibe como un “presupuesto del derecho a la propiedad que, además, cumpliría determinadas funciones, como el robustecimiento de la autoridad paterna, estímulo de la cooperación de los hijos” (Parra, 2009, p. 497)

Los que están a favor de la legítima se han “apoyado tradicionalmente en argumentos de ética familiar. (...) mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos. A este tipo de argumentos se añaden otros, como la necesaria igualdad entre los hijos, que los hijos son herederos naturales de sus padres.” (Parra, 2009, p. 497)

La legítima como una institución que protege a los familiares cercanos del causante, reservándoles una parte del patrimonio, estableciendo además la obligación del causante de cumplir con esta reserva y si no lo hace, entonces, se regulan normas para revertir la situación. (Aguilar, 2017, p. 55)

La solidaridad familiar y la libertad para testar no deben oponerse o verse enfrentarse, sino que debe darse lugar a un concilio o término medio; permitiendo tomar en cuenta no solo el concepto general de apoyo entre familiares, sino subir una escala más y evaluar las necesidades inherentes de sus miembros, nos referimos a aquellos con discapacidad, el objetivo de la solidaridad familiar es brindar apoyo a aquellos miembros que más lo requieren debido a su vulnerabilidad, como es el caso de los menores de edad, los ancianos y podemos agregar también dentro de esta lista a aquellos familiares con discapacidad; al ser la familia una unidad funcional permite que todos los miembros se brinden apoyo entre si cuando alguno necesita de ayuda.

Aplicando un análisis racional y objetivo del principio de solidaridad familiar con el fin de revestir de equidad la formulación del mandato abstracto que se pretende incorporar a la normativa peruana, la mejora al heredero con discapacidad, y así lograr superar la intangibilidad de la legítima.

2. Vulnerabilidad

“El concepto de vulnerabilidad debe comenzar reconociendo que la diversidad de criterios definidores es parte del problema conceptual ya que responden a las diferentes unidades de análisis que recortan los investigadores.” (Esteves, 2011)

Debido a que el concepto es bastante amplio y su definición está condicionada a la unidad de análisis, se debe recurrir en primera instancia a definir el concepto genérico de la vulnerabilidad, acudiendo a la etimología para lograr un entendimiento más acertado.

Esteves cita a los “epistemólogos Diez y Moulines que sostiene que Cuanto más articulado y complejo sea el sistema de conceptos que utilicemos para dar cuenta de una parcela determinada de nuestra experiencia, tanto más articulado y eficaz será también nuestro conocimiento de la realidad derivado de esa parcela. (Esteves, 2011)

El origen etimológico de la palabra vulnerabilidad proviene del “latín *vulnerabilis*, formada de *vulnus* que significa herida y el sufijo *abilis* que indica posibilidad, es decir que puede ser herido” (Etimologías de Chile)

Entendiendo como vulnerabilidad la posibilidad ser lastimado, ahora debemos asociarla a nuestra unidad de análisis, las personas con discapacidad.

El concepto de vulnerabilidad puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Si una persona carece, o encuentra disminuida su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad.

Las personas con discapacidad son vulnerables en tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema de sustento ante la muerte de quien proveía, apoyaba y/o satisfacía sus necesidades. (Orlandi, 2015)

Podemos apreciar que la vulnerabilidad de las personas con discapacidad no solo abarca criterios que comúnmente le son asociados como el tema de su salud, sino también se hace mención al aspecto patrimonial cuando la persona quien se hacía cargo de él, debido a su incapacidad de subsistencia sin el apoyo de alguien más, fallece.

3. Incapacidad de Subsistencia

El significado del verbo subsistir, según la Real Academia de la Lengua Española es: “mantener la vida, seguir viviendo” (RAE), se puede deducir como la capacidad que tiene una persona para hacer frente a las vicisitudes de la vida por sí solo, la capacidad de subsistencia abarca distintas áreas en la vida de los seres humanos, está presente en las actividades rutinarias como: el aseo, la alimentación, los estudios, el trabajo, el desplazamiento de un lugar a otro, entre otras actividades; contrario sensu, la incapacidad de subsistencia es la imposibilidad o dificultad del individuo para sobreponerse por sí solo a los sucesos prósperos y adversos presentes a lo largo de la vida.

No en todas en todas las personas con discapacidad se encuentra presente la incapacidad de subsistencia, en razón de que sus diagnósticos no son los mismos, existen un sinnúmero de enfermedades que afectan el sistema motriz, mental y sensitivo en distintos grados, que como consecuencia generan estragos en la salud de quienes lo portan,

ocasionando discapacidades más complejas que ameritan un mayor cuidado y tratamientos más específicos como costosos.

Teniendo en cuenta ello, la legislación peruana divide la discapacidad en tres niveles: leve, moderada y severa, para su clasificación se utilizan distintos criterios y entre ellos se encuentra la capacidad de subsistencia, evaluada de acuerdo al grado de dependencia que el discapacitado mantenga con un tercero para la realización de sus quehaceres diarios, cuando la dependencia sea mayor aumentará gradualmente el nivel de discapacidad.

Debido a la finalidad de la legítima hereditaria, como figura resguardante para los familiares cercanos que sobrevivieron al causante, en otras palabras es proteccionista de la familia la cual es núcleo básico de la sociedad, se puede notar su importancia en la intangibilidad que la caracteriza al encontrarse el causante imposibilitado de disponer de la parte de la herencia que corresponde a la legítima, debiendo ser ésta repartida en partes iguales entre todos los herederos legitimarios.

La institución de la mejora en favor del heredero con discapacidad es una excepción a la regla al permitir una diferenciación en la repartición de la legítima hereditaria, pues la mitad de ésta será otorgado en favor del legitimario discapacitado y la mitad restante será repartida entre todos los herederos incluyendo al favorecido, se puede concluir que la cuantía que abarca la mejora es bastante significativa; tomado en cuenta que la legítima sirve de resguardo para todos los herederos forzosos, no se deben descuidar ni pasar por alto a los que también son legitimarios pero no tienen discapacidad y van a ver menguada su parte correspondiente de legítima, una de las medidas para contrarrestar su impacto sería colocar una valla más alta para el otorgamiento de la mejora, es decir, se limitaría el alcance del beneficio únicamente a los herederos forzosos con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia.

4. Calidad de vida

Definir lo que se entiende por calidad de vida, es una actividad compleja debido a que es considerado un concepto multidisciplinario, en otras palabras, dependiendo del área de estudio va a variar el enfoque conceptual, de acuerdo con Cummins, citado por Urzúa, son tres áreas de la ciencia las que han aportado con la conceptualización del término calidad de vida, estas son: la economía, la medicina y las ciencias sociales. (2012)

Influye en el entendimiento de la calidad de vida: la sociedad, la cultura y la subjetividad del individuo, este último punto repercute en el presente trabajo al centrarse en las personas con discapacidad; puesto que, la calidad de vida no va a tener el mismo significado para una persona con plena capacidad física, mental y/o sensorial, de aquellos individuos con estas capacidades afectadas.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), en la década de los noventa inició un proyecto con el que buscaba una definición de calidad de vida aplicable de manera uniforme a todas las sociedades, y debido a la diversidad cultural presente en el mundo es que se estableció a un grupo de investigadores de distintas nacionalidades con el fin de crear un concepto transcultural y un instrumento que permita medirla, es así como se creó :“The World Health Organization Quality of Life”, por sus siglas en ingles WHOQOL, el primero instrumento que se creó fue WHOQOL-100 y con posterioridad se mejoró dando paso a WHOQOL-BREF, que permite medir la calidad de vida en “cuatro áreas: física, psicológica, relaciones sociales y ambiente.” (Espinoza, 2011)

La definición brindada por la OMS de calidad de vida es “la percepción que tiene un individuo de su posición en la vida en el contexto de la cultura y los sistemas de valores en los que vive y en relación con sus metas, expectativas, estándares y preocupaciones.” (2012, p. 11) Es una definición compleja, en virtud de que, incorpora distintas aristas como la salud física, la psicología mental, el grado de independencia, el nivel de socialización, sus creencias religiosas o personales, y su relación con el medio ambiente.

Si el enfoque se centra en la calidad de vida de las personas con discapacidad, obtener una definición se vuelve aún más complejo, dado que ambos conceptos son multidisciplinarios y multidimensionales. El factor económico es uno de los componentes que sirve para determinar la calidad de vida de las personas con discapacidad, si bien existen otros factores, es el factor económico el que se va a desarrollar de forma específica al ser determinante en el enfoque del objetivo general de la actual tesis, que procura determinar si existe la necesidad de implementar la mejora hereditaria en favor del heredero con discapacidad que no puede proveer con su propia subsistencia; la relación entre la economía y la institución de las mejoras hereditarias se encuentran íntimamente ligadas debido a la característica cuantitativa que poseen las mejoras, al pretender otorgar un mayor porcentaje de herencia que se traduce a un mayor ingreso económico al heredero favorecido.

Para precisar como el factor económico repercute en la calidad de vida de las personas con discapacidad amerita recurrir al análisis estadístico realizado por el INEI, en el último censo realizado en el Perú con fecha del año 2017, se presentó un informe titulado “Impacto en la Situación de Discapacidad en la Composición y el Costo Final de la Canasta Básica de Consumo Familiar” (Sanz, 2017), el cual refleja que los gastos no asociados con la salud son menor en familias que cuentan con un integrante con discapacidad; sin embargo, la explicación radica en que las personas con discapacidad se encuentran excluidas, el informe concluye que dicha “exclusión se refleja en las dificultades de accesibilidad a la oferta de salud, educación, recreativa y en general a los lugares públicos (establecimientos de salud, paraderos, mercados, centros de rehabilitación, bancos y entidades financieras)”. (p. 15) Dicho informe refleja que sus gastos son menores a costa de encontrarse excluidos; contrario sensu, implicarían gastos adicionales para las personas con discapacidad, equiparar su estilo de vida al entorno donde viven, para evitar ser excluidas por la sociedad.

La exclusión que sufren las personas con discapacidad en ciertas áreas de su vida afecta a su calidad de vida, por ejemplo, en el informe

determina la dificultad que tienen en los paraderos de transporte público, a pesar de la implementación de la Ley N°30412, que incorporó un cuartó inciso al artículo 20°, de la Ley N°29973; regulando así que las personas con Discapacidad Severa inscritas en CONADIS están exentas de pagar el costo del servicio de transporte público terrestre, modificación implementada en el año 2015; sin embargo, al ser llevado a la práctica dos años después a través del censo salió a relucir que pese a la exoneración al pago, es el medio para poder acceder al transporte público, los paraderos, además de que la mayoría de transportes carecen de mecanismos para hacer ingresar a los discapacitados, los que dificultan su inclusión social debido a que pese a estar exonerados al pago por el transporte público no lo terminan utilizando sino que recurren a otros medios más costosos como es el transporte privado, ocasionando que el número de salidas disminuyan.

A partir de estas afirmaciones, se puede determinar que los gastos económicos de las personas con discapacidad son mayores con el fin de lograr equiparar el mismo nivel de calidad de vida de quienes no tienen discapacidad; la justificación de una mayor necesidad económica radica en los costos adicionales invertidos para suplir las necesidades de su vida diaria, como los gastos médicos específicos de acuerdo a sus situaciones particulares, los gastos en equipos de apoyo que les permitan realizar ciertas actividades, además de las remuneraciones pagadas a quienes les proveen cuidado.

Otra justificación se encuentra presente en la menor capacidad de obtener ingresos esto se debe al bajo porcentaje de personas con discapacidad que asisten a centros educativos, en el Perú, a la fecha de redacción de la presente tesis, la última encuesta realizada a nivel nacional enfocada a la discapacidad fue llevada a cabo en el año 2012, arrojando como resultado que el 6% de las personas adultas con discapacidad concurren a centros educacionales, el porcentaje aumenta en los casos de niños y adolescentes de entre los 3 y 17 años de edad; en síntesis debido a que la mayoría no cuenta con estudios superiores al momento de ingresar al mercado laboral altamente competitivo los trabajadores a los que pueden

aspirar son de baja paga en proporción a sus gastos; de acuerdo con la encuesta referida, solo el 19% de las personas discapacitadas mayores de 14 años trabajaban, el 3% estaban desempleados y el 78% restante no buscaba trabajo alguno; aunado a ello otro motivo de su mayor necesidad económica radica en que tienen menos oportunidades para especializarse en una determinada materia y los capacite cualificándolos para un empleo.

5. Derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 2°, numeral 16 de la Constitución Política del Perú, este derecho le permita al individuo expresarse de forma libre en el ámbito económico de un país, en este esquema, si reducimos el campo de visión enfocándolo en las personas con discapacidad y los gastos que tienen que costear para satisfacer sus necesidades, el derecho de propiedad toma relevancia como medio para afrontar los gastos en los que incurren las personas con discapacidad; si bien, el Estado a través de leyes ha creado beneficios económico indirectos como:

- Los que se encuentran presentes en los concursos públicos para acceder a un cargo por orden de mérito, si se presenta a la postulación una persona con discapacidad que cumple con todos los requerimientos para acceder al cargo y además ha aprobado el examen, a su puntaje final obtenido se le va a adicionar el 15%; beneficio establecido en el artículo 48°, inciso 1, de la Ley N°29973. Es un beneficio económico indirecto, porque las personas aspiran obtener un empleo, por una parte, para generar una satisfacción personal, crecimiento profesional, no obstante también buscan que le sea redituable, entonces al añadirles un porcentaje adicional en el puntaje final, decisivo para la obtención de dicho empleo, sus probabilidades de obtenerlo aumentan, este beneficios no asegura conseguir el trabajo, sino que sirve como un medio para lograr ese fin, por eso es un beneficio económico indirecto.

- También se ve reflejado el beneficio económico indirecto en los incentivos que brinda el Estado a los agentes generadores de renta de tercera categoría, al deducirles el pago del Impuesto a la Renta sobre las remuneraciones pagadas a sus trabajadores con discapacidad; beneficio otorgado de acuerdo a Ley N°29973, establecido en el artículo 47°, inciso 2.

- Otro ejemplo, es la imposición por parte de Estado a las entidades públicas y privadas de contratar el 5% y el 3% respectivamente de personas con discapacidad del total de trabajadores, para el caso de entidades privadas la obligatoriedad se encuentra condicionada a que cuente con más de 50 trabajadores, obligación estipulada en el artículo 49, inciso 1, de la Ley N°29973.

Asimismo, el Estado brinda beneficios económicos directos en favor de las personas con discapacidad, como es el caso de los subsidios económicos a través de pensiones otorgadas cada dos meses, por el monto ascendiente a S/.300.00 soles, a aquellos con discapacidad severa y en situación de pobreza o pobreza extrema, iniciativa del programa nacional "Contigo". Es un beneficio económico directo porque se ve materializado la ayuda económica sin que influya la decisión de un tercero.

Empero, es cierto que el Estado interviene en la asistencia económica de las personas con discapacidad, y además en la mayoría de casos también los familiares brindan apoyo económico; no obstante, es necesario que exista otra fuente de ingresos propios, con los que puedan contar los discapacitados para costear sus gastos, toma preponderancia el derecho de propiedad como medio para cumplir dicho fin.

El derecho de propiedad engloba el patrimonio conformado por bienes materiales e inmateriales, derechos, obligaciones, pasivos y cargas, haciendo uso del derecho de propiedad los sujetos tienen libertad de decisión sobre el destino de su patrimonio, a su vez, el derecho de propiedad guarda afinidad con otros derechos como la herencia donde el patrimonio se

ve incrementado por las aportaciones de un tercero, denominado causante, “mediante el derecho a la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas” (Mendoza, 2013); en la legislación peruana actual todos los herederos reciben en partes iguales el patrimonio de causante, según lo establecido en el artículo 729°, del código civil.

En tal sentido, trayendo de nuevo a colación que la necesidad económica de las personas con discapacidad es superior de aquellos que no la padecen, los fundamentos de esta afirmación se encuentran desarrollado en el subtítulo anterior referente a la calidad de vida, se concluyó que las personas con discapacidad deben afrontar gastos extras para lograr alcanzar el mismo nivel de vida de quienes no presentan discapacidad, es así como, el derecho de propiedad y la herencia, conceptos íntimamente relacionados, pueden ser utilizados de forma provechosa como mecanismo de ayuda para costear las necesidades económicas de los discapacitados, a través de la implementación de las mejoras hereditarias en favor de los legitimarios con discapacidad, institución jurídica que pretende un reparto equitativo entre los herederos en lugar de una repartición homogénea entre los mismos, siempre y cuando se cumpla con dos premisas: la primera es que uno de los herederos forzosos tenga discapacidad, y no siendo suficiente con ello, sino que además como segunda premisa no pueda proveer con su propia subsistencia.

6. Derecho a la igualdad en su dimensión material

El derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitución como su máximo intérprete determinó que el derecho a la igualdad no debe ser entendido como la “facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación” (TC/ EXP. N.º 02835-2010-PA/TC).

El derecho a la igualdad se divide en dos fases: la igualdad ante la ley e igualdad en la ley, la primera fase mencionada refiere a que todos aquellos cuya situación se encuentra expuesta en el supuesto de la norma le deben

ser aplicados las mismas consecuencias descritas en dicha norma; la segunda fase hace alusión a que los fallos emitidos por un mismo órgano no deben ser contrarios entre si cuando se traten de casos sustancialmente iguales.

Por otra parte, el derecho a la igualdad a su vez tiene dos dimensiones: la formal y la material, la primera dimensión alude a la exigencia interpuesta al legislador impidiéndole realizar diferencias injustificadas, también aplica a los órganos que imparten justicia debiendo aplicar la ley por igual en casos con supuestos iguales.

Por su parte, el derecho a la igualdad en su dimensión material, reconoce la existencia de situaciones desiguales que atraviesan los sujetos y la necesidad de equipararlas haciendo uso de un trato desigual entre los desiguales e igual entre los iguales, esto quiere decir, que el trato diferenciado se encontrará justificado siempre y cuando uno de los sujetos implicados no esté en igualdad de condiciones con los demás, teniendo en cuenta que la desigualdad de situaciones debe ser entendida haciendo uso de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; principios definidos por el jurista Marcial Rubio correa en su libro “El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, su definición respecto al principio de razonabilidad es el siguiente:

El principio de razonabilidad exige que los actos que los sujetos realiza frente a los hecho y circunstancias, cumplan el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Dichos actos deben estar sostenidos en argumentos de razonamiento objetivo y no subjetivo, en valores y principios aceptados. Debe haber tratamiento imparcial de las personas y, cuando sea pertinente, se debe aplicar la regla de que “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho. (2015)

Del mismo modo, Marcial Rubio Correa definió al principio de proporcionalidad de la siguiente forma:

El principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos (o de elementos con relevancia jurídica) comparativamente entre sí, de manera que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro en base a las consideraciones que se hacen en relación a cada tiempo y lugar. (2015)

Como se puede apreciar, el concepto de derecho de igualdad tiene muchas aristas, para el caso en concreto materia de análisis de la presente investigación, se enfocará en el derecho a la igualdad en su dimensión material o también denominada dimensión real, que justifica la necesidad de la implementación de las mejoras hereditarias en favor del legitimario con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia, además de desarrollarse el test de razonabilidad, también denominado en la jurisprudencia como test de proporcionalidad o teste de igualdad.

Para una correcta comprensión de la igualdad material o real, primero debe entenderse que todas las personas se encuentran en situaciones con características similares y diversas, cabe recalcar que estas características deben tener un impacto relevante en sus vidas, la preponderancia de una de ellas ocasionará distintos tratamientos, es decir, aquellas personas que presentan situaciones similares y diversas pero predominan las similitudes, generará un trato legal paritario, en otras palabras tratar igual a los iguales; caso contrario, cuando exista una hegemonía en las diversidades, ocasionará un trato legal diferenciado, en efecto tratar desigual a los desiguales.

Esto permite entender de manera correcta la frase que describe sustancialmente a la igualdad material, esta es: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, la cual no significa que para un trato homogéneo de la ley las situaciones de los sujetos implicados deban calcar de forma

exacta entre sí, y para un trato diferenciado de la ley los sujetos involucrados no deben guardar similitud alguna.

Ahora bien, no todo trato diferenciado es discriminación, el trato diferenciado está permitido por la Constitución siempre y cuando esté justificado en razones objetivas y razonables, por otra parte, la discriminación es anticonstitucional y no sea basada en razones objetivas ni razonables, sino que por el contrario es arbitrario. El trato diferenciado es el medio para alcanzar la igualdad fáctica o de hecho, el jurista alemán Robert Alexy precisa respecto de este concepto jurídico que “quien desea crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad iure (jurídica).” (Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 404). Es decir, aquellos que se encuentren en situaciones desiguales, la ley se ve obligada a tratarlos de manera desigual, para lograr una igualdad efectiva, real.

Para determinar que un trato diferenciado se encuentra sustentado en la razón y la objetividad y no en la arbitrariedad, se debe recurrir al instrumento denominado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como test de razonabilidad o proporcionalidad que consta de seis incisos o pasos metodológicos, establecidos primigeniamente en la sentencia 0045-2004-PI-TC, estos son:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de la discriminación.
 - b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
 - c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
 - d) Examen de idoneidad.
 - e) Examen de necesidad.
 - f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
- (Tribunal Constitucional, Sentencia 0045-2004-PI-TC)

Por consiguiente, para determinar si los herederos con discapacidad se encuentran en una situación diferente de los demás herederos forzosos que no presentan discapacidad, y que justifica un trato diferenciado, se debe aplicar el test de razonabilidad o proporcionalidad.

1. Primer inciso o paso del test: Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de la discriminación.

La jurisprudencia aborda este primer paso, en la sentencia 00045-2004-PI-TC determinando que “La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, (...) prima facie, aparece como contraria a la prohibición de la discriminación.” (p. 18), empero es un desarrollo conceptual mínimo; con posterioridad el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 00004-2006-PI-TC, ofreció mayores vislumbres señalando que existen dos supuestos de hecho o destinatarios de la norma y cada uno con una consecuencia jurídica distinta, existe una relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica denominada situación jurídica, serán ambas situaciones jurídicas comparadas para determinar su semejanza o similitud; como las consecuencias jurídicas son diferentes (tratamiento diferenciado).

Este primer inciso, se centrará en determinar si los supuestos de hecho o destinatarios de la norma son iguales o diferentes, si se concluye que son iguales el tratamiento diferenciado es inconstitucional, pero si se determina que son diferentes se continuarán con los siguientes pasos, además se debe analizar si las diferencias justifican el tratamiento jurídico diferente.

Siguiendo la línea de análisis, existen dos supuestos de hecho, uno de ellos es acusado de ser discriminatorio y el otro supuesto sirve como término de comparación, ambos tienen implicancia con el artículo 103°, de la Constitución, referente a normas de carácter especial, de acuerdo con este artículo el legislador tiene la potestad de “crear leyes

especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas”, haciendo uso de la inferencia lógica, para que exista una norma de carácter específico debe existir una norma de carácter general, la implicancia radica en que la norma de carácter general es semejante al supuesto de hecho que sirve como término de comparación y la norma de carácter especial es igual al supuesto de hecho acusado de ser discriminatorio. En relación a la “naturaleza de las cosas” se entendida como la comparación entre “dos situaciones de hecho que genéricamente son las mismas pero que tienen diversos elementos específicos que justifican el trato diferencia” (Rubio, 2015), mediante una ley especial.

Una vez explicada la parte teórica del primer paso, se va a proceder a su aplicación práctica, para poder determinar si el trato diferenciado aplicado a los herederos con discapacidad respecto de aquellos herederos que no la padecen, se justifica porque existe una diferencia entre los destinatarios de la norma o supuesto de hecho.

Si bien las dos sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas desarrollan de manera conceptual el primer paso, mas no explican cómo realizar el trabajo de análisis, en razón de ello se debe recurrir a la sentencia 02498-2008-PA/TC, la cual mediante tres preguntas ayudan al esclarecimiento para lograr realizar el primer inciso, estas son: “¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad en base a qué criterio?” (TC, 2008), es cierto que estas preguntas hacen referencia a la igualdad y no a las diferencias que es lo que pretende desentrañar en el primer nivel, sin embargo, tanto la igualdad como la diferencia son caras de una misma moneda, en consecuencia se podrán hacer uso de estas preguntas en sentido inverso: ¿desigualdad entre quienes?, ¿desigualdad en qué?, ¿desigualdad en base a qué criterio?

En primer lugar, se tiene que determinar cada supuesto de hecho con su consecuencia jurídica, y la norma de carácter general y especial; razón por la cual, se estará haciendo uso de un cuadro que contenga los elementos para una comprensión dinámica:

Tabla 6: Cuadro comparativo entre los supuestos de hecho y consecuencia jurídica entre una norma de carácter general y otra de carácter específico

| | Norma de Carácter General | Norma de Carácter Específico |
|--|---|---|
| Supuesto de hecho o destinatario de la norma | Herederos Forzosos | Herederos forzosos con discapacidad |
| Consecuencia jurídica | La legítima se reparte en cuotas iguales. | Se le otorgará la mitad de la legítima como mejora hereditaria. |

Gráfico 6: Cuadro comparativo entre los supuestos de hecho y consecuencia jurídica entre una norma de carácter general y otra de carácter específico

Fuente: Elaboración Propia

La primera pregunta, ¿diferencias entre quienes?, se refiere a la comparación entre los supuestos de hecho o destinatario de la norma; que a su vez se divide en el destinatario de la norma acusado de discriminación que serían los herederos forzosos con discapacidad que no pueden proveer con su propia subsistencia y el supuesto de hecho que servirá de termino de comparación serán los herederos forzosos en general, la igualdad que comparten es el hecho de que ambos son herederos forzosos, pero su diferencia radica en que un sector tienen discapacidad la cual no les permite subsistir por si mismos, por su parte el otro sector de los herederos forzosos no tienen discapacidad, en consecuencia se determina que ambos supuestos de hecho son diferentes.

La segunda pregunta, ¿diferencias en qué?, alude a las consecuencias jurídicas de cada supuesto de hecho, si bien ambos recibirán legítima es la cantidad la que varía, la norma de carácter general determina que todos los herederos forzosos recibirán en partes iguales la legítima, en cambio la norma de carácter específica propuesta en el presente trabajo, propone que a los herederos forzosos con discapacidad

que no puedan proveer con su propia subsistencia se les sea otorgado cuota mayor de legítima, pues del total de esta, la mitad será destinada como mejoras en favor del heredero con discapacidad.

La tercera pregunta, ¿diferencias en base a qué criterio?, se refiere si las diferencias que existen entre ambos supuestos de hecho justifican la aplicación de un trato diferenciado; el criterio valorativo para determinar que las circunstancias de los herederos con discapacidad que no pueden proveer con su propia subsistencia son distintas de los demás herederos forzosos, radica en que aquellos con discapacidad no pueden generar por ellos mismos ingresos que les permita mantenerse, sino que son dependientes de un tercero para realizar sus actividades rutinarias, además de tener necesidades especiales que generar un gasto mayor.

2. Segundo inciso o paso del test: Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.

La intensidad de la intervención consiste en determinar el grado o intensidad de la medida legislativa, para su cuantificación la jurisprudencia ha dividido en tres niveles:

a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2º: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2º: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencias el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. (EXP N° 0004-2006-AI-TC)

Se puede apreciar en los tres niveles, la constante de dos variables de medición: una es la que determina el tipo de discriminación y la otra refiere al rango del derecho restringido, el siguiente cuadro permite una explicación más dinámica para una comprensión más sencilla del segundo paso en este test.

Tabla 7: Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad

| Variables | Tipo de discriminación | Rango del derecho restringido |
|------------------|---------------------------|-----------------------------------|
| Intensidad Grave | Derecho Constitucional | Derechos fundamentales |
| Intensidad Media | Derecho Constitucional | Derechos de rango meramente legal |
| Intensidad Leve | Derecho NO Constitucional | Derechos de rango meramente legal |

Gráfico 7: Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad

Fuente: Elaboración Propia

Una vez explicada la teoría corresponde su aplicación práctica al caso en concreto, la primera variable en determinar será el tipo de discriminación, en la sentencia donde se explican cada grado de intensidad hace mención a que la discriminación debe encontrarse sustentada en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, mencionando únicamente: origen, raza, sexo, idioma, religión y condición económica, sin embargo, el mencionado artículo es numerus apertus, porque en la parte in fine agrega “o de cualquier otra índole”, dejando abierta la posibilidad de que puedan ir surgiendo “situaciones de vulnerabilidad. De esta forma, se habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación,

ameritan la adopción de medidas especiales de protección por parte de todo el aparato estatal.” (Toyco, 2018, p. 67)

La discapacidad calza dentro de la expresión “o de cualquier otra índole”, al ser un sector vulnerable de la población que requiere del Estado un trato especial, además el Perú ratificó, mediante Decreto Supremo N°073-2007-RE, el tratado internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Constitución Política del Perú, regula sobre materia de tratados en sus artículos 55° al 57°, determinando que los tratados que el Estado a celebrado forman parte del derecho nacional, cabe aclarar que los tratados internacionales tienen rango de legal, pero los tratados en materia de derechos humanos se elevan a la categoría de la misma constitución, de acuerdo a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria.

Por lo tanto, la discriminación se sustenta en la discapacidad, que, si bien no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución, en su artículo 2°, debido a su redacción de carácter *numerus apertus* puede ser considerada, y por encontrarse recogida en un tratado internacional ratificado por el Perú, puede concluirse que el tipo de discriminación se encuentra motivada en la Constitución, reduciéndose la posibilidad a dos niveles: la intervención de intensidad grave y media.

La segunda variable es determinar el rango del derecho restringido, es decir, que, como consecuencia de la discriminación sustentada en la discapacidad, se tiene que determinar si ve impedido del ejercicio o goce de un derecho fundamental o uno de rango meramente legal. De acuerdo al caso que se viene desarrollando en el presente trabajo de tesis, el derecho restringido se encuentra dictaminado en el artículo 729°, del Código Civil, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano el Código Civil alberga derechos de rango meramente legal, en conclusión, la intervención es de intensidad media.

3. Tercer inciso o paso del test: Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

La finalidad del tercer paso es precisar si el trato diferenciado realizado por el legislador no sea contrario a la Constitución, y además, se debe fijar el objetivo.

La jurisprudencia distingue entre el objetivo y el fin, definiéndolos como:

El Objetivo: es el estado de las cosas o situaciones jurídicas que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado.
La finalidad o fin: viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo.
(EXP N° 0045-2004-PI-TC)

Si bien existe una diferencia conceptual entre el objetivo y la finalidad, a su vez se encuentran concatenado, pues el objetivo de trato diferenciado solo se podrá llevar a cabo si se persigue un fin constitucional.

El objetivo que se persigue otorgar la mitad de la legítima al heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia (en adelante cada que se mencione “heredero con discapacidad”, se referirá únicamente a aquellos que no puedan proveer con su propia subsistencia), cuando concorra con demás herederos sin discapacidad, es una excepción al artículo 729°, del Código Civil, que como norma general establece que todos los herederos forzosos sin excepción obtendrán en partes iguales la legítima, de ahí que, que la propuesta sea una ley de naturaleza especial.

Por otra parte, la finalidad es optimizar el derecho igualdad material o real de las personas con discapacidad, de acuerdo con el jurista alemán, Robert Alexy, podrá ser alcanzada la igualdad real haciendo uso de una diferenciación jurídica. Se menciona que se procura optimizar el referido derecho, porque en la legislación peruana con anterioridad se han venido

implementando medidas legales favorables para las personas con discapacidad, que repercuten en distintas áreas de su vida, como: laboral, salud y educación, con la finalidad de equiparar su situación a la del resto de la sociedad que no presenta discapacidad, sin embargo, sobre la propiedad y herencia, sigue siendo un área sin explorar por parte de la legislación, además, podría ser de mucho provecho, dicho sea de paso, para lograr la anhelada igualdad de hecho.

4. Cuarto inciso o paso del test: Examen de idoneidad

Para determinar la idoneidad se va a analizar la relación entre el medio adoptado, es decir, la intervención legislativa y la finalidad. “El análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional.” (EXP N° 0045-2004-PI-TC)

La medida legislativa que se pretende implementar, en el presente caso de investigación, son las mejoras en favor del heredero con discapacidad, optimizando así el derecho a la igualdad material de las personas discapacitadas (finalidad del tratamiento diferenciado). Se debe evaluar, “si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador.” (EXP N° 0004-2006-AI-TC)

Las mejoras en favor del heredero con discapacidad, es una parte que se divide de la herencia, y, a su vez, el derecho de propiedad se encuentra relacionado con la herencia; las mejoras hereditarias en favor del legitimario con discapacidad le permitirá costear sus gastos, debido a que la necesidad económica de las personas con discapacidad es superior de aquellos que no la padecen, afirmación recabada del análisis estadístico realizado por el INEI, en el último censo realizado en el Perú con fecha del año 2017, se presentó un informe titulado “Impacto en la Situación de Discapacidad en la Composición y el Costo Final de la Canasta Básica de Consumo Familiar” (Sanz, 2017), el cual concluyó que las personas con discapacidad deben

afrontar gastos extras para lograr alcanzar el mismo nivel de vida de quienes no presentan discapacidad.

Es verdad que el Estado interviene en la asistencia económica de las personas con discapacidad, y en gran parte de los casos los familiares también brindan apoyo económico; no obstante, es necesario que cuentes con otra fuente de ingresos propios, es por eso que haciendo uso del derecho de propiedad los sujetos tienen libertad de decisión sobre el destino de su patrimonio, y como el derecho de propiedad y la herencia son conceptos íntimamente relacionados, pueden ser utilizados de forma provechosa como mecanismo de ayuda para costear las necesidades económicas de los discapacitados, a través de la implementación de las mejoras hereditarias en favor de los legitimarios con discapacidad, institución jurídica que pretende un reparto equitativo entre los herederos, sustituyendo la repartición homogénea entre los mismos, siempre y cuando se cumpla con dos premisas: la primera es que uno de los herederos forzosos tenga discapacidad, y no siendo suficiente con ello, sino que además como segunda premisa no pueda proveer con su propia subsistencia.

Las mejoras en favor de los herederos con discapacidad, reúnen las condiciones necesarias para optimizar el derecho a la igualdad real, porque si bien la legislación peruana progresivamente ha ido implementado regulaciones que permiten equiparar las situaciones de los discapacitados, en distintas áreas como educación, trabajo, transporte, salud, subsidios; existen otras esferas de la vida que aún no han sido tomadas en consideración como la herencia, que se encuentra ligada al patrimonio, permitiéndoles así una independencia económica mayor, sin depender del subsidio irrisorio otorgado por el Estado, y los apoyos económicos solidarios de sus familiares.

5. Quinto inciso o paso del test: Examen de necesidad

El objetivo del quinto paso es determinar si el medio legislativo elegido es el que menos grava los derechos que han sido restringidos, para poder arribar a esa conclusión se deberá analizar el medio propuesto,

comparándolo con un medio optativo o hipotético, el cual debe ser igual de idóneo, es decir que cumpla con satisfacer el objetivo perseguido, y determinar cuál de los dos resulta ser menos gravoso sobre el derecho afectado.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la determinación de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios - idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. (EXP N° 0045-2004-PI-TC)

Por ese motivo, se deberán comparar las intensidades de las intervenciones de ambos medios a evaluar, el medio propuesto en el presente trabajo de tesis y el medio alternativo, se realizará de acuerdo a los establecido en el paso dos, para establecer el grado de intensidad del medio hipotético.

- El medio legislativo propuesto: mejoras hereditarias en favor del heredero con discapacidad.
- El medio hipotético: con la parte de libre disposición de la herencia.
- Mismo objetivo: otorgarles a los herederos con discapacidad una cuantía mayor de herencia.

En el paso dos se precisó que la medida legislativa propuesta, era de intensidad media, por cuanto el tipo de discriminación se sustentaba en motivos constitucionales, el de la discapacidad, que si bien no se encuentra plasmado de manera taxativa en la carta magna, puesto que en su artículo

2°, inciso 2; se enumeran algunos motivos como: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, luego de ello se menciona: “o de cualquier otra índole.”, de ahí que, el mencionado artículo no es numerus clausus, permitiendo así se puedan considerar otros motivos debido a la vulnerabilidad que los reviste. Y el rango del derecho restringido es meramente legal, siendo este el establecido en el artículo 729°, del Código Civil, que resuelve que todos los herederos sin importar su situación, recibirán su porción de legítima en partes iguales.

Ahora, corresponderá determinar la intensidad de la intervención de la medida hipotética, de acuerdo con el paso dos de test, se evalúan dos variables para establecer el nivel de intervención, la primera variable es el tipo de discriminación, y la segunda variable es el rango del derecho restringido o impedido.

Con respecto de la primera variable, es la misma de la medida propuesta, pues el motivo de la discriminación se sustenta en la discapacidad, motivo amparado en la constitución, por consiguiente, se reducen a dos las posibilidades: intervención de intensidad grave o media.

En relación con la segunda variable, se deberá determinar el rango del derecho restringido o impedido; la medida alternativa es hacer uso de la porción de libre disposición que tiene el causante para favorecer al heredero con discapacidad, la medida hipotética se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud, de que, sobre dicha porción de su patrimonio el causante goza de plena libertad de disposición, sin embargo, al interponer la obligatoriedad de otorgar el tercio de libre disposición al heredero forzoso con discapacidad, se estaría impidiendo el principio de la autonomía de la voluntad, en consecuencia, se debe determinar el rango del derecho impedido; de acuerdo a la medida hipotética, el derecho restringido se encuentra dictaminado en el artículo 725° y 726°, del Código Civil, se aplicará dependiendo el grado que ostenten los herederos forzosos, de acuerdo a la estructura del ordenamiento jurídico peruano el Código Civil alberga derechos de rango meramente legal, al encontrarse por debajo de la Constitución, en conclusión, la intervención es de intensidad media.

Por causa de que ambas medidas, la propuesta y la hipotética, tienen la misma intensidad de intervención en la igualdad, al ser las dos de intensidad media, será necesario una evaluación más específica para determinar la necesidad de la medida legislativa propuesta.

Teniendo en cuenta que la herencia se divide en dos partes, la legítima y la porción de libre disposición, la primera por derecho les corresponde a los herederos forzosos y no podrán ser privados de esta, pues el causante se encuentra imposibilitado de disponer de esta, en contra posición, se halla la porción de libre disposición, porción de la cual el causante podrá disponer libremente de sus bienes, su constitución se encuentra basado en el principio de la autonomía de la voluntad, siendo la voluntad una de las fuentes del derecho de sucesiones, si bien, esta no es absoluta al verse restringida por la legítima, es por medio de la porción de libre disposición que se hace efectiva; en consecuencia, si se pretende beneficiar al heredero con discapacidad con el tercio de libre disposición, no se podría hablar de una restricción a la autonomía de la voluntad del causante sino a la extinción de esta, al no contar con medio alguno para su materialización.

Por otra parte, si se hace uso de una media porción de la legítima para beneficiar al heredero con discapacidad, se estaría respetando el principio de la autonomía de la voluntad del causante, además al ser los herederos con discapacidad a su vez herederos forzosos, se le estaría beneficiando con la legítima, que por ley se encuentra resguardada para ellos.

En conclusión, se arriba a que la medida propuesta, mejoras en favor del heredero con discapacidad, mejoras que conforman parte de la legítima, porque no se puede encontrar medida alternativa idónea cuyo nivel de intervención sea de menor intensidad, además de respetar el principio de la autonomía de la voluntad, el cual es una de las fuentes del derecho sucesorio.

6. Sexto inciso o paso del test: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

El último paso del test de proporcionalidad consiste en una “comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad.” (EXP N° 0045-2004-PI-TC)

Con posterioridad a la superación del examen de idoneidad y necesidad, se procederá a realizar el examen de ponderación, según el cual “Debe comprobarse si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro derecho constitucionalmente protegido.” (Domenech, 1997)

Existen dos variables que deben ser comparadas, la primera es la afectación de un derecho y segundo es la realización de otro derecho, al ser el caso propuesto referente a la igualdad, van a colisionar el derecho a la igualdad (derecho afectado) y el derecho constitucional del tratamiento diferenciado (derecho realizado). La dirección proporcional es: “cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional.” (EXP N° 0045-2004-PI-TC), en otras palabras, el beneficio que se obtenga de la restricción de un derecho debe ser superior a los perjuicios.

Para determinar la intensidad de la afectación al derecho de igualdad, se debe establecer que situaciones del derecho a la igualdad se ven afectado por la implementación normativa que pretende la intervención del tratamiento aplicado.

El derecho a la igualdad se verá afectado cuando se presente una situación donde existan herederos con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia, es decir que el derecho a la igualdad en el ámbito sucesorio no se verá afectado en la totalidad de los casos, sino únicamente cuando concurra un heredero con discapacidad, y además se reduce aún más el ámbito de intervención, puesto que no basta con tener algún tipo de discapacidad, sino que, aunado a ello no podrá valerse por sí mismo para sustentarse.

De acuerdo con el INEI, en el informe titulado “Perfil Socio demográfico de la población con discapacidad”, por medio del último censo realizado a nivel nacional en el año 2017, se puede tener conocimiento que hay dos millones ciento sesenta y nueve mil quinientos sesenta y tres hogares, entre los miembros que los conforman hay alguna persona con discapacidad, en dicho informe no se clasificó en grados de discapacidad (leve, moderada y severa) a los miembros con discapacidad que forman parte de la familia, por lo que no es posible conocer cuantitativamente respecto a ese aspecto, en el plano general, el total de hogares en el Perú ascienden a ocho millones doscientos cincuenta y dos mil doscientos ochenta y cuatro; la relación porcentual respecto del total de hogares en el Perú en relación con aquellos hogares conformados por un integrante con discapacidad es del 27%, porcentaje que no refleja de forma exacta la población a la que beneficiará la institución jurídica de la mejora hereditaria, en razón de que, la medida jurídica propuesta en el presente trabajo de tesis, beneficia a los herederos con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia, sin embargo, mediante la inferencia lógica, se puede afirmar que el porcentaje es menor al 27%, y el porcentaje de situaciones donde no se restrinja el derecho será mayor a 73%. En conclusión, se puede afirmar que el perjuicio que menoscaba el derecho a la igualdad, podría ser considerado de leve a medio, porque no llega a afectar ni a la media de casos donde el derecho sucesorio se llevará a cabo a la muerte del causante, cuyo heredero forzoso tenga discapacidad.

Ahora se debe analizar las ventajas del tratamiento diferenciado, las cuales deben ser mayores que los perjuicios ocasionados por la restricción del derecho a la igualdad, para ser considerado constitucional, y completar el test de proporcionalidad.

Los sujetos que se verán perjudicados por las limitaciones al derecho a la igualdad son los herederos forzosos o legitimarios sin discapacidad que ven menguada su parte de legítima, sin embargo, se propuso como medida a implementar a futuro para otorgar las mejoras hereditarias la sustitución fideicomisaria de residuo, figura que determina que al fallecimiento del

heredero con discapacidad, los bienes que hayan quedado serán devueltos a los demás legitimarios que vieron afectada su legítima, por consiguiente, el perjuicio ocasionado en su contra disminuirán, pero los efectos se van a concretar en el futuro y no se recuperarán en su totalidad.

Las ventajas del trato diferenciado ejercido en favor de los herederos con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia, son las siguientes:

- Independencia económica de los familiares, el común denominador presente en hogares conformados por algún miembro con discapacidad, es el apoyo financiero de los familiares para cubrir las necesidades requeridas por el hijo, y al fallecimiento del padre, madre o ambos, son los hermanos quienes toman la responsabilidad, en virtud de ello, la implementación de las mejoras hereditarias en favor del legitimario con discapacidad, les permitirá no depender económicamente de sus familiares.

- Permitirá cubrir la diferencia económica a la que hacen frente las personas con discapacidad a comparación de aquellos que no la tienen, en la realización de las mismas actividades rutinarias. Debido a la realidad presente en el Perú, que dificultan la vida de las personas discapacitadas, como por ejemplo: las infraestructuras que permiten un fácil tránsito, además de encontrarse equipadas con tecnología para transportar a personas con discapacidad, son escasas, en lugares de trabajo, instituciones educativas, sitios recreacionales, instituciones públicas, además les es difícil acceder al transporte público, pese a encontrarse exonerados al pago cuando su discapacidad sea severa, porque los paraderos no se adecúan a sus necesidades y para subir a los buses también tienen problemas, además de los gastos de salud en lo que incurren para suplir sus necesidades y tratamientos particulares, así como aparatos de movilidad asistida; debido a que la sociedad peruana ha sido creada por y para las personas sin discapacidad, aquellos que si padecen de esta se encuentran en situación de

vulnerabilidad, pues realizar las mismas actividades que sus contrapartes les resulta más difícil y más costoso, por la brecha diferencial para la realización de sus actividades diarias.

- El método propuesto para otorgar las mejoras hereditarias, es la implementación en la legislación peruana de la sustitución fideicomisaria de residuo, que le “permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto” (Botello, 2016), es decir, que al fallecimiento del heredero con discapacidad, los bienes que hayan quedado serán devueltos a los demás legitimarios que vieron afectada su legítima, por consiguiente, el perjuicio ocasionado se verá menguado si se utiliza la sustitución fideicomisaria de residuo.

- La propuesta de incorporar en el ordenamiento jurídico peruano la figura de la mejor en favor del heredero con discapacidad, se encuentra acorde con la Ley de Apoyos y Salvaguardas, al perseguir los mismos objetivos de respetar la voluntad y las preferencias de las personas en situación de discapacidad.

Luego de haber sido señaladas las ventajas y perjuicios de la limitación del derecho a la igualdad, con la finalidad de ejercer un tratamiento diferenciado cuando concurren a la repartición de la herencia un heredero forzosos con discapacidad que no pueda proveer con su propia voluntad entre otros herederos forzosos que no tengan discapacidad, se ha llegado a la conclusión que las ventajas obtenidas con la realización del trato diferenciado son superiores a los perjuicios ocasionados al restringir el derecho a la igualdad.

Concluido los seis pasos del Test de Proporcionalidad, que sirven para establecer si la figura propuesta constituye una diferenciación o una discriminación, cada uno de los pasos establecidos en el test debe haber sido superado para que la figura jurídica sea considerada como una diferenciación, de no lograrlo, configuraría una discriminación, la cual es inconstitucional, mientras que la diferenciación si se encuentra amparada por la constitución siempre y cuando se fundamente en la razonabilidad y objetividad, finalmente se puede verificar que las mejoras en favor del heredero con discapacidad que no puede proveer con su propia subsistencia, al haber sido evaluado y superado los seis pasos del test, se concluye que dicha intervención legal es idónea, necesaria, proporcional, por ende constitucional.

3. Marco Conceptual

3.1. Herencia: El artículo 660° del código civil establece que la herencia está constituida por los bienes, derechos y obligaciones que desde el momento de la muerte de una persona, se transmiten a sus sucesores. (Código Civil , 1984)

3.2. Porción de libre disposición: El artículo 725°, 726° y 727° del Código Civil, el quantum de la porción de libre disposición varía, dependiendo del tipo de herederos forzosos que tenga el testador; si tiene herederos descendientes o cónyuge supérstite, podrá disponer libremente hasta un tercio de sus bienes; en caso tenga herederos ascendientes hasta la mitad de sus bienes podrá dispones; por último, si no tuviese cónyuges supérstite y tampoco herederos ascendientes y descendientes, podrá disponer el testador de la totalidad de sus bienes. (Código Civil , 1984)

3.3. Legítima: “La legítima es la parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos.” (Derecho de Sucesiones, 2016, p. 251)

3.4. Herederos forzosos o legitimarios: “Se les llama herederos forzosos en relación al causante, por cuanto éste no puede excluirlos, salvo por causales de indignidad y desheredación.” (Ferrero, 2002)

3.5. Cuotas legitimarias: Es la forma en la que se distribuye la legítima entre los herederos forzosos,

3.6. Mejoras Hereditarias: “La mejora se puede definir como aquella disposición del testador que, pudiendo afectar a un tercio del caudal hereditario, incrementa los derechos sucesorios de uno o varios de sus hijos o descendientes.” (Biberley)

3.7. Sustitución Fideicomisaria de Residuo: pues “permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto” (Botello, 2016)

4. Sistema de hipótesis

4.1. Hipótesis

Sí es necesario implementar en el marco normativo peruano la figura jurídica de la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer con su subsistencia, porque la diferenciación entre legitimarios con discapacidad de quienes no la tienen, se encuentra fundamentada en lo razonable y objetivo, así mismo, cumple con el test de proporcionalidad.

4.2. Variables

4.2.1. Variable Independiente: Legitimario con discapacidad que no puede proveer su propia subsistencia

4.2.2. Variable dependiente: Necesidad de instituir la mejora hereditaria

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

1. Tipo y nivel de investigación:

1.1. Tipo de investigación aplicada: “Se denomina aplicadas; porque en base a investigación básica, pura o fundamental en las ciencias fácticas o formales se formulan problemas o hipótesis de trabajo para resolver los problemas de la vida productiva de la sociedad.” (Nicomedes, 2018)

1.2. Nivel de investigación no experimental -descriptivo:

“Cuando el investigador se limita a observar los acontecimientos sin intervenir en los mismos entonces se desarrolla una investigación no experimental.” (Grajales, 2000)

Los estudios descriptivos buscan desarrollar una imagen o fiel representación (descripción) del fenómeno estudiado a partir de sus características. Describir en este caso es sinónimo de medir. Miden variables o conceptos con el fin de especificar las propiedades importantes de comunidades, personas, grupos o fenómeno bajo análisis. El énfasis está en el estudio independiente de cada característica, es posible que de alguna

manera se integren las mediciones de dos o más características con el fin de determinar cómo es o cómo se manifiesta el fenómeno. Pero en ningún momento se pretende establecer la forma de relación entre estas características. (Grajales, 2000)

2. Población y muestra de estudio

2.1. Población: Abogados civilistas de la ciudad de Trujillo.

2.2. Muestra: Muestra no probabilística, 7 abogados civilistas.

3. Diseño de Investigación: No experimental descriptivo

4. Técnica e instrumentos de investigación

4.1. Técnica:

a. Entrevistas: aplicables a abogados especialistas en derecho civil y a médicos rehabilitadores.

4.2. Instrumentos:

a. Ficha de Entrevista aplicable a abogados civilistas: preguntas encaminadas para determinar si la implementación de una figura jurídica, que permita realizar una diferenciación en la distribución de la legítima, cuando uno de los legitimarios tenga discapacidad y no pueda proveer con su propia subsistencia, puede ser incorporada en el ordenamiento jurídico peruano.

5. Procesamiento y análisis de datos:

5.1. Métodos Lógicos:

5.1.1. Método Deductivo: Se caracteriza por partir de premisas generales y concluir en deducciones particulares. “Es una forma de razonar y explicar la realidad partiendo de leyes o teorías generales hacia casos particulares.” (Arrieta)

En el presente trabajo de tesis, se tomará como punto de partida el análisis de los principios de solidaridad familiar, la vulnerabilidad, el modelo social de discapacidad, la legítima, entre otros; para determinar si los legitimarios con discapacidad que no pueden proveer con su propia subsistencia, son aptos para ser beneficiados con un porcentaje mayor de legítima.

5.2. Métodos Jurídicos:

5.2.1. Método Dogmático: “Estudio meramente teórico y se hace a base de abstracciones de las normas jurídicas que provienen de legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.” (Tantaleán, 2016, p.4)

Se va a analizar jurisprudencia y doctrina respecto de las mejoras hereditarias en favor del heredero con discapacidad como excepción a la intangibilidad de la legítima.

5.2.2. Método Hermenéutico: “El texto jurídico de la norma es expuesto a interpretación” (Grande, 2011) dicho método se implementará para interpretar el artículo 729º, del Código Civil Peruano, así como el artículo 2448º del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y del artículo 808º, del Código Civil Español.

5.2.3. Método Comparativo: “Se parte de un ordenamiento jurídico para luego establecer semejanzas y diferencias con otro ordenamiento jurídico, y culminar con una propuesta de mejora del derecho.” (Tantaleán, 2016, p. 18)

En la tesis se va a desarrollar primero el ordenamiento jurídico peruano, respecto de la legítima hereditaria, para posteriormente analizar el ordenamiento jurídico español y argentino, los cuales contemplan la figura jurídica de las mejoras hereditarias al heredero con discapacidad; con la finalidad de determinar los pros y contras, así como su idoneidad para su incorporación en el ordenamiento peruano.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

1. Análisis e interpretación de resultados:

Tabla 8: Necesidad de instituir la mejora hereditaria

| Resultado N° 01 | Sí | No |
|---|-----------|-----------|
| Determinar si existe la necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con | 60% | 40% |

| | | |
|---|--|--|
| discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia, Trujillo – 2023 | | |
|---|--|--|

Gráfico 8: Necesidad de instituir la mejora hereditaria

Fuente: Elaboración Propia

Nota: El sesenta por ciento (60%) de los especialistas encuestados determinaron que si existe la necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer con su propia subsistencia, y el cuarenta por ciento (40%) restante estuvieron en desacuerdo.

Tabla 9: Diferenciación razonable y objetiva

| Resultado N° 02 | Sí | No |
|--|-----------|-----------|
| Establecer si existe una diferenciación razonable y objetiva que justifique otorgar una porción mayor al heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia respecto de los demás herederos forzosos. | 4 | 3 |

Gráfico 9: Diferenciación razonable y objetiva

Fuente: Elaboración Propia

Nota: Del total de siete entrevistados, cuatro (04) pusieron de manifiesto sus argumentos para respaldar su afirmación de que sí existe una diferencia razonable y objetiva para otorgar a los herederos con discapacidad una porción mayor respecto de los demás herederos forzosos y tres (03) estuvieron en desacuerdo.

Tabla 10: Herederos forzosos que serán beneficiados con las mejoras hereditarias

| Resultado N° 03 | Sí | No |
|--|-----------|-----------|
| Determinar si el beneficio en favor del heredero con discapacidad debe abarcar tanto a los herederos forzosos descendientes, como ascendientes y cónyuge supérstite, respetando el orden | 5 | 2 |

| | | |
|--|--|--|
| excluyente, o únicamente debe ser aplicado en favor de los herederos forzosos descendientes. | | |
|--|--|--|

Gráfico 10: Herederos forzosos que serán beneficiados con las mejoras hereditarias

Fuente: Elaboración Propia

Nota: Del total de siete entrevistados, cinco (05) pusieron de manifiesto sus argumentos para respaldar su afirmación de que el beneficio debe abarcar a los herederos forzosos descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite y dos (02) estuvieron en desacuerdo.

Tabla 11: Sustitución fideicomisaria de residuo

| Resultado N° 04 | Sí | No |
|--|-----------|-----------|
| Analizar si la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo es el medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria. | 5 | 2 |

Gráfico 11: Sustitución fideicomisaria de residuo

Fuente: Elaboración Propia

Nota: Del total de siete entrevistados, cinco (05) pusieron de manifiesto sus argumentos para respaldar su afirmación de que la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo es el medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria y dos (02) estuvieron en desacuerdo.

Tabla 12: Obligatoriedad de las mejoras hereditarias

| Resultado N° 05 | Sí | No |
|--|-----------|-----------|
| Determinar si el beneficio de otorgar un porcentaje mayor de legítima a favor del heredero con discapacidad debe ser de carácter obligatorio, reconociéndolo como un derecho, sin la necesidad que media designación testamentaria alguna. | 2 | 5 |

Gráfico 12: Obligatoriedad de las mejoras hereditarias

Fuente: Elaboración Propia

Nota: Del total de siete entrevistados, dos (02) pusieron de manifiesto sus argumentos para respaldar su afirmación de que el beneficio debe ser de carácter obligatorio, reconociéndolo como un derecho, sin la necesidad de que medie designación testamentaria alguna y cinco (05) estuvieron en desacuerdo.

Tabla 13: Certificado de Discapacidad como requisito de procedibilidad

| Resultado N° 06 | Sí | No |
|--|-----------|-----------|
| Establecer los mecanismos para acreditar la discapacidad y el grado de esta, que afecta a un heredero, que justifique la aplicación de la mejora en su legítima, al momento del reparto. | 5 | 2 |

Gráfico 13: Certificado de Discapacidad como requisito de procedibilidad

Fuente: Elaboración Propia

Nota: Del total de siete entrevistados, cinco (05) pusieron de manifiesto sus argumentos para respaldar su afirmación de que el Certificado de Discapacidad debidamente registrado en el Registro Nacional de Persona con Discapacidad, sirve para acreditar la discapacidad y el grado de la misma, sirviendo como un requisito de procedibilidad y dos (02) estuvieron en desacuerdo.

- 2. Docimasia de hipótesis:** El informe de tesis no tiene contrastación de hipótesis.

V. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

- **RESULTADO N° 01: Determinar si existe la necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puedan proveer con su propia subsistencia**

Del total de las encuestas realizadas el 60% determinó que si existe la necesidad de instituir la mejora hereditaria en favor del legitimario con discapacidad que no puede proveer con su propia subsistencia, resultado que se obtuvo del análisis de cada uno de los objetivos específicos a través de una encuesta que constaban de 5 preguntas aplicadas a 7 abogados civilistas.

En el plano internacional, María José Vallero, concluyó en su investigación que el motivo primordial de la incorporación de dicha medida en la legislación argentina fue “la necesidad de poder brindarle al testador la tranquilidad de asegurarle un futuro digno a su ascendiente o descendente con discapacidad que se encuentra a su cargo y que puede quedar en una situación de desprotección después de su fallecimiento” (2020, pág. 77)

En el plano nacional, Bustamante, determinó que la necesidad de instituir la mejora radica en “brindar una mejor calidad de vida para los hermanos con discapacidad.” (2020, pág. 33)

- **RESULTADO N° 02: Establecer si existe una diferenciación razonable y objetiva que justifique otorgar una porción mayor al heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia respecto de los demás herederos forzosos**

Según los resultados de los siete (07) entrevistados, cuatro (04) respondieron que sí existe una diferenciación razonable y objetiva para otorgar a los herederos con discapacidad que no puedan subsistir por sus propios medios un porcentaje mayor de legítima respecto de aquellos que no lo sean; al respecto Olga Orlandi sostiene que, “la visión desde los derechos humanos lleva a afirmar la necesidad de diseñar una tutela legal específica ante la

vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Las medidas de apoyo y asistencia deben alcanzar la regulación sucesoria.” (2015, pág. 18)

Los argumentos expuestos por los entrevistados que estuvieron de acuerdo con que si existe una diferenciación razonable y objetiva que justifique otorgar una porción mayor al heredero con discapacidad, se pudo encontrar patrones y similitudes en sus respuesta, siendo estas: desigualdad de condiciones; dependencia de tercero para realizar sus actividades cotidianas; debido a su vulnerabilidad; afrontan gastos adicionales debido a su condición, que esta propuesta de implementación normativa permite que las leyes se adapten más a la realidad y utilizando el principio de equidad se justificaría el trato diferenciado en casos especiales.

Debido a las condiciones desiguales entre los herederos, las personas con discapacidad no tienen la oportunidad de obtener ingresos por sí mismas, además, tienen que afrontar gastos adicionales que el común denominador social no tiene. De cara a la mejora hereditaria, será posible cerrar la brecha económica entre las personas con discapacidad y sin discapacidad en el desempeño de las mismas actividades diarias.

Debido a la realidad actual en el Perú, la vida de las personas con discapacidad es difícil, citando algunos ejemplo: los lugares de trabajo, instituciones educativas, áreas de diversión, no están adicionalmente equipados con tecnología para el transporte de personas con discapacidad, la infraestructura es limitada, así también, tienen dificultad para utilizar el transporte público a pesar de que se encuentren exentos de pago cuando su discapacidad sea severa, porque les resulta difícil embarcar al no adecuarse a sus necesidades. Además de los gastos de salud en lo que incurren para suplir sus necesidades y tratamientos particulares, así como aparatos de movilidad asistida; como la sociedad peruana ha sido creada por y para las personas sin discapacidad, aquellos que sí padecen de esta se encuentran en situación de vulnerabilidad, pues realizar las mismas actividades que sus contrapartes les resulta más difícil y más costoso, por la brecha diferencial para la realización de sus actividades diarias.

En cuanto a la dependencia del discapacitado con un tercero para realizar sus actividades cotidianas; debido a que la propuesta normativa está encausada a beneficiar a un sector específico de la población con discapacidad, siendo únicamente aquellos que no puedan proveer con su propia subsistencia, es decir que requieren cuidado y apoyo continuo de un tercero para la actividades más básicas en la vida del ser humano, como el aseo y la alimentación, siendo la dependencia uno de los items a evaluar por lo médicos para emitir el certificado del CONADIS.

En relación a la vulnerabilidad, entendiéndola como la posibilidad de ser lastimado, ahora debemos aplicarla a nuestra unidad de análisis, la discapacidad. El concepto de vulnerabilidad se puede aplicar a un individuo o grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y superar circunstancias difíciles, si dicha capacidad se encuentra menguada o de plano no la posee, la persona se encuentra en un estado de riesgo, debilidad, vulnerabilidad, incertidumbre. Las personas con discapacidad son vulnerables en el sentido de que es más probable que pierdan la vida, la propiedad, los activos si muere la persona que les brindó apoyo y/o satisfizo sus necesidades.

Vemos que la vulnerabilidad de las personas con discapacidad incluye no solo criterios comúnmente asociados a ellas como el estado de salud, sino también el aspecto patrimonial, cuando la persona que los cuidaba fallece, ya que no pueden sobrevivir sin el apoyo de un tercero.

La equidad, significa ser consciente de las condiciones y características especiales de los legitimarios con discapacidad, para que a partir de este reconocimiento se le ofrezca un trato diferenciado que los coloque en igualdad de condiciones frente a los demás herederos; siendo estas condiciones y características especiales: la vulnerabilidad, la dependencia a un tercero para realizar sus actividades cotidianas, los gastos en salud, en instrumentos de asistencia como camas especiales, sillas de ruedas, indumentaria para los baños que les facilite el aseo, entre otras cosas más. La equidad entonces permite generar la creación de leyes que se adapten a la realidad.

De los siete (07) entrevistados tres (03), respondieron que no existe una diferenciación razonable y objetiva para otorgar a los herederos con discapacidad severa un porcentaje mayor de legítima respecto de aquellos que no lo sean; de los argumentos expuestos para sustentar sus posturas, se pudo encontrar patrones y similitudes en sus respuesta, siendo estas: que existen otras vías menos gravosas y que no afecte la legítima como la pensión alimenticia o hacer uso del tercio de libre disposición, además que a través de los apoyos y salvaguardas ya se estaría ayudando a las personas con discapacidad equiparándolas con el resto de la sociedad y de esta manera se puedan desenvolver a la par.

En lo referente a la pensión alimenticia: el artículo 472° del Código Civil ha dotado de un concepto jurídico amplio a lo que se entiende por alimentos, englobando todo aquello que es imprescindible para el sustento de una persona como es la “habitación, vestido, educación, institución y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia.” Son los familiares los que se encuentran obligados a prestar alimentos, detallados en el artículo 474° del citado código, estos son: el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y los hermanos; para cuando haya más de dos obligados a prestar alimentos la ley ha establecido un orden de prelación en el artículo 475°: “1. Por el cónyuge; 2. Por los descendientes; 3. Por los ascendientes y 4. Por los hermanos”, entiéndase entonces que si el cónyuge fallece la obligación pasa a sus hijos y si no tuviera, le corresponde a los padres y si estos han fenecido serán los hermanos. En el artículo 473° del código civil menciona a los hijos mayores de edad tiene derecho a alimentos cuando no pueda subsistir por sus propios medios cuando padezcan de incapacidad física y mental.

Al comparar ambas figuras, los hermanos son una característica compartida; sin embargo, en las mejoras hereditaria son los únicos que se ven afectado o sobre quienes recaería la solidaridad familiar; en cambio, en el caso de alimentos los hermanos se encuentran últimos en el orden de prelación, si

la persona con discapacidad no tuviera cónyuge, hijo y tampoco padres, recién en esa situación los hermanos se verían obligados a prestarle alimentos.

No obstante, son actos jurídicos realizados en diferentes momentos: la obligación de dar alimentos es un acto jurídico inter vivos, tal como lo establecido en el artículo 486° del código civil al referir que la obligación de prestar alimentos se extingue con la muerte del obligado, en contraparte las mejoras hereditarias es un acto jurídico mortis causa, podría decirse que comparte similitudes en su finalidad, pero se materializan en diferentes etapas de la vida. Si bien es cierto que el artículo 486° determina que a la muerte del obligado queda extinta la obligación, existe una excepción plasmada en el artículo 728° referente a que si el testador está obligado al pago de la pensión alimenticia del hijo alimentista, se gravará la porción de libre disposición; pero, cabe aclarar que los hijos alimentistas no tienen calidad de legitimarios, porque no han sido reconocidos pero se presume la filiación, mas no tendrán parte en la repartición de la legítima.

Otro de los argumentos en contra de la incorporación de las mejoras legitimarias es que el causante a través de la porción de libre disposición puede beneficiar a los herederos con discapacidad sin perjudicar a los demás herederos; no obstante dicho planteamiento desnaturaliza el derecho sucesorio, porque una de sus fuentes es la voluntad, manifestada a través de la porción de libre disposición, pero como el beneficio hereditario de las persona con discapacidad se está proponiendo como un derecho y no como una potestad del causante, en razón de ello si se utilizara la porción de libre disposición ya no se hablaría de una voluntad relativa sino inexistente, porque el causante no solo no disponer de la legítima sino que tampoco podrá hacerlo sobre la porción de libre disposición, generando de ese modo que su voluntad quede completamente anulada

Por último, argumento contrario es el que señala que a través de los apoyos y salvaguarda, ya se estaría ayudando a las personas con discapacidad para que se desenvuelven en la sociedad; por consiguiente, no sería necesario la inclusión de la figura de las mejoras hereditarias.

Conforme al Decreto Legislativo N° 1384 se incorporó la figura de los apoyos y salvaguardas, la figura del apoyo está definida en el artículo 659° literal b, entendiéndose por apoyo “a las personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas, que cooperan o coadyuvan para que los propios sujetos discapacitados puedan tomar decisiones de manera voluntaria, libre y procurando que le sean beneficiosas.” (Duran Vivanco, 2020), por otra parte, se encuentra la figura de los salvaguardas, establecida en el artículo 659° literal g, cuya función es garantizar que los apoyos cumplen con los derechos y la voluntad de las personas con discapacidad, siendo así ambas figuras complementarias.

Sin embargo, si se sigue la lógica de que con los apoyos y salvaguardas es más que suficientes para equiparar la condiciones de las persona con discapacidad con el común denominador de la sociedad, no tendrían razón de ser las medidas ya establecida en la Ley General de la persona con Discapacidad (Ley N° 29973) las cuales tienen como finalidad otorgarles beneficios, como por ejemplo la bonificación del 15% en los concursos públicos de méritos a las personas con discapacidad; entonces pretender que se aborde la discapacidad únicamente haciendo uso de los apoyos y salvaguardas en un error, porque para lograr una igualdad fáctica la discapacidad debe ser abordada por el derechos desde diferentes ángulos, es en razón de ello que muy aparte de los apoyos y salvaguardas existen otras medidas que ayudan a reducir la brecha entre las personas con discapacidad de quienes no la tienen.

En efecto los apoyos y salvaguardas son figuras instituidas en pro de las personas con discapacidad, empero deben ser comprendidas como medidas complementarias que forman parte de una sinergia cuya finalidad es equiparar las condiciones de las personas con discapacidad, por esta razón es que las mejoras hereditarias también vienen a formar parte de este cúmulo de medidas.

- **RESULTADO N° 3: Determinar si el beneficio en favor del heredero con discapacidad debe abarcar tanto a los herederos forzosos descendientes,**

como ascendientes y cónyuge supérstite, respetando el orden excluyente, o únicamente debe ser aplicado en favor de los herederos forzosos descendientes:

Según lo resultado, de los siete (07) entrevistados cinco (05), respondieron que las mejoras hereditarias deben ser aplicada a los herederos forzosos descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite y no únicamente a los herederos forzosos descendientes, al respecto Juan Pablo Olmo, aboga por la inclusión del cónyuge supérstite con discapacidad como beneficiario de las mejoras su argumento es el siguiente:

“Si bien es cierto que podría alegarse que el cónyuge supérstite ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de que tenga o no una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima” (Olmo J. , 2015, pág. 7)

Los argumentos en favor de otorgar las mejoras a todos los herederos forzosos, se pudo encontrar patrones y similitudes en sus respuestas, siendo estas: misma razón mismo derecho, el concepto de herederos forzosos abarca descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite y porque en la cultura latinoamericana los lazos familiares son más estrechos.

El primer argumento es que a una misma razón debe aplicar el mismo derecho, esta aseveración tiene su sustento en el derecho a la igualdad, en el presente caso las razón para el otorgamiento de las mejoras hereditarias se sustentan en la vulnerabilidad, dependencia, además de los gastos adicionales que deben hacer frente debido a su condición y la solidaridad familiar para con el legitimario con discapacidad severa, lo cual muestra que al haber una razón de protección al miembro más vulnerable de una familia, la aplicación de las mejoras no deben ser restrictivas, porque independiente del rol que

desempeñen en una familia (padre, hijo o cónyuge) afrontan las mismas dificultades sociales y económicas debido a su discapacidad.

El segundo argumento refiere a que el artículo 724° del Código Civil determina que los herederos forzosos son: los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite, no cabría entonces pretender favorecer a solo un tipo de legitimarios, al tener todos derecho a la legítima; para que haya un trato diferenciado primero se tendría que realizar un test de proporcionalidad o razonabilidad para determinar si existen motivos razonables.

Como último argumento está el tema cultural, en la legislatura española los únicos a los que se les puede otorgar las mejoras hereditarias es a los herederos forzosos descendientes, lo cual se puede deber a culturalmente cuando los hijos pasan a formar sus propias familias tienden a alejarse velando únicamente por sus hijos, además de que el tema de la pensión de jubilación en Europa es más elevada permitiendo a las personas de la tercera edad ser más independientes financieramente de sus hijos, realidad distinta en nuestro país, en el Perú es aceptable socialmente apoyar económicamente a los padres cuando estos se jubilen, además de que los lazos familiares intergeneracionales son más estrechos, en Europa tienen una visión más individualista del ser humano, por el contrario en el Perú el concepto de familia está muy arraigado en la cultura.

➤ **RESULTADO N° 04: Analizar la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo como medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria, con la finalidad de ser aplicada en un futuro.**

Según lo resultado, de los siete (07) entrevistados cinco (05), respondieron que la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo es el medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria, al respecto María José Vallero al analizar las mejoras hereditaria en el ordenamiento jurídico argentino, ordenamiento que permite al testador otorgar las mejoras usando el medio que estime conveniente, concluyó que dicha medida “genera un beneficio para el causante, porque la normativa no exige que sea solo de una

manera específica” (Sucesiones testamentarias mejora a favor del heredero con discapacidad, 2020),

Los argumento que respaldan la posición de que la sustitución fideicomisaria de residuo sea el único medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria son: el sentido de justicia que genera, porque si es que queda patrimonio restante a la muerte del heredero con discapacidad, este debe retornar a quienes en un primer momento vieron afectada su legítima y el otro argumento es porque el fin de las mejoras hereditarias es beneficiar al heredero con discapacidad, entonces a su fallecimiento se extingue la finalidad para la cual fue destinada es por ello que el patrimonio debe retornar a los demás herederos legitimarios.

Respeto al argumento que hace hincapié en que es más justo, es verdad, porque si bien el otorgamiento de las mejoras se fundamenta en la solidaridad familiar no se puede negar la afectación de la legítima de los demás herederos, en otras palabras, una parte sale beneficiada y la otra perjudicada, en razón de los afectados es que la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo sirve para contrarrestar la vulneración a su legítima al determinar que al fallecimiento del heredero con discapacidad, los bienes que hayan quedado restantes serán devueltos a los demás legitimarios que vieron afectada su legítima, por ejemplo: de tres hermanos uno tiene discapacidad y no puede subsistir por sí mismo, pero antes de devenir en dicha condición había tenido un hijo, al momento de la repartición de la herencia se le otorga la legítima que le corresponde y aunado a ello las mejoras hereditarias, pasan los años la persona con discapacidad fallece, a su hijo no le corresponderá el excedente que haya quedado de las mejoras hereditarias, sino que esté restante retornará a sus dos hermanos u a los herederos forzosos de estos si es que hubiesen fallecido. Analizado desde esta óptica, se puede afirmar que la finalidad de esta medida es justa.

El otro argumento menciona que al fallecimiento de heredero con discapacidad que fue beneficiado con las mejoras hereditarias, la finalidad de dicha medida se extingue, de manera que al no cumplir con la función para la

cual fue destinada debe retornar a quienes en un primer momento les correspondía, resguardado hasta cierto punto la legítima que en un primer momento les fue despojada.

De los siete (07) entrevistados dos (02), respondieron que la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo no es el medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria, el argumento que sustenta dicha postura es que la naturaleza de la sustitución fideicomisaria de residuo está dada para la conservación de los bienes, sin más menoscabo que las deducciones necesarias para pagar las obligaciones del causante y las que origine el sostenimiento y mantenimiento de los bienes.

Se puede señalar de que dicho argumento es erróneo puesto que se confunde la sustitución fideicomisaria pura con la sustitución fideicomisaria de residuo, porque la naturaleza de la sustitución fideicomisaria pura restringe la capacidad de disponer o gravar los bienes por parte del fiduciario (Lohmann Luca de Tena, n.d.,43), quien es el encargado de conservar los bienes, para que es su momento sea entregado al heredero fideicomisario; sin embargo, la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo sí permite que el beneficiarios pueda disponer de los bienes.

- **RESULTADO N° 05: Determinar si el beneficio de otorgar un porcentaje mayor de legítima a favor del heredero con discapacidad debe ser de carácter obligatorio, reconociéndolo como un derecho, sin la necesidad que medie designación testamentaria alguna.**

Según lo resultado, de los siete (07) entrevistados dos (02), respondieron que la mejora debe ser de carácter obligatorio, reconociéndose como un derecho del heredero con discapacidad, el autor Mondragón Hilario no comparte esta visión al razonar que la legítima “el legitimario, siempre la ha tenido supeditada a la voluntad del testador tanto en vida por la simpatía que se pudieran intercambiar testador y legitimario. Tras la muerte de aquel, la mejora también sigue supeditada a su voluntad.” (Mondragón, 2019, pág. 234)

Los que respondieron estar de acuerdo con que las mejoras deben ser de carácter obligatorio, argumentaron que es por la escasa cultura testamentaria en el Perú, siendo la sucesión ab intestato la que predomina, en vista de esta realidad es que dotar de carácter obligatoria a la figura de las mejoras hereditarias sería la opción más adecuada, evitando así que la nueva implementación normativa deviniera en letra muerta, además también cabe la posibilidad de que el causante sí haya tenido conocimiento sobre las sucesión testamentaria, sin embargo, falleció antes de poder manifestar su voluntad ocasionando que el heredero con discapacidad no pueda obtener el beneficio otorgado por las mejoras hereditarias.

Cabe resaltar, que en una de las respuestas se consignó que habría que tomar en cuenta si la persona con discapacidad es económicamente vulnerable, lo cual es un criterio válido al momento de la evaluación para la implementación de la propuesta normativa, porque pueden darse dos supuestos, el primero sería que el heredero con discapacidad antes gozara de una salud plena y que luego le haya sobrevenido la discapacidad, sin embargo goza de ingresos que le permiten llevar una vida digna supliendo sus necesidades económicas y el segundo supuesto es aquel en el cual el causante gozase de un patrimonio acaudalado, ocasionado que a su fallecimiento si la división de su patrimonio se divida en partes iguales, pese a que concurre un heredero con discapacidad, de igual forma le permita solventar sus gastos debido a que heredaría una suma económica alta. En consecuencia, se debe tener como criterio si la persona con discapacidad es económicamente vulnerable, porque si pudiese hacer frente a sus gastos las mejoras hereditarias no serían necesarias al no cumplir con su finalidad.

De los siete (07) entrevistados cinco (05), respondieron que las mejoras deben ser de carácter facultativo del testador, si bien en las respuestas dadas no se desarrollan argumentos más allá del que señala como motivo a la indignidad, lo cual no tiene fundamentos pues la indignidad no es determinada por el testador sino mediante un proceso judicial tal como lo determina el artículo 668° del Código Civil. A pesar de que en las respuestas no se han manifestado razones que justifiquen su negativa ante el carácter impositivo de

las mejoras, de igual forma se procederá a esbozar el porqué las mejoras pueden ser de carácter impositivo sin contravenir a la ley, la razón radica en que las mejoras hereditarias son parte de la legítima y el artículo 723° del Código Civil refiere que el testador no podrá disponer libremente de la legítima, si bien el causante puede disponer en lo que respecta a la distribución de sus bienes, sobre el quantum le corresponde en partes iguales a sus herederos forzosos, siguiendo esta misma línea de pensamiento la legítima no está condicionada a la voluntad del testador y al ser las mejoras hereditarias parte de esta se aplica el mismo criterio.

➤ **RESULTADO N° 06: Analizar los mecanismos para acreditar la discapacidad y sus grados establecidos por el CONADIS, que justifique la aplicación de la mejora en su legítima, al momento del reparto.**

De los siete (07) entrevistados, cinco (05) respondieron que el Certificado de Discapacidad sirve para acreditar el grado de discapacidad del heredero, información de vital importancia puesto que únicamente los beneficiarios serán los herederos que no puedan proveer con su propia subsistencia, por su parte Olmo Juan Pablo señala que la persona con discapacidad no necesita contar con el Certificado Único de Discapacidad para que le sea otorgada la mejora hereditaria, “puesto que la discapacidad no nace del certificado, sino que este es un modo de acreditarla cuando la misma es invocada” (Olmo J. , 2015, pág. 10).

Aquellos que están a favor han argumentado que es una formalidad que reviste de seguridad jurídica al derecho a la legítima de los demás herederos que no tienen discapacidad, además de evitar la subjetividad del testador, evitando menoscabar el derecho de otros herederos.

El heredero con discapacidad participará de la repartición de la legítima estricta con los demás herederos, en razón de que el beneficio otorgado es de una magnitud cuantificable notable, amerita una acreditación que esté a la altura del beneficio otorgado, además de que de esa manera se disminuirían

posibles procesos judiciales donde se cuestionen la discapacidad de los herederos.

El Certificado de Discapacidad otorgado por CONADIS es idóneo para la acreditación del heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia; el proceso de certificación es realizado por profesionales especializados en determinar la discapacidad y el grado de esta, grado cuya determinación se encuentra basada por distintos parámetros y dentro de ellos se ubica la dependencia para con un tercero en la realización de sus actividades rutinarias, en consecuencia al medir el nivel de dependencia sirve para determinar si el heredero discapacitado no puede proveer con su propia subsistencia. Cabe destacar, que el Certificado de Discapacidad ya es utilizado como requisito para la solicitud de apoyos y salvaguardas, consignado en el artículo 844°, del Código Procesal Civil, artículo incorporado por el Decreto Legislativo 1384. Por consiguiente, se puede afirmar su idoneidad para la acreditación del heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia.

CONCLUSIONES

1. Sí acepto mi hipótesis, es necesario instituir la figura de las mejoras hereditarias en favor de los legitimarios con discapacidad que no pueden proveer con su propia subsistencia, basándose en la vulnerabilidad, la incapacidad de subsistencia, dependencia y mayores necesidades económicas.

Cuando se habla de la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, en su mayoría se enfocan únicamente en el tema de la salud, sin embargo, la vulnerabilidad también está ligada a asuntos patrimoniales, por ejemplo, la vulnerabilidad en la salud de una persona con discapacidad física no será igual de aquella que goza de una salud plena, porque son más propensos a caídas, no será lo mismo bajar de las escalares con las extremidades inferiores sanas que bajarlas en muletas, además de que la capacidad de recuperarse y sobreponerse a una caída les causa mayores estragos y tomará un periodo más largo de recuperación; lo mismo sucede en su esfera patrimonial, son más propensos a perder sus bienes, más específicamente cuando la persona que les proveía atención y cuidado fallece.

Respecto a la incapacidad de subsistencia y la dependencia con un tercero, el beneficio de las mejoras hereditarias se encuentran disponibles solo para el sector de los discapacitados que no puede proveer con su propia subsistencia al requerir necesariamente de una persona que esté a su cuidado, no es lo mismo no tener una extremidad que haber sufrido derrame cerebral y quedar en estado vegetal, ambas son consideradas discapacidades, pero en diferente grado.

Las personas con discapacidad tienen necesidades económicas mayores, manifiestas en los gastos de salud, tratamientos específicos, medicamentos, aparatos de movilidad asistida, equipamiento de su hogar, son gastos extras que una persona sin discapacidad no tiene que suplir, es por ello, que la figura de la mejora hereditaria serviría para salvaguardar la esfera económica de las

personas con discapacidad desde el ámbito del derecho sucesorio y de esta manera cumplir con el modelo social de discapacidad.

2. Se concluye que sí existe una la diferenciación razonable y objetiva que justifica el otorgamiento de una porción mayor de legítima al heredero con discapacidad, esto se debe a que la diferenciación se fundamenta en el derecho a la igualdad en su dimensión material, la cual plantea que si los sujetos no se encuentran en igualdad de condiciones se aplicará un trato diferenciado, sin embargo, la desigualdad de las condiciones debe ser objetiva y razonable, debiendo superar el Test de Proporcionalidad establecido por el Tribunal Constitucional, los seis pasos que lo conforman han sido cumplidos por ende el trato diferenciado en favor del heredero con discapacidad que no puede proveer con su propia subsistencia para que se le otorguen las mejoras hereditarias es constitucional.

Las razones objetivas y razonables radican en la dependencia del discapacitado con un tercero para el desarrollo de sus actividades cotidianas, así como para su solvencia; también son vulnerables al encontrarse más propensos a perder su patrimonio, además que debido a su condición tienen que afrontar gastos adicionales, al existir una brecha económica entre las personas con discapacidad y quienes no la tienen, cuando realizan las mismas actividades diarias. Teniendo en cuenta lo antes señalado, es cuando la equidad toma relevancia, al permitir un trato diferenciado al reconocer las condiciones y características especiales de los legitimarios con discapacidad.

3. Se determina que las mejoras hereditarias deben ser otorgadas a todos los legitimarios detallado en el artículo 724° del Código Civil, pues a una misma razón debe aplicarse un mismo derecho. Existe una razón de protección al miembro más vulnerable de una familia, porque independientemente del rol familiar que desempeñen, afrontan las mismas dificultades, siendo lógico que todos los herederos forzosos tengan derecho a beneficio de las mejoras hereditarias.

En este punto se difiere con las legislaciones comparadas utilizadas en el desarrollo de tesis, por un lado, la legislación española únicamente permite otorgar las mejoras hereditarias solo a los herederos descendientes y, por otro lado, la legislación argentina permite otorgar las mejoras hereditarias a los herederos descendientes y ascendientes, pero no al cónyuge supérstite, porque ya gozan de los gananciales y el derecho real de habitación, sin embargo dichas prerrogativas se aplican a todos los cónyuges con o sin discapacidad, por lo que no se estaría brindando una compensación extra por su condición.

El artículo 724° del Código Civil peruano determina que los herederos forzosos son: los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite, no tendría razón de que solo a algunos se les favorezca con la mejora hereditaria, cuando todos tienen la condición de legitimarios y presenten discapacidad.

4. Se concluye del análisis de la sustitución fideicomisaria de residuo, que esta figura jurídica es idónea para el otorgamiento de las mejoras hereditarias, pues sirve para contrarrestar la afectación en la legítima que experimentaron los herederos forzosos en pro de beneficiar al coheredero con discapacidad, pues al fallecimiento de este último, la legítima restante retornará a quienes correspondía en un principio, cabe resaltar que el Código Civil peruano guarda silencio respecto de la sustituciones fideicomisaria de residuo, únicamente en el artículo 740° hace referencia a la sustitución directa o vulgar.

Como el Código Civil no se ha pronunciado respecto de la sustitución fideicomisaria de residuo, existen dos posturas entre los juristas peruanos, un sector señala que al no estar contemplado en el código y que, si bien tampoco está prohibido, de igual forma no está admitido por código, y otro sector considera dicha postura radical y se ampara en el artículo 2, numeral 24, literal a, cuando señala “nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”, y en virtud a ello, sí se podría realizar una sustitución fideicomisaria; sin embargo, aún no se ha llegado a un consenso jurídico.

5. Se determinó que las mejoras hereditarias deben ser de carácter obligatorio, y que no sean otorgadas a potestad del causante, la potestad deriva de la voluntad, la cual es una fuente del derecho sucesorio, que se manifiesta a través del testamento, pero se encuentra sujeto a límites, como es el caso de no poder disponer libremente de la legítima, pues esta se encuentra regulada por la ley, por tanto todo lo referente a la legítima es de obligatorio cumplimiento para el causante, y a su vez, las mejoras hereditarias vendrían a ser una excepción legal a la intangibilidad de la legítima.

En consecuencia y de acuerdo con el artículo 723° del Código Civil, el causante tendrá que acatar todos los aspectos normativos que regulen lo concerniente a la legítima, y como el planteamiento es que la mejora hereditaria se de carácter obligatorio, tendrá que ser acatado por el causante.

6. Se concluye que el Certificado de Discapacidad emitido por el CONADIS sirve para acreditar el grado de discapacidad del heredero que no pueda proveer con su propia subsistencia, el proceso para la certificación consta de tres pasos: la evaluación, la calificación y la certificación, el primero paso se encuentra a cargo de un médico especializado en diagnosticar la discapacidad, el segundo paso consiste en clasificar la discapacidad en leve, moderada y severa, utilizando la conducta, el cuidado personal, la capacidad de comunicación, la locomoción entre otros criterios, como último paso es la emisión del certificado.

Al ser realizado la certificación por profesionales especializados en determinar el grado de discapacidad, genera seguridad jurídica. La falta de acreditación ha sido cuestionada por los juristas argentinos, puesto que en su legislación no es necesario acreditar la discapacidad por medio del Certificado Único de Discapacidad, situación que puede ocasionar una carga procesal en los juzgados, la cual es factible de ser evitada si se toman medidas como es el caso de la certificación.

RECOMENDACIÓN

1. Se inste a la investigación que tenga como objeto hacer cumplir el modelo social de discapacidad en el marco legislativo peruano, incorporando nuevas figuras legales que hagan posible dicha visión, en beneficio de la minoría más grande del mundo.
2. Si bien es cierto que las persona con discapacidad se topan con trabas sociales que impiden su pleno desenvolvimiento y por ese motivo se les brinda un trato diferenciado, no se debe dejar de lado el meollo del problema: la sociedad, según el planteamiento del Modelo Social de la Discapacidad. Como sociedad, deben hacer conciencia de sus falencias, mejorando paso a paso, para que en un futuro no sea necesario brindar un trato diferenciado pues no existan trabas sociales.
3. No se debe caer en el error de trasladar una ley extranjera, sin antes adecuarla a la realidad peruana, pues si bien en la legislación española únicamente a los herederos forzosos descendientes se les puede otorgar las mejoras hereditarias, se debe tener en cuenta que la pensión de jubilación europea es más elevada que en el Perú; además, en el Perú el concepto de familia está más arraigado en la cultura, mientras que en Europa la cosmovisión es más individualista.
4. Se debe hacer uso de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo como único medio para otorgar las mejoras hereditarias en favor del heredero con discapacidad, al ser justo para los demás herederos forzosos tener la posibilidad de que se le retorne una parte de la legítima que vieron afectada, sin embargo, debido a que el Código Civil guarda silencio respecto a la sustitución fideicomisaria de residuo, y las posturas de los juristas son opuestas, se debe hacer un estudio más a profundidad sobre las sustituciones fideicomisarias, con la finalidad de llegar a un consenso jurídico en cuanto a su prohibición o autorización.

5. Se debe evaluar si la persona con discapacidad es económicamente vulnerable, puesto que, si percibe ingresos que le permiten suplir sus necesidades económicas o la herencia que va a recibir es cuantiosa y no hay necesidad de otorgarle un porcentaje mayor de legítima, las mejoras hereditarias dejarían de cumplir con la finalidad para la cual fue creada.

6. El Certificado de Discapacidad debe ser requerido como un requisito de procedibilidad, para que de resguardo jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (Instituto Nacional de Estadística e Informática) [INEI]. (s.f de s.f de 2017). *Instituto Nacional de Estadística e Informática*. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de Instituto Nacional de Estadística e Informática:
https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/
- Abogados y herencia. (20 de marzo de 2021). *Abogados y herencia*. Recuperado el 13 de mayo de 2021, de Abogados y herencia:
<https://www.abogadosyherencias.com/legitima/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20a%20Leg%C3%ADtima%20Hereditaria,llamados%20por%20esto%20herederos%20forzoso>s.
- Aguilar, B. (2018). De la supresión o mantenimiento de la legítima sucesoria a la legítima solidaria. *Título de Maestría*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12511/AGUILAR_LANOS.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- alma mater. (s.f.). *alma mater*. Obtenido de alma mater:
<https://personal.us.es/alporu/historia/gaudeamus.htm>
- Amado, E. (2016). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Legales.
- Arcaya, C. (2021). La Legítima y la afectación a la autonomía de la voluntad del testador para disponer la totalidad de sus bienes y derechos. *Tesis de Grado*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Obtenido de https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7851/1/REP_CLAUDIA.ARCAYA_LA.LEGITIMA.Y.LA.AFECTACION.pdf
- Arrieta, E. (s.f de s.f de s.f). *Diferenciador*. Obtenido de Diferenciador:
<https://www.diferenciador.com/diferencia-entre-metodo-inductivo-y-deductivo/>
- Asamblea General de la Naciones Unidas. (19 de diciembre de 2001). *Resolución 56/168*. Obtenido de Resolución 56/168:
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm>
- Asamblea General de la Naciones Unidas. (24 de enero de 2007). *Resolución 61/106*. Obtenido de Resolución 61/106: http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidad. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York.
- Badia, J. (3 de octubre de 1977). *El país*. Recuperado el 13 de mayo de 2021, de El país:
https://elpais.com/diario/1977/11/04/opinion/247446008_850215.html
- Belluscio, A. -M. (2020). *Derecho sucesorio, según las norma del código civil y comercial*. Buenos Aires: ASTREA.
- Benalcázar, M. (2019). Estudio de las asignaciones forzosas: porción conyugal; cuarta de mejoras; sustento de una eventual reforma. *Tesis de Grado*. Universidad de Azuay, Azuay.

- Benalcázar, M. (2019). Estudio de las asignaciones forzosas: porción conyugal; cuarta de mejoras; sustento de una eventual reforma. *Tesis de Grado*. Universidad de Azuay, Azuay. Obtenido de <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/8908/1/14556.pdf>
- Biberley. (s.f.). *Biberley*. Obtenido de Biberley: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-mejora-proceso-sucesorio-59770>
- BOE. (1889). *Código Civil Español*. España.
- BOE. (1978). *Constitución Española*. España.
- BOE. (2003). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>
- BOE. (2006). *Agencia Estatal Boletín del Estado*. Obtenido de Agencia Estatal Boletín del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>
- Botello, P. (2016). LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: RESURGIMIENTO DE UNA DE LAS FIGURAS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL COMO FORMA DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS INCAPACITADOS JUDICIALMENTE. *Tesis Doctoral*. Universidad de Sevilla, Sevilla. Obtenido de <https://idus.us.es/handle/11441/39151>
- Botello, P. (2020). Principales diferencias entre la sustitución fideicomisaria portuguesa. *Pensar*, 1-12. doi:<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.11290>
- Bustamante, M. (2020). La necesidad de incorporar la legítima asistencial a favor de los hermanos discapacitados en la Corte Superior de Lima Norte, 2019. *Titulo de Grado*. Universidad Cesar Vallejo, Lima. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/53097/Bustamante_MEC-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comisión Especial. (2007). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: Naciones Unidas.
- CONADIS. (2020). *Ley General de la Persona con Discapacidad*. Lima.
- CONFIEP. (s.f.). *CONFIEP*. Recuperado el 11 de junio de 2020, de CONFIEP: <https://www.confiep.org.pe/noticias/articulos-de-opinion/la-rehabilitacion-profesional/>
- Congreso de la República. (15 de Octubre de 1981). *Ley del trabajo para personas con limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales*. Recuperado el 11 de Junio de 2020, de Ley del trabajo para personas con limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales: <https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/76398/No137.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República. (mayo de 1989). *Ley N° 24067*. Recuperado el 11 de junio de 2020, de Ley N° 24067: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/417404/-117168789387129601020191106-32001-17stoek.pdf>

- Congreso de la República. (1999). *Ley N° 27050*. Recuperado el 11 de junio de 2020, de Ley N° 27050: <https://apps.contraloria.gob.pe/pvl/files/Ley%2027050%20-%20Ley%20Persona%20con%20Discapacidad.pdf>
- Congreso de la República. (20 de diciembre de 2007). *Gobierno del Perú*. Obtenido de Gobierno del Perú: http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-Organica-del-Poder-Ejecutivo_29158-LOPE.pdf
- Congreso de la República. (2012). *Ley N° 29973*. Recuperado el 12 de junio de 2021, de Ley N° 29973: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/Ley29973_2020_VFdigital.pdf
- Congreso de la República,. (1984). *Código Civil*. Perú: Jurista Editores. Recuperado el 22 de mayo de 2020, de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/codigo-civil.pdf>
- Convenio de Viena*. (1969). Viena.
- Cusi, A. (29 de septiembre de 2013). *Andrescusi*blog. Recuperado el 12 de mayo de 2021, de Andrescusi: <https://andrescusi.blogspot.com/2013/09/elementos-de-la-sucesion-derecho-de.html>
- Diccionario Actual. (30 de abril de 2021). *Diccionario Actual, Actualiza tu conocimiento*. Obtenido de Diccionario Actual, Actualiza tu conocimiento : <https://diccionarioactual.com/suceder/>
- Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces Para la democracia*, 69-75. Obtenido de file:///C:/Users/graci/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProporcionalidadYLaJurisprudenciaCons-174691.pdf
- El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (1795). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Argentina.
- Espinoza, I. (2011 de marzo de 2011). *SCIELO*. Obtenido de SCIELO: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v139n5/art03.pdf>
- EsSalud. (2018). *Directiva N° 06 GCPS-ESSALUD-2017*. Recuperado el 13 de junio de 2021, de Procedimiento para la evaluación, calificación y certificación de discapacidad en ESSALUD: <http://repositorio.essalud.gob.pe/jspui/handle/ESSALUD/762>
- Esteves, A. (2011). *Acta Académica*. Obtenido de Acta Académica: <https://www.aacademica.org/000-052/290>
- Etimologías de Chile. (s.f.). *Etimologías de Chile*. Obtenido de Etimologías de Chile: <http://etimologias.dechile.net/?vulnerable>
- Garay, F. (2019). El modelo social para el desarrollo de la persona con discapacidad, Cercado del Callao 2018. *Tesis Doctoral*. Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Garay, F. (2019). El modelo social para el desarrollo de la persona con discapacidad, Cercado del Callao 2018. *Tesis Doctoral*. Universidad Cesar Vallejo, Lima. Obtenido de

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/36262/Garay_OFD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- García, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS D&L EDITORES S.A.C.
- Gobierno del Perú. (29 de julio de 2020). *Plataforma digital única del Estado Peruano*. Recuperado el 13 de junio de 2021, de Plataforma digital única del Estado Peruano: <https://www.gob.pe/281-seguros-de-salud-del-peru>
- Grajales, T. (27 de 03 de 2000). *Tipos de Investigación*. Obtenido de <https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1RM1F0L42-VZ46F4-319H/871.pdf>
- Grande, M. (2011). Hermenéutica jurídica y justicia. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 277-299. Obtenido de <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/38/26>
- Jefatura del Estado. (20 de noviembre de 2003). *Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>
- Jefatura del Estado. (02 de junio de 2021). *Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233#as>
- Ley 26.994. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Argentina.
- Mendoza, G. (2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro jurídico*, 97-108. Obtenido de <file:///C:/Users/graci/Downloads/13803-Texto%20del%20art%C3%ADculo-54962-1-10-20150831.pdf>
- Mondragón, H. (2019). La Legítima en el derecho Español. *Titulo Doctoral*. Universitat Jaume I, España. Obtenido de https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Montenegr, J. (2018). La legislación peruana para personas con discapacidad frente al ejercicio de derechos civiles en función a la igualdad ante la ley. *Tesis de grado*. Universidad Nacional Pero Ruiz Gallo, Lambayeque.
- Montenegro, J. (2018). La legislación peruana para personas con discapacidad frente al ejercicio de derechos civiles en función a la igualdad ante la ley. *Tesis de grado*. Universidad Nacional Pero Ruiz Gallo, Lambayeque. Obtenido de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/4536/BC-TES-3370%20MONTENEGRO%20VILLEGAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moreno, A. (1 de junio de 1995). *ProQuest*. Obtenido de ProQuest: <https://search.proquest.com/openview/b3e79734a33c5ba865bc4081922cc32a/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1818086>

- Naciones Unidas. (s.f.). *Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas:
<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/programa-de-accion-mundial-para-las-personas-con-discapacidad-4.html#menu-header-menu>
- Nicomedes, E. (24 de junio de 2018). *Centro ua*. Obtenido de
https://core.ac.uk/display/250080756?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1
- Olmo, J. (27 de 10 de 2015). *Aula Extendida*. Obtenido de Aula Extendida:
<https://aulaextendida.com.ar/wp-content/uploads/2018/01/Mejora-a-favor-del-heredero-con-discapacidad.pdf>
- Olmo, J. (2016). *Red CDPD*. Obtenido de Red CDPD:
<http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/86/33>
- Olmo, J. (2018). La mejora a favor del heredero con discapacidad en Argentina. Semejanzas y diferencias con. *Revista Latinoamericana de Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 90-102. Obtenido de file:///C:/Users/ELENITA/Downloads/86-255-1-PB%20(2).pdf
- OMS. (2012). *World Health Organization*. Obtenido de World Health Organization:
file:///C:/Users/graci/Downloads/WHO_HIS_HSI_Rev.2012.03_eng.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (s.f de s.f de 2011). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de Organización Mundial de la Salud:
https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1
- Orlandi, O. (15 de junio de 2015). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Obtenido de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad-dacf150400-2015-07-15/123456789-0abc-defg0040-51fcanirtcod>
- Oxford Languages. (s.f. de s.f. de s.f.). *Oxford Lexico*. Recuperado el 26 de junio de 2020, de Oxford Lexico: <https://www.lexico.com/es/definicion/suceder>
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.
- Pérez, C. (2022). *El Notario del Siglo XXI*. Obtenido de El Notario del Siglo XXI:
<https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10933-incidencia-de-la-ley-8-2021-sobre-las-sustituciones-hereditarias#:~:text=La%20supresi%C3%B3n%20de%20la%20sustituci%C3%B3n%20ejemplar&text=1%C2%AA%20El%20sustituido%20fallece%20antes,originaria%20del%20art%C3%93>
- PUCP. (1936). *Código Civil*. Obtenido de Código Civil: http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

- RAE. (s.f.). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de Real Academia de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/subsistir>
- Real Academia Española. (s.f. de s.f. de 2019). *Real Academia Española*. Recuperado el 26 de junio de 2020, de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/discapacidad>
- Rubio, M. (2015). *El Teste de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Santamaría, J. (s.f.). Alcances del Artículo 1046 del Código Civil en la vocación de suceder en el segundo orden hereditario. *Artículo Académico*. Universidad de los Andes, Colombia. Obtenido de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/18240>
- Santiso, J. (20 de mayo de 2016). *Diario DPI*. Obtenido de Diario DPI: <https://dpcuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/Doctrina-Familia-nro-71-20.05.pdf>
- Sanz, T. (2017). *Impacto en la situación de discapacidad en la composición y el coto final de la canasta básica de consumo familiar*. Lima: INEI.
- TC. (2006). *EXP N° 0004-2006-AI-TC*. Obtenido de EXP N° 0004-2006-AI-TC: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.pdf>
- TC. (2008). *02498-2008-PA/TC*. Obtenido de 02498-2008-PA/TC: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02498-2008-AA.html>
- TC. (2010). *EXP. N.° 02835-2010-PA/TC*. Obtenido de EXP. N.° 02835-2010-PA/TC: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02835-2010-AA.html#:~:text=Nadie%20debe%20ser%20discriminado%20por,o%20de%20cualquiera%20otra%20%C3%ADndole%E2%80%9D>.
- Torrez, A. (2006). *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*. Lima: IDEMSA.
- Toyco, P. (2018). La discapacidad en la constitución. Hacia un necesario reconocimiento de derechos fundamentales desde la convención sobre derechos de las personas con discapacidad. *Aequitas*, 65-80.
- Tribunal Constitucional. (2004). *EXP N° 0045-2004-PI-TC*. Obtenido de EXP N° 0045-2004-PI-TC: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (17 de marzo de 2010). *EXP. N.º 03347-2009-PA/TC*. Obtenido de Tribunal Constitucional Gobierno del Perú: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03347-2009-AA.html>
- Urzúa, A. (10 de enero de 2012). *SCIELO*. Obtenido de SCIELO: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/terpsicol/v30n1/art06.pdf>
- Vallero, M. (2020). Sucesiones testamentarias mejora a favor del heredero con discapacidad. *Tesis de grado*. Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.

Vallero, M. (2020). Sucesiones testamentarias mejora a favor del heredero con discapacidad. *Tesis de grado*. Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba. Obtenido de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/18309/Vallero%20Tesis.%20-%20Maria%20Jose%20Vallero%20Majo%20-%20Maria%20Jose%20Vallero%20Majo.pdf?sequence=1>

ANEXOS

ANEXO 1

FICHA DE ENTREVISTA

ENTREVISTA DIRIGIDA

A ABOGADOS CIVILISTAS

Me presento, mi nombre es Gracia Elena Salazar Aguilar, en calidad de bachiller y tesista de la Universidad Privada Antenor Orrego, le presento mi más cordial saludo.

Haciéndole extensivo mi agradecimiento por su apoyo voluntario mediante el llenado de la presente Entrevista, indispensable para la realización del trabajo de investigación que me encuentro desarrollando, con el objetivo de realizar el proyecto de tesis a fin de obtener la licenciatura en Derecho y Ciencias Jurídicas

Asegurándole que la información que usted brinde será resguardada de manera confidencial y de uso exclusivo para el presente trabajo de investigación.

La problemática: Los legitimarios con discapacidad que no puedan proveer su propia subsistencia, reciben el mismo porcentaje de legítima respecto de los demás herederos forzosos que no tienen discapacidad, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 729° del Código Civil.

Sin embargo, ambas partes se encuentran en situaciones desiguales, y de acuerdo con el Derecho Constitucional a la Igualdad en su dimensión Material, en estos casos la desigualdad jurídica es necesaria para lograr una igualdad fáctica.

El trabajo de tesis tiene por objetivo determinar si las situaciones desiguales entre los legitimarios con discapacidad de aquellos que no la padecen, son objetivas y razonables, justificando así, la incorporación de una excepción en el reparto de las cuotas legitimarias dentro del marco normativo peruano, reduciendo el monto de las cuotas legitimarias destinadas a los herederos forzosos sin discapacidad, generando un incremento en el monto de las cuotas legítimo de los herederos con discapacidad que no pueden proveer con su propia subsistencia.

Nombre del Entrevistado (es opcional)

1. Actualmente la legítima se divide en cuotas ideales (Artículo 729° Código Civil), considera usted que ¿existe una diferenciación razonable y objetiva que justifique otorgar una porción mayor al heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia respecto de los demás herederos forzosos?
2. Considera usted que el beneficio en favor del heredero con discapacidad ¿debe abarcar tanto a los herederos forzosos descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, respetando el orden excluyente, o únicamente debe ser aplicado en favor de los herederos forzosos descendientes?
3. La sustitución fideicomisaria de residuo, plantea que el fideicomitente (el causante) le otorga facultades al fiduciario (heredero con discapacidad) para que pueda disponer en vida sobre los bienes fideicomitidos, pero aquellos bienes que a la muerte del fiduciario que queden restantes, serán transferidos al fideicomisario (herederos que vieron afectada su legítima). ¿Considera usted que la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria de residuo es el medio idóneo para el otorgamiento de la mejora hereditaria?
4. Tomando en cuenta la escasa cultura testamentaria peruana, en el supuesto caso que se integre una norma que permita otorgar un porcentaje mayor de legítima a favor del heredero con discapacidad, ¿Estima usted pertinente que sea de carácter obligatorio, reconociéndolo como un derecho del heredero con discapacidad que no pueda proveer con su propia subsistencia, sin la necesidad que media designación testamentaria alguna; o, por el contrario se deba conceder al causante la potestad para que pueda disponer mediante vía testamentaria el otorgamiento o no de la mejora?
5. En concordancia con la Ley N°29973, Ley General de la Persona con Discapacidad Considera usted que, como requisito de procedibilidad para otorgar un porcentaje mayor de legítima a favor del heredero con discapacidad, ¿se debe contar con un Certificado de Discapacidad, emitido por la autoridad competente (IPRESS) y debidamente registrada en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad?