

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

---

**“La Legítima y la Afectación a la Autonomía de la Voluntad del  
Testador Para Disponer la Totalidad de sus Bienes y Derechos.”**

---

**Área de Investigación:**  
Derecho Civil

**Autora:**  
Br. Claudia Arcaya Vásquez

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Dr. Angulo Espino, Carlos Humberto

**Secretaria:** Ms. Castilla Díaz, Karina Lizette

**Vocal:** Ms. Tapia Díaz, Jessie Catherine

**Asesor:**  
Estrada Díaz, Juan José  
**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0003-3429-8362>

**TRUJILLO – PERÚ**  
**2021**

**Fecha de sustentación: 2021/07/22**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

---

**“La Legítima y la Afectación a la Autonomía de la Voluntad del  
Testador Para Disponer la Totalidad de sus Bienes y Derechos.”**

---

**Área de Investigación:**  
Derecho Civil

**Autora:**  
Br. Claudia Arcaya Vásquez

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Dr. Angulo Espino, Carlos Humberto

**Secretaria:** Ms. Castilla Díaz, Karina Lizette

**Vocal:** Ms. Tapia Díaz, Jessie Catherine

**Asesor:**  
Estrada Díaz, Juan José  
**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0003-3429-8362>

**TRUJILLO – PERÚ**  
**2021**

**Fecha de sustentación: 2021/07/22**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, que motivan cada uno de mis logros.

## RESUMEN

El derecho a la herencia, al ser reconocido por nuestra Constitución Política se encuentra revestido, precisamente, de título constitucional. Desde esta perspectiva, este derecho puede generar cierta discordia con otro derecho-principio que ostenta el mismo grado de constitucional, que hace alusión a la autonomía de la voluntad de las personas, siempre que esta no vulnere el mandato imperativo de atentar contra la normatividad en su conjunto. De esta manera es que surge el cuestionamiento a una norma en particular, contenida en el Código Civil Peruano vigente, en tanto que, expone al ciudadano común a una suerte de pérdida de su calidad de propietario de las dos terceras partes de la totalidad de su patrimonio, exigiéndosele hacer entrega futura *-post mortem-* de los bienes que adquirió en vida a sus herederos forzosos; sin tomar en cuenta su voluntad. Es así que, mediante la presente investigación, se pretende plantear una mayor salvaguarda para aquel ciudadano que desea honrar con su patrimonio a personas que no conforman el grupo excluyente de herederos forzosos, brindándole una mayor cuota de liberalidad a fin que este –el testador- pueda manifestar libremente su voluntad. Evidentemente, para la prosperidad de una postulación restrictiva de derechos, se requiere asegurar a aquellos antiguos beneficiarios que necesiten de manera inequívoca continuar siendo partícipes del beneficio hereditario; como es el caso de aquellos herederos forzosos dependientes del testador, sea porque son menores de edad o, en su defecto, por encontrarse en estado de indefensión. Por tal motivo, es que se busca restringir la institución de herederos forzosos para efectos sucesorios, a fin que, la legítima continúe cumpliendo su rol proteccionista de la familia, otorgándoles participación obligatoria de la masa hereditaria a aquellos integrantes que se encuentren en estado de indefensión, que les impida valerse por sus propios medios, dependiendo exclusivamente de los bienes y derechos contenidos en la herencia del testador para poder subsistir, y; excluyendo a aquellos que hayan superado esta condición.

## ABSTRACT

The right to inheritance, being recognized by our Political Constitution, is precisely covered by constitutional title. From this perspective, this right can generate some discord with another right-principle that holds the same degree of constitutional, which refers to the autonomy of the will of the people, provided that this does not violate the imperative mandate to attempt against the regulations in as a whole. In this way it is that, the questioning of a particular norm, contained in the current Peruvian Civil Code, arises, while it exposes the common citizen to a kind of loss of their ownership of two thirds of their totality patrimony, being required to make future delivery *-post mortem-* of the goods that it acquired in life from its forced heirs; regardless of his will. Thus, by means of this research project, it is intended to propose a greater safeguard for those citizens who wish to honor with their heritage people who do not make up the exclusive group of forced heirs, giving them a greater share of liberality so that this - the testator - can freely express his will. Obviously, for the prosperity of a restrictive application of rights, it is required to assure those former beneficiaries who need unequivocally to continue participating in the hereditary benefit; as is the case of those forced heirs dependent on the testator, either because they are minors or, failing that, because they are defenseless. For this reason, it is sought to restrict the figure of forced heirs for hereditary purposes, so that the legitimate continues to fulfill its protectionist role of the family, granting mandatory participation of the hereditary mass to those members who are in a state of defenselessness, which prevents them from using their own means, depending exclusively on the assets and rights contained in the testator's inheritance in order to survive, and; excluding those who have overcome this condition.

## **PRESENTACIÓN**

El presente proyecto de investigación está destinado a estudiar cada una de las injerencias del Derecho de Sucesiones relativo a la sucesión testamentaria, haciendo un especial énfasis en la institución jurídica de la legítima; poniéndola en contraste con el principio de autonomía de la voluntad; a fin de consolidar un nuevo enfoque que postule una mayor liberalidad en el testador sin vulnerar el fin mismo de protección a los herederos forzosos, cuando la realidad demuestre que lo requiera.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA</b> .....	3
<b>RESUMEN</b> .....	4
<b>ABSTRACT</b> .....	5
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	6
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	7
<b>CAPÍTULO I</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>1.1. Problema de Investigación:</b> .....	11
a) <b>Descripción de la Realidad Problemática.</b> ....	11
b) <b>Formulación del Problema.</b> .....	13
<b>1.2. Justificación de la Investigación:</b> .....	13
1.2.1. <b>Teórica:</b> .....	13
1.2.2. <b>Social:</b> .....	13
<b>1.3. Hipótesis:</b> .....	14
<b>1.4. Objetivos:</b> .....	14
1.4.1. <b>General:</b> .....	14
1.4.2. <b>Específicos:</b> .....	14
<b>CAPÍTULO II</b> .....	15
<b>MARCO DE REFERENCIA</b> .....	15
<b>2.1. Antecedentes del estudio:</b> .....	15
2.1.1. <b>Nacional:</b> .....	15
2.1.1.1. <b>Autora:</b> .....	15
2.1.1.2. <b>Año:</b> .....	15
2.1.1.3. <b>Título:</b> .....	15
2.1.1.4. <b>Problema:</b> .....	15
2.1.1.5. <b>Universidad:</b> .....	15
2.1.1.6. <b>Conclusiones:</b> .....	15
<b>2.2. Marco teórico:</b> .....	15
<b>SUB CAPÍTULO I</b> .....	15
<b>LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS</b> .....	15
<b>1. La Autonomía de la Voluntad.</b> .....	15
1.1. <b>Origen y Evolución.</b> .....	16
1.2. <b>Definición de la Autonomía de la Voluntad.</b> .....	17

1.3.	La Autonomía de la Voluntad como Principio.....	17
1.4.	La Autonomía de la Voluntad como Fuente del Derecho.....	18
1.5.	Regulación de la Autonomía de la Voluntad.....	19
1.5.1.	La Autonomía de la Voluntad en la Constitución Política del Perú. ....	19
1.5.2.	La Autonomía de la Voluntad en el Código Civil.....	19
1.5.2.1.	Límites a la Autonomía de la Voluntad.....	20
a)	El Orden Público y las Buenas Costumbres:.....	20
b)	Objeto Física y Jurídicamente Imposible.....	21
c)	Seguridad Jurídica. ....	22
d)	Seguridad Nacional.....	22
e)	Mala Fe.....	22
f)	El Dolo.....	23
g)	La Moral. ....	23
h)	Los Derechos Transmisibles. ....	24
i)	La Imposibilidad de Disponer Modalidades del Acto Jurídico de Interés Social, Público o Ético o Contrario a la Norma Legal de Carácter Imperativo... 24	
1.6.	Naturaleza Jurídica de la Autonomía de la Voluntad. ....	24
1.7.	Crítica, Apreciaciones y conclusiones de este Capítulo. ....	25
	<b>SUB CAPÍTULO II.....</b>	<b>26</b>
	<b>LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA .....</b>	<b>26</b>
1.	La Sucesión.....	26
1.1.	Generalidades de la Sucesión.....	26
2.	Derecho de Sucesiones.....	27
3.	Fuentes del Derecho de Sucesiones.....	28
3.1.	La Ley. ....	28
3.2.	La Voluntad.....	28
4.	Regulación del Derecho de Sucesiones.....	29
4.1.	Clases de Sucesiones. ....	30
a)	Testamentaria.....	30
b)	Intestada.....	30
c)	Mixta.....	31
4.2.	La Legítima.....	31
4.3.	Porción de Libre Disponibilidad.....	32
5.	Conclusiones de este Capítulo. ....	33
	<b>SUB CAPÍTULO III.....</b>	<b>33</b>
	<b>SUCESIÓN TESTAMENTARIA .....</b>	<b>33</b>

<b>1. Sucesión Testamentaria.....</b>	<b>33</b>
<b>1.1. Evolución de la Sucesión Testamentaria.....</b>	<b>33</b>
<b>1.2. Definición de la Sucesión Testamentaria. ....</b>	<b>35</b>
<b>1.3. Regulación de la Sucesión Testamentaria en el Código Civil .....</b>	<b>36</b>
1.3.1. El Testamento.....	36
1.3.1.1. Definición del Testamento.....	37
1.3.1.2. Objeto y Finalidad del Testamento.....	38
<b>2. Conclusiones del este Capítulo.....</b>	<b>39</b>
<b>Sub Capítulo IV .....</b>	<b>39</b>
<b>La Legítima.....</b>	<b>39</b>
<b>1. La Legítima.....</b>	<b>39</b>
1.1. Antecedentes de la Legítima.....	40
1.2. Definición de la Legítima.....	41
1.3. Naturaleza Jurídica de la Legítima.....	41
1.4. Posición de la Doctrina.....	42
1.4.1. Tesis Proteccionista.....	42
1.4.2. Tesis Abolicionista.....	43
1.5. Regulación de la Legítima en el Perú.....	44
1.6. Los herederos Forzosos.....	45
2.2. Privación de la Legítima.....	48
2.2.1. Desheredación.....	48
2.3. Regulación de la Legítima en el Derecho Comparado.....	53
2.3.1. Tratamiento de la Legítima en Latinoamérica.....	53
2.4. Apreciaciones, Críticas y Conclusiones del Capítulo.....	56
<b>Sub Capítulo V:.....</b>	<b>57</b>
<b>Propuesta de modificación artículos del Código Civil peruano.....</b>	<b>57</b>
<b>1. Propuesta Legislativa.....</b>	<b>57</b>
<b>2.3. Marco Conceptual.....</b>	<b>62</b>
2.3.1. Autonomía de la voluntad.....	62
2.3.2. Legítima.....	62
2.3.3. Herederos Forzosos.....	62
2.3.4. Testamento.....	62
<b>CAPÍTULO III: .....</b>	<b>62</b>
<b>MATERIAL, MÉTODO Y PROCEDIMIENTO.....</b>	<b>62</b>
<b>1. Material.....</b>	<b>62</b>
1.1. Materiales.....	62

<b>1.2. Población y Muestra.....</b>	<b>62</b>
<b>1.3. Unidad de Análisis.....</b>	<b>62</b>
<b>2. Método.....</b>	<b>63</b>
<b>CAPÍTULO IV:.....</b>	<b>66</b>
<b>RESULTADOS.....</b>	<b>66</b>
<b>1. Resultados y análisis estadísticos de entrevistas realizadas:.....</b>	<b>66</b>
<b>1.1. Análisis de las entrevistas realizadas:.....</b>	<b>66</b>
<b>1.2. Resultados y análisis estadísticos:.....</b>	<b>67</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73</b>

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### 1.1. Problema de Investigación:

#### a) Descripción de la Realidad Problemática.

Como bien sabemos, la autonomía de la voluntad es un rasgo esencial de nuestro ordenamiento jurídico. Esta, es definida por el Tribunal Constitucional como aquella facultad “que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad” (EXP. N.º 047–2004–AI/TC, 2006), de tal suerte que hoy en día se encuentra amparada por nuestra Carta Magna de 1993, siendo que el artículo segundo, numeral 24, literal a), prescribe que: “toda persona tiene derecho... a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. De tal enunciado se podría interpretar que el hombre tiene un amplio campo de acción donde puede ejercer libremente su voluntad, siempre que no atente contra leyes prohibitivas o imperativas.

No obstante, el Estado peruano ha provisto a la sociedad de un marco legislativo tan proteccionista que ha sesgado en cierto grado la autonomía de la voluntad del hombre, dejando cada vez más corto su campo de acción, creando cada vez más leyes que prohíben y ordenan, recortando su libre albedrío.

Tal es el caso que se expone en el artículo 660º, del Código Civil, que prescribe el derecho a transmisión sucesoria, señalando que: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.”, derecho cuya jerarquía constitucional se haya reflejado en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú: “Toda persona tiene derecho... a la propiedad y a la herencia.”

En virtud a ello, nuestra legislación contempla dos maneras de ejecutarlo, siendo mediante sucesiones testadas o intestadas. Evidentemente, las sucesiones intestadas, a falta de un testamento, requieren seguir el curso de la ley para efectivizar el derecho de suceder de los llamados a heredar.

Sin embargo, en las sucesiones testadas o testamentarias es que surge un conflicto de intereses; o mejor dicho, un conflicto entre normas, donde la manifestación de voluntad se ve sesgada por la institución de la legítima, debido a que el artículo 723, del Código Civil vigente expone que: “La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el

testador cuando tiene herederos forzosos”; privándosele -al testador- de disponer libremente de los bienes que adquirió en vida, obligándolo a disponer de ellos siguiendo las directrices marcadas por el derecho sucesorio. Entonces, surge la interrogante: ¿dónde queda la autonomía de la voluntad del testador para disponer libremente de la totalidad de sus bienes y derechos adquiridos en vida? Si bien es cierto, podemos rescatar que la legítima busca la protección de los derechohabientes del testador, nublando su derecho de disponer del destino de sus bienes y derechos post mortem para otorgar el derecho a suceder de los herederos forzosos; pero: ¿qué sucede en los casos en que el testador –por diversos motivos o por su simple voluntad- no tiene el deseo que a consecuencia de su muerte se transfieran los bienes que adquirió en vida a sus herederos forzosos?

Claro está que nuestro ordenamiento jurídico ha considerado un *numerus clausus* de causales por las cuales los derechohabientes pierden el derecho a heredar o vocación sucesoria, algunos a intervención del mismo testador y otras, a intervención de otro interesado; amparadas tanto en el artículo 742, del C.C., que señala: “Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley”, como en el artículo 667, del C.C., que prescribe: “Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios... (que incurran en causales determinadas por ley)”; ambos del Código Civil, dejando corto el campo de acción, pero no negando la existencia de conductas no tipificada de los derechohabientes que los hiciera merecedores de la exclusión en la repartición de la herencia.

Otro problema surge cuando el testador no quiere hacer este asunto familiar del dominio público, iniciando algún proceso judicial para solicitar la justificación de la desheredación de ese familiar o se lleve a cabo la comprobación de alguna causal de indignidad. Entonces, ¿Cómo se les impide a los herederos forzosos acceder a la masa hereditaria, si el testador no tiene todos los medios probatorios para acceder a las normas citadas y sus consecuentes efectos?

Pues bien, la teoría abolicionista faculta al testador a disponer libremente de los bienes y derechos de su propiedad, como una atribución del derecho mismo; y, según lo expresa César Fernández Arce, “la disposición de los bienes es un atributo del derecho de propiedad y, así como los actos jurídicos *inter vivos* no existen restricciones legales... nada justifica el recorte para para los casos de sucesión testamentaria *mortis causa*.” (Fernández Arce, 2014), dando a entender que el derecho a la propiedad del testador debe prevalecer.

No obstante, dado el ordenamiento jurídico que nos rige, lo expuesto, podría contravenir la disposición de la legítima y su principal finalidad: proteger económicamente a los familiares que el testador pudiera dejar en vida.

Es así que, mediante la presente investigación, se pretende plantear la libertad testamentaria a través de la delimitación de la institución de herederos forzosos a aquellos hijos menores de edad o herederos que, a pesar de ser mayores de edad, se encuentren en estado de indefensión y necesidad, que no les permita valerse por sí mismos, y; además, que este no posea deudas, para evitar colisionar con derechos de terceros.

#### **b) Formulación del Problema.**

¿En qué medida, la obligatoriedad de la institución de la legítima, regulada en favor de los herederos forzosos, vulnera el principio de la autonomía de la voluntad del testador?

### **1.2. Justificación de la Investigación:**

#### **1.2.1. Teórica:**

La presente investigación está destinada a contribuir con la doctrina nacional, aportando distintos enfoques en el derecho de sucesiones, respecto de la regulación de la legítima, así como de ampliar la institución jurídica de herederos forzosos, creando un panorama libre albedrío para el testador, en función de lo sostenido por la Teoría Abolicionista de la Legítima.

Es así que, se busca aportar una nueva propuesta legislativa, a fin de hacer coincidir un poco más las restricciones impuestas por las instituciones jurídicas de legítima y de herederos forzosos con el principio constitucionalmente reconocido, la autonomía de la voluntad.

#### **1.2.2. Social:**

Hoy en día es bastante común enterarnos de distintos casos -que no siempre llegan a los tribunales- de ciudadanos que, pese a tener una gran masa hereditaria acumulada, fallecen sin tener a uno solo de sus herederos forzosos al lado; o, en su defecto, que, aun teniéndolos, estos intentan gozar de todos los bienes del causante sin retribuir ningún tipo de cuidado para asegurarle una calidad de vida digna, tal como se prescribe en nuestra Constitución Política; esperando recibir su porción de herencia tras su fallecimiento.

Estos hechos han sido el principal motor del presente trabajo, el cual busca dotar de mayores facultades al testador, amparándonos tanto en el principio constitucional de autonomía de la voluntad como en la Teoría Abolicionista de la Legítima.

### **1.3. Hipótesis:**

La obligatoriedad de la institución de la legítima regulada en favor de los herederos forzosos, vulnera el principio de la autonomía de la voluntad del testador, en la medida que la Ley no le permite disponer de su patrimonio, a favor de quien o quienes él instituya libremente.

### **1.4. Objetivos:**

#### **1.4.1. General:**

Determinar que la obligatoriedad de la legítima regulada en favor de los herederos forzosos, vulnera el principio de la autonomía de la voluntad del testador, en la medida que la Ley no le permite disponer de su patrimonio, a favor de quien o quienes él instituya libremente.

#### **1.4.2. Específicos:**

- 1.4.2.1. Analizar el principio de la autonomía de la voluntad para determinar si, a los efectos de la misma, el testador puede disponer de la totalidad de sus bienes y derechos.
- 1.4.2.2. Identificar la naturaleza jurídica de la legítima y su afectación a la autonomía de la voluntad como limitación en la disposición de la totalidad de bienes y derechos en el testamento.
- 1.4.2.3. Analizar la regulación de la legítima en el derecho comparado, tomando como referencia a México, Costa Rica y Cuba.
- 1.4.2.4. Realizar una propuesta de modificación legislativa a la institución jurídica de herederos forzosos.

## CAPÍTULO II

### MARCO DE REFERENCIA

#### **2.1. Antecedentes del estudio:**

##### **2.1.1. Nacional:**

###### **2.1.1.1. Autora:**

Thaisa Barbara Clemente Rothfuss

###### **2.1.1.2. Año:**

2015

###### **2.1.1.3. Título:**

El Principio de la Autonomía Privada y la Legítima en el Derecho Sucesorio Peruano.

###### **2.1.1.4. Problema:**

¿En qué medida, aplicando el Principio de la Autonomía Privada, debe permitirse al testador disponer libremente de los montos de la legítima a favor de sus herederos forzosos?

###### **2.1.1.5. Universidad:**

Universidad Privada Antenor Orrego

###### **2.1.1.6. Conclusiones:**

La autora concluyó en que debe buscarse un equilibrio entre la legítima y la autonomía privada del testador, y, propuso modificar la legislación para así permitir al testador disponer de las porciones legitimarias individuales correspondientes a sus herederos forzosos, respetando siempre la porción legitimaria global. (Rothfuss, 2015)

#### **2.2. Marco teórico:**

### SUB CAPÍTULO I

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS

##### **1. La Autonomía de la Voluntad.**

La libertad es el concepto esencial del derecho, este implica la posibilidad de determinarse a algo. *“El hombre es sujeto de derecho porque posee esa voluntad de determinarse porque tiene voluntad.”* (San Vicente Parada, 2013)

Señala por su parte, León Barandiarán que, “... *la voluntad que genera el acto jurídico es la autonomía privada*”, donde los sujetos de derecho hacen uso de las facultades concedidas por el Estado para poder decidir según sus propias convicciones; por tanto, afirma que “*no puede considerarse como acto jurídico la situación jurídica creada por voluntad que no sea propiamente privada; y a tal virtud, no lo es el acto del legislador ni el acto administrativo.*” (León Barandiarán, S.A.)

Sin embargo, esta libertad tiene su límite en el interés de toda la sociedad, siendo esta el orden público, tal como se prescribe en el artículo V, del Título Preliminar del Código Civil.

### **1.1. Origen y Evolución.**

La autonomía de la voluntad estuvo presente en el desarrollo de los seres humanos desde el inicio de los tiempos. Desde el hombre primitivo que era limitado únicamente por la naturaleza misma. Más adelante en el tiempo, cuando iniciaron a darse los primeros trueques, donde los hombres elegían si deseaban o no cambiar sus bienes por otros, con quién intercambiarlos y bajo qué términos, la autonomía de la voluntad empezó a toparse otro tipo de restricciones, nacidas de las mismas relaciones surgidas, las mismas que eran tomadas como premisas o directrices que guiaban su comportamiento para tener como resultado unos trueques bastante eficaces.

Es así como las personas se rigieron por las máximas de comportamiento, que dependían de la libertad de los hombres y fueron surgiendo conforme a sus necesidades pues, tal como señala Brugi, “*el derecho vive en todo el pueblo con anterioridad a la ley*” (Brugi, 1946), lo que quiere decir que los mismos seres humanos se encargaban de autorregularse sometiéndose a cumplir las máximas de comportamiento, las mismas que servirían de base para lo que hoy en día conocemos como Derecho. “*De esta manera, dejan de ser máximas para convertirse en mandatos o reglas de comportamiento obligatorio, cuyo cumplimiento exige el Estado.*” (Romero Montes, 2013).

De ahí que, con el nacimiento del Derecho Romano surgen las primeras obligaciones, cuya fuente, según este cuerpo normativo, se encontraría tanto en la ley como en la voluntad, siendo este el primer Código que regulaba estrictamente el comportamiento dentro de lo que hoy conocemos como relaciones contractuales.

Es así como estas regulaciones fueron impuestas por los diferentes Estados bajo el marco normativo que hubiesen elegido. Siendo que, en nuestro caso, ha sido

acogida por el Código Civil, y que se interpreta como aquel principio que supone facultades a todos los hombres de realizar una y no otra acción, cuando sean movidos por factores intrínsecos y extrínsecos, pero siempre recordando no exceder los límites concedidos por ley.

### **1.2. Definición de la Autonomía de la Voluntad.**

*“La autonomía de la voluntad es el derecho de querer jurídicamente, el derecho de poder por un acto de voluntad y bajo ciertas condiciones, crear una situación jurídica.”* (Duguit, 2007)

En palabras de Duguit, se resumió lo que significa la autonomía de la voluntad. Concepto que a través de los años y gracias a la evolución de las sociedades, ha ido moldeándose a las necesidades de las mismas para darle sentido a lo que hoy en día es un principio fundamental del Derecho Privado peruano pues, tal como señala Federico de Castro, la autonomía de la voluntad es

*“...el poder de autodeterminación de la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social.”* (De Castro, 1932).

De lo expuesto, se puede comprender que la autonomía de la voluntad no es un principio que rige únicamente para negocios jurídicos, sino que también para establecer parámetros que versen sobre intereses personales dentro de actos jurídicos, siendo que quien lo haga debe atenerse a las consecuencias que su manifestación de voluntad conlleve.

### **1.3. La Autonomía de la Voluntad como Principio.**

Ya es de nuestro conocimiento que vivimos en un sistema normativo donde los principios inspiran las bases del Derecho, y donde cada rama del Derecho puede identificar sus propios principios.

Es así que, en el Derecho Civil, por ejemplo, encontramos los principios de dar a cada quien lo que le corresponde, la buena fe, y el principio materia de estudio, autonomía de la voluntad.

Si bien es cierto, los principios no siempre se encuentran expresamente señalados en nuestro ordenamiento jurídico, estos son extraídos del mismo pues, tal como señala Javier Romero, *“...los principios son como un dicho no*

*dicho ...*” (Romero Montes, 2013). En tal sentido, el principio de Autonomía de la voluntad, si bien no lo encontramos prescrito como tal ni en la Constitución Política del Perú ni en el Código Civil, podemos y debemos interpretarlos de cada uno de los cuerpos normativos, tal como veremos en el desarrollo de los siguientes apartados del presente capítulo, debiendo tomar en cuenta que, siguiendo las afirmaciones de Aida San Vicente, *“La autonomía implica que la máxima de nuestro comportamiento no derive de la voluntad ajena ...”* (San Vicente Parada, 2013); es decir, en la plena facultad del celebrante del acto jurídico para decidir por sí mismo y no por otro, omitiendo toda clase de coacciones o vicios de la voluntad.

#### **1.4. La Autonomía de la Voluntad como Fuente del Derecho.**

El Diccionario de la Real Academia Española define el concepto “fuente” como aquel “principio, fundamento u origen de algo”; de tal suerte que, al hablar de fuente del derecho, nos referimos al origen de un conjunto de normas jurídicas que rigen una sociedad.

En este sentido, la voluntad de un individuo expresada en un acto jurídico es fuente del derecho cuando “... lo expresado intersubjetivamente constituye una norma jurídica obligatoria y no una simple declaración u opinión.” (Rubio Correa, 2009).

De las palabras de Rubio Correa podemos extraer dos ideas fundamentales: la primera, referida a la expresión intersubjetiva del individuo y, la segunda, a la constitución de una norma jurídica obligatoria.

Queda claro pues, que el contenido de un acto jurídico deviene en ley para los participantes del mismo; siempre y cuando, dicho acto cumpla con los estándares establecidos en el artículo 140, del Código Civil: a) Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley b) objeto física y jurídica mente posible, c) fin lícito, d) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Sin embargo, y adicional a ello, Rubio Correa planea la idea de “intersubjetividad”, la cual se ve reflejada con la exteriorización de la voluntad del individuo frente a testigos y bajo las condiciones que requiere el Código Civil. De esta manera, la voluntad manifiesta de un individuo en la celebración legítima de un acto jurídico, se convierte en Ley para su persona y para los demás intervinientes. Una expresión sustantiva o material de esta fuente es lo prescrito en el Art. 1361, del Código Civil, que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

## **1.5. Regulación de la Autonomía de la Voluntad.**

Dada la importancia de la autonomía de la voluntad como motor de la celebración de los diferentes actos jurídicos, este principio se encuentra amparado por nuestra Carta Magna y por el Código Civil vigente; no obstante, “... *no ha recibido una noción legal y ello lo hace ser un principio no escrito, o, si se prefiere, un postulado. Su noción, por ello, es puramente teórica y doctrinaria.*” (Vidal Ramírez, 2005).

Lo expuesto hace alusión a que si bien no se ha prescrito una norma donde se otorgue literalmente el principio de autonomía de la libertad, si se han prescrito normas de las cuales se puede interpretar; es decir que tal principio se encuentra regulado de manera implícita en nuestro ordenamiento jurídico, de la manera que se explicará a continuación.

### **1.5.1. La Autonomía de la Voluntad en la Constitución Política del Perú.**

Tal como se ha expuesto anteriormente, los principios no siempre se encuentran expresados de manera literal en los cuerpos normativos, sino que muchas veces estos deben ser interpretados de los mismos. Es así que, para efectos de conocer e interiorizar el principio constitucional de autonomía de la voluntad es que se ha extraído del artículo segundo, numeral 24, literal a), de la Constitución Política del Perú de 1993, que señala que: “*Toda persona tiene derecho... a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe...*”; lo que significa que el Estado otorga facultades al hombre de actuar según lo dicte su voluntad, siempre y cuando no atente contra lo prescrito por la ley, sea de manera imperativa (“*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda*”) o prohibitiva (“*ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”). Pues, como ya se ha explicado anteriormente, el Estado ha establecido ciertos límites a la autonomía de la voluntad para evitar vivir en un sistema donde reine el caos y la arbitrariedad. Evidentemente, para ello, ha sido necesario una posterior regulación en la normatividad del Código Civil, en donde, como veremos en el siguiente apartado, la aplicación de la autonomía de la voluntad se encuentra supeditada a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

### **1.5.2. La Autonomía de la Voluntad en el Código Civil.**

Hoy en día los Códigos Civiles han sido inspirados por la autonomía de la voluntad, la misma que se ejerce dentro de los límites establecidos

por el Derecho. *“Se trata, pues, de un reconocimiento jurídico de la autonomía privada.”* (Hinostrza Minguez, 2014)

En efecto, el Código Civil de nuestro país prescribe, aunque de manera no literal, la autonomía de la voluntad.

Al respecto, señala Hinostrza que, *“Desde el punto de vista jurídico, la libertad siempre ha estado limitada por leyes imperativas que se refieren al orden público, la moral y las buenas costumbres.”* (Hinostrza Minguez, 2014). Es así que los artículos 140, y 219, del Código Civil, prescriben los requisitos y limitaciones a los que debe sujetarse la autonomía de la voluntad.

Citando las ideas de Fernando Vidal, *“El Código Civil hace prevalecer, pues, el orden público sobre la autonomía de la voluntad, al extremo que el acto jurídico es nulo si su contenido le es contrario, y, aun su forma, cuando es prescrita por ley.”* (Vidal Ramírez, 2005); siendo que en el Título Preliminar de este cuerpo normativo se hace hincapié en los límites de la autonomía de la voluntad, estableciendo como elementos delimitadores al orden público y a las buenas costumbres. Pero ¿en qué consisten estos elementos delimitadores de la voluntad?

#### **1.5.2.1. Límites a la Autonomía de la Voluntad.**

De la manera en que se ha venido exponiendo a lo largo del presente informe, la autonomía de la voluntad no puede ser absoluta; siendo que, para establecer parámetros al libre albedrío del hombre, la doctrina ha tenido a bien delimitar tal libertad, *“... más aún en los tiempos actuales en los que el Estado ha intervenido cada vez más en los aspectos de la vida privada, elevando parámetros por sobre lo que puedan pactar los particulares en sus relaciones jurídicas”.* (Mateluna Silva, 2016)

##### **a) El Orden Público y las Buenas Costumbres:**

Pues bien, como ya lo hemos visto en líneas anteriores, el Estado Peruano, se ha visto en la necesidad de establecer límites a la autonomía de la voluntad del hombre, siendo que el orden público y las buenas costumbres, según el artículo V, del Título Preliminar, del Código Civil, constituyen elementos esenciales para dicho fin, pues este señala que *“es nulo todo acto jurídico contrario a las leyes que interesan al*

*orden público o a las buenas costumbres*”, lo que quiere decir que, el hombre puede autorregularse mientras que no contravenga al orden público ni las buenas costumbres, sin la necesidad que la conducta se encuentre enunciada como tal dentro del marco normativo.

Según lo señala Francisco Romero, “... *el orden público lo establece la sociedad que por su naturaleza es dinámica y cambiante...*”, por ello, el derecho requiere estar en constante evolución, en paralelo a la evolución de la sociedad y lo que esta reconozca como orden público, entendiendo que “*El orden público es una regla flexible que consagra las transformaciones sociales y adapta el derecho a las concepciones nuevas a fin de que este sea, en todo momento, trasunto de la realidad que vive.*” (Romero Montes, 2013)

De esta manera, el Diccionario Jurídico lo define como aquel “*Conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculados a su existencia y a la conservación social establecida.*” (Valleta Ediciones, S.A.). En este orden de ideas, y entrando brevemente a la esfera del derecho privado de sucesiones es se considera que, en realidad, no se contraviene al orden público y/o a las buenas costumbres con la privación de la herencia a los herederos forzosos cuando la integridad de los mismos no dependa exclusivamente de tal herencia.

**b) Objeto Física y Jurídicamente Imposible.**

Vidal Ramírez advierte que “*La imposibilidad física del objeto supone la imposibilidad de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización como cuando se pretende entablarla con una persona ya fallecida...*” (Vidal Ramírez, El Acto Jurídico, 2013)

Asimismo, manifiesta que la imposibilidad jurídica “*...supone a su vez, que la relación jurídica no puede estar dentro del marco legal y jurídico, como cuando las partes, recíprocamente, adquieren derechos y contraen obligaciones respecto de bienes que no están en el comercio o cuyo tráfico está prohibido.*” (Vidal Ramírez, El Acto Jurídico, 2013)

**c) Seguridad Jurídica.**

Del Estado Constitucional de Derecho nace la garantía de la seguridad jurídica, lo que supone que *“ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa”*. En tal sentido, implica la regulación de conductas legales carentes de vacíos o lagunas normativas. (Pérez Luño, 2000)

En tal sentido, la seguridad jurídica tiene como razón de ser la idea de predictibilidad, es decir, que los ciudadanos conozcan de antemano cuál es la consecuencia jurídica que tendrán tras la realización de determinada conducta.

Es pues, un límite a la autonomía de la voluntad, en tanto, las partes no pueden predecir una consecuencia jurídica distinta a la estipulada por Ley ni disponer una obligación distinta a lo pactado al momento de la celebración del acto jurídico, puesto que lo pactado es Ley para las partes.

**d) Seguridad Nacional.**

Laurence Lustgarden e Ian Leigh definen la seguridad nacional como aquella *“...defensa de la práctica democrática libre de manipulación extranjera, conjuntamente con la habilidad de defender la independencia de la nación y del territorio contra un ataque militar.”* (Lustgarden & Leigh, 1994)

Dicho enfoque vincula la seguridad nacional con la integridad del territorio y la soberanía; en tanto, al visualizarla como un límite a la autonomía de la voluntad, debemos entenderla como la imposibilidad de establecer cláusulas contractuales que puedan poner en riesgo la integridad del territorio y la soberanía del Estado peruano.

**e) Mala Fe.**

El Código Civil es bastante enfático al castigar la mala fe que medie la celebración de un acto jurídico, contrario sensu, premia al celebrante que actúa con buena fe.

*“La mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación o circunstancias, datos,*

*condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias del acto jurídico cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.” (Alferillo, S/A)*

En tal sentido, la mala fe de uno de los contratantes, constituye un límite a la autonomía de la voluntad del otro, al privar a este último del conocimiento que, probablemente, imposibilite la celebración del actor jurídico en cuestión.

**f) El Dolo.**

En palabras de Fernando Vidal, el dolo, “... *constituye, pues, un vicio de la voluntad en función del error que hace sufrir a la víctima. Por eso se dice que es un error provocado.*” Nos encontramos, entonces, ante un acto deliberadamente dirigido por uno de los partícipes del acto jurídico orientado a nublar la voluntad de la otra parte celebrante, en tanto que, la doctrina lo conceptúa como aquella “... *maniobra encaminada a provocar un engaño e inducir a error.*” (Vidal Ramírez, El Acto Jurídico, 2005)

**g) La Moral.**

Otro de los límites a la autonomía de la voluntad es la moral. Término de bastante amplitud subjetiva. En tanto que el mismo Diccionario de la Real Academia Española la define como aquel adjetivo que hace referencia a lo “*Perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva.*” Asimismo, plantea una acepción basada en “*Que concierne al fuero interno o al respeto humano, y no al orden jurídico.*” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2021)

En consecuencia, queda claro que la moral no puede ser identificada por todas las personas de la misma manera, en tanto que, al no estar limitada por los márgenes legales, se concede el juicio de lo correcto y lo incorrecto a personas de distintas religiones, creencias y valores; por lo que, sería un imposible esperar que todas las personas que conforman la

sociedad tengan un mismo concepto del bien y el mal y, en función a ello, puedan definir precisamente la moral.

Sin embargo, y para efectos de establecer un límite a la autonomía de la voluntad, se debe trazar un margen dentro de lo racional, de lo mínimo que se debe esperar de todos los ciudadanos para poder hacer una vida pacífica en sociedad.

**h) Los Derechos Transmisibles.**

El Artículo 1363, del Código Civil, configura el Principio de Relatividad Contractual, que establece “*Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.*”; por lo que, los deberes y derechos provenientes de la relación contractual creada por las partes, atañe únicamente a las mismas y a sus herederos, de ser transmisibles; excluyendo enfáticamente a terceros extraños a dicho negocio. Es decir “X” no puede disponer de la voluntad de “Y”, obligándolo a realizar un negocio jurídico determinado.

**i) La Imposibilidad de Disponer Modalidades del Acto Jurídico de Interés Social, Público o Ético o Contrario a la Norma Legal de Carácter Imperativo.**

En el caso específico del testamento, el Artículo 736, del Código Civil, establece que: “*Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.*”, esto, debido a que “*La institución del heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta.*” Nos encontramos, pues, ante una norma jurídica de carácter imperativo que limita la voluntad del testador al otorgamiento incondicional de los dos tercios de su patrimonio destinado a sus parientes consanguíneos en primer grado; independientemente de si las condiciones que desease imponer el testador fueran fructíferas, no solo para el heredero, sino también para la sociedad en su conjunto.

**1.6. Naturaleza Jurídica de la Autonomía de la Voluntad.**

Es de nuestro entero conocimiento que naturaleza jurídica de las diferentes instituciones del Derecho consiste en la determinación del lugar que estas

ocupan dentro del mismo. Asimismo, sabemos también que la autonomía de la voluntad es el poder que tiene una persona de autodeterminarse dentro de los márgenes de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Si bien es cierto, no se ha encontrado doctrinas que precisen el lugar que ocupa el principio de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho; tras lo estudiado, podríamos comprender que al ser una institución jurídica que se desprende de la libertad individual, derecho que se encuentra reconocido por los derechos fundamentales prescritos en nuestra Constitución Política, adquiere dicho revestimiento.

### **1.7. Crítica, Apreciaciones y conclusiones de este Capítulo.**

Tras haber realizado una exhaustiva investigación con respecto a la autonomía de la voluntad, nos hemos dado con la sorpresa que esta no ha sido muy popular en el campo de la doctrina, siendo que en su mayoría se ocupan del estudio de la autonomía de la voluntad enfocada hacia la teoría del negocio jurídico, dejando de lado su generalidad que vendría a ser el acto jurídico en sí mismo.

Es por ello que, a esta consideración, nuestras fuentes del Derecho carecen de Doctrina con respecto a la autonomía de la voluntad en un acto jurídico; especialmente en aquellos donde baste con la manifestación de una parte, siendo que en su mayoría se ha tratado de manera muy ligera en estos aspectos.

Si bien es cierto, un elemento que sirve como límite a la autonomía de la voluntad es el orden público, este no se contraviene con la libre disposición de los bienes y derechos del testador puesto que, al ser bienes pertenecientes a este, es él quien puede ejercer la autonomía de su voluntad para decidir con quién desea compartirlos tras su muerte, partiendo claro, del contexto en que tal testador carezca de obligaciones; siendo que de esta manera no se contraviene el orden público.

Es cierto también que la ley establece límites imperativos y prohibitivos al accionar del hombre, sin embargo, se considera que toda regla tiene una excepción es por ello que en el siguiente capítulo se analizará la institución de la legítima con la finalidad de evaluar la posibilidad de elaborar una propuesta legislativa donde el testador pueda disponer libremente de sus bienes y derechos cuando este no tenga obligaciones pendientes.

## SUB CAPÍTULO II

### LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

#### 1. La Sucesión.

La incorporación de bienes al patrimonio de una u otra persona se debe a la transmisión de estos, siendo que dicha transmisión puede darse a título gratuito u oneroso.

Es así que, uno de los tractos sucesivos más comunes generados a título gratuito es proveniente de la herencia, siendo regulado por el Libro IV, de nuestro Código Civil, denominado Derecho de Sucesiones.

Este Libro versa de un acto jurídico bastante peculiar pues para su efectividad es requisito indispensable la muerte del otorgante; de tal suerte que, en su artículo 660, se prescribe que: *“Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.”*, dando pie a lo que estudiaremos a lo largo de este capítulo, conocido como el Derecho Sucesorio.

#### 1.1. Generalidades de la Sucesión.

Muchos autores se han esmerado por retener en una premisa la definición más acertada a lo que el mundo jurídico denomina “sucesiones”, es así que Gustavo Palacio afirma que *“Se entiende por sucesión, el cambio de sujeto de una relación jurídica patrimonial, es decir, de entrar una persona a sustituir u ocupar el lugar de otra.”* (Palacio Pimentel, 1987) evidentemente, para que se lleve a cabo tal premisa dentro del Derecho Sucesorio, es necesario que se cumpla con un requisito indispensable: la muerte del causante.

A lo expuesto, añade Alberto Hinojosa que, *“... cuando la muerte de una persona se convierte en el hecho fundamental de la transmisión, ella marca no solo el momento de la apertura de la sucesión, sino el hecho jurídico al cual está vinculada.”* (Hinojosa Minguéz, 2014), dándole el énfasis a la necesidad del padecimiento del causante para que el acto jurídico surta efectos.

Siguiendo este hilo, Savigny afirmaba que:

*“Este derecho consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una extensión del poder y la*

*voluntad del hombre más allá del término de la vida; y esta voluntad que continúa obrándose unas veces expresa, otras veces, tácita.”*  
(Von Savigny, 1878)

Por lo expuesto, entendemos que, el derecho de sucesiones es el derecho que se produce mortis causa, pues, si bien este se puede generar con la manifestación de voluntad de del otorgante -mediante un testamento-, siempre va a surgir efectos tras el padecimiento de este, siendo que, de no darse este requisito, estaríamos tratando de una institución jurídica distinta a esta.

Podemos interpretar, además, de las palabras de Savigny, al referirse a la “... *extensión del poder y la voluntad del hombre*” como *constituyente del derecho del difunto como una manifestación de su voluntad que, puede darse “unas veces expresa, otras veces, tácita”*. (Von Savigny, 1878). Tal afirmación puede interpretarse como una manera de predecir y asegurar el futuro del patrimonio que una persona ha adquirido con tanto esfuerzo y dedicación a lo largo de toda su vida; es así que la ley procura y resguarda su destino a través de un testamento.

## **2. Derecho de Sucesiones.**

El Derecho de Sucesiones es una rama del Derecho privado, que estudia las relaciones generadas entre el patrimonio que ha dejado en vida un sujeto de derecho y su respectiva transmisión.

De esta manera, traemos a colación las palabras de Domínguez Benavente y Domínguez Águila, quienes definen al Derecho de Sucesiones como aquel “... *conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento.*” (Domínguez Benavente & Domínguez Águila, 1990)

Esta rama del Derecho regula una forma de adquisición de derechos patrimoniales, la cual está referida a la transmisión patrimonial que se da con la muerte del otorgante.

Esta, como toda rama del Derecho, se encuentra en constante interconexión con otras ramas, de las cuales obtiene instituciones afines (como la “muerte”, “capacidad”, “parentesco”, etc.) y formalidades (para determinar la validez de los

testamentos); pero, además, es considerada como una disciplina jurídica que goza de autonomía, que regula la transmisión patrimonial mortis causa de la manera que veremos a continuación.

### 3. Fuentes del Derecho de Sucesiones.

Es de nuestro conocimiento que las Fuentes Generales del Derecho son la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia, la Declaración de Voluntad y la Doctrina; sin embargo, para introducirnos en el mundo del Derecho de Sucesiones, debemos entender que este nace de dos fuentes esenciales: la Ley y la Voluntad, las cuales, analizaremos a continuación.

#### 3.1. La Ley.

La Ley es pues, “...fuente del Derecho Sucesorio que tiene predominio sobre la otra fuente que es la voluntad del causante por aquella limitación que sufre esta segunda fuente en el caso de los herederos forzosos.” (Amado Ramírez, 2016), que, sirviéndose de los vínculos familiares, obliga al causante a ceder su patrimonio a determinadas personas cuando fallezca.

Asimismo, nos dice Elizabeth Amado, “La Legítima como institución se aplica cuando el De cujus no ha dejado disposición testamentaria.” (Amado Ramírez, 2016), haciendo referencia a la fuente del Derecho por excelencia, la Ley, el conjunto de normas jurídicas que el legislador ha previsto para la disposición de los bienes y derechos que conformen la herencia de una persona cuando esta haya fallecido sin haber expresado su voluntad respecto a su destino.

En efecto, la Ley, es la principal fuente del Derecho de Sucesiones; sin embargo, ¿por qué debemos superponerla ante otras fuentes del Derecho, como lo es la voluntad? Se considera pues, que la aplicación de esta debe hacerse de manera supletoria, ante la inexistencia de la voluntad manifiesta del testador. En tal sentido que, se pueda liberar al testador de limitar la repartición de su patrimonio entre determinados parientes y, otorgarle la potestad disponer del mismo de acuerdo a su voluntad.

#### 3.2. La Voluntad.

Como segunda fuente del Derecho de Sucesiones, encontramos pues, a la voluntad. Esta va dirigida específicamente a dotar de poder al causante para disponer sobre el futuro de su patrimonio que surtirá efectos una vez que este

fallezca. En este sentido, la voluntad del causante, nos dice Amado Ramírez, “... es la expresión de los derechos de testados...” (Amado Ramírez, 2016) Sin embargo, no debemos olvidar que, a pesar de ser la voluntad fuente de esta rama del Derecho, queda supeditada a lo que dictamine la Ley; puesto que la voluntad del testador “... no podrá ir en contra de ciertos herederos especiales denominados forzosos, si es que los tiene...”. Es decir, en caso que el testador tenga familiares en primer grado que se encuentren incluidos dentro del grupo que la norma denomina “herederos forzosos”, no podrá disponer libremente de los dos tercios del total de su patrimonio pues estos han sido reservados para sus herederos forzosos, así como tampoco podrá disponer en cantidades distintas a lo estipulado por Ley, en tanto que “... por mandato de Ley, tendrán que heredarlo en determinadas porciones de todas maneras.” (Amado Ramírez, 2016)

Se considera pues, que esta limitación al libre albedrío del testador genera una vulneración a su voluntad. Esto se debe a que si bien el causante ha forjado un patrimonio determinado, al limitar su poder de disposición sobre el mismo, podríamos considerarlo como una suerte de “propiedad momentánea”, es decir, mientras el individuo se encuentre en vida pues, al momento de su muerte, independientemente de cual haya sido su voluntad, pasará a formar parte del patrimonio de sus herederos forzosos; en consecuencia, dicho individuo sería propietario únicamente de un tercio del total del patrimonio que ha forjado en vida, sobre el cual el sistema normativo le otorga la facultad de disposición.

#### **4. Regulación del Derecho de Sucesiones.**

No es novedad que al ser un campo del Derecho con tantas incidencias requiera de una regulación de basto contenido. De esta manera, el Código Civil de 1984, ha previsto un Libro destinado a su regulación, el mismo que se ha sido dividido en Secciones que prescribe sus Generalidades, (donde conoceremos la normativa aplicada a la transmisión sucesoria, las instituciones de petición de herencia, indignidad y aceptación y renuncia de la herencia, además de la representación en la sucesión), las Sucesiones Intestadas (donde se conocerán las disposiciones especiales para cada grupo integrante de los herederos forzosos, siendo estos ascendientes, descendientes y cónyuge o conviviente supérstite, además de quién será el beneficiario en caso de no existir ninguno de ellos), las Sucesiones Testamentarias (donde se establecen los tipos de testamentos y sus respectivos requisitos de validez, además de diversas instituciones jurídicas esenciales, precisamente, para la validez de los mismos, como son las porciones de legítima y de

libre disponibilidad, la institución tanto de herederos como de legatarios y la pérdida de este derecho por desheredación, revocación, caducidad y/o nulidad de los testamentos), así como la Masa Hereditaria (donde se regulan las instituciones de colación y división y partición de la masa hereditaria, además de las cargas y deudas de la herencia). Para efectos de la presente investigación, haremos uso de todas las Secciones, haciendo un especial enfoque en la sección Tercera, referida la Sucesiones Testamentarias, centrándonos en la legítima.

#### **4.1. Clases de Sucesiones.**

Nuestro ordenamiento jurídico ha prescrito las siguientes:

##### **a) Testamentaria.**

En esta sucesión prima la voluntad del causante para determinar la forma y entre quienes se va a distribuir su patrimonio una vez que este haya fallecido, encontrándose condicionado a formalidades para hacer primar la voluntad del causante, y limitaciones, para proteger a los sucesores forzosos. En palabras de Alberto Hinostraza, esto se debe a que “... *los requisitos de forma tienen la finalidad de asegurar de manera innegable que, efectivamente, la declaración de voluntad de que se trate es la del causante.*” y, además con respecto a la voluntad expresa *de cuius*, esta se encuentra “... *sujeta a ciertas restricciones a fin de que no se dé la exclusión de herederos legitimarios o forzosos... resultando ineficaz toda disposición testamentaria excluyente de aquellos...*” (Hinostraza Mínguez, 2014)

La restricción señalada por Hinostraza en líneas anteriores hace referencia a la institución de la Legítima, la cual se encuentra prescrita en el artículo 723, del Código Civil, señalando que esta constituye la porción de la herencia que se encuentra ceñida a la ley, es decir, aquella parte de la cual el testador no puede disponer libremente ante la existencia de herederos forzosos. Esto nos lleva a pensar a si en realidad esta institución no contraviene el principio constitucional de autonomía de la voluntad. Para lograr un mayor alcance al respecto, nos centraremos más en esta institución en los próximos apartados.

##### **b) Intestada.**

*“Llamada también legal o abintestato.”* En este caso, la Ley suple la voluntad del causante pues este falleció sin haber expresado su voluntad mediante un testamento o, de haberlo hecho, resulta nulo o insuficiente. De hecho, este tipo de sucesión es la más común en nuestra sociedad (Hinostraza Mínguez, 2014), esto se debe a que las personas muchas veces no se encuentran muy familiarizadas con la existencia de este acto jurídico y, aquellos que sí, tienen una vaga noción al respecto y, por desconocimiento, pueden redactar un testamento carente de requisitos indispensables para su validez, deviniendo en nulos. Sin embargo, tal como se expuso en líneas primigenias, la ley ha previsto especialmente este caso en el cual serán los herederos forzosos del causante a quienes les corresponde la repartición de la masa hereditaria de acuerdo a ley.

**c) Mixta.**

*“La sucesión será mixta cuando es en parte testada y en parte legal”.* Esta sucesión se presenta cuando existen vicios de forma (no se han cumplido con las formalidades requeridas en el otorgamiento o celebración del acto jurídico testamentario) o fondo (cuando en el testamento no se dispone de todo el patrimonio del causante o solo se dejaron legados en este mas no se entró a tallar en la división de la porción correspondiente a la legítima, o cuando el testador solo manifestó su voluntad respecto de actos de última voluntad omitiendo el aspecto patrimonial); siendo que, en estos casos se aplica la ley de manera supletoria. (Hinostraza Mínguez, 2014)

**4.2. La Legítima.**

Tal como se ha expuesto anteriormente, la sucesión testamentaria se caracteriza por la expresión de la manifestación de la voluntad del causante en un documento denominado testamento; encontrándose regulado por el artículo 686, del Código Civil de 1984, donde se ha prescrito que una persona puede disponer de su patrimonio de manera parcial o total para después de su fallecimiento mediante un testamento que cumpla con los requisitos de ley; acotando que, no solo son válidas las disposiciones relativas al patrimonio,

sino que también se pueden incluir disposiciones de carácter no patrimonial, pues en su parte in fine expone que el testador puede establecer en su testamento disposiciones no patrimoniales, a pesar que este sea su único contenido.

Enfocando nuestra atención únicamente a la parte inicial del artículo, que se refiere a definir su sucesión dentro del margen señalado por ley, podemos divisar que el ordenamiento jurídico ha delimitado la autonomía de la voluntad del testador, instituyendo, para ello, la institución de la Legítima.

#### **4.3. Porción de Libre Disponibilidad.**

*“La fracción hereditaria no comprendida dentro de la legítima protegida por Ley, puede ser materia de disposiciones a título gratuito. Recibe, pues, el nombre de porción disponible.”* (Rébora, 1952) De esta manera, Rébora hace de manifiesto que una vez repartida la legítima, el testador puede disponer libremente del restante de su patrimonio.

La porción de libre disponibilidad se encuentra constituida por el tercio distinto a la legítima, del cual, el testador puede hacer uso para ejercer libremente su Derecho a la autonomía de la voluntad, pudiendo, inclusive, disponer de esta porción –o parte de ella- en favor de algún heredero forzoso. Al respecto, señala Valencia que: *“... de este patrimonio puede hacer el causante lo que quiera. Así, puede destinarlo a mejorar a alguno de sus legitimarios, o mandarlo a otros parientes o extraños.”* (Valencia Zea, 1984). Adicional a ello, y, en el margen de lo expuesto por el artículo 726, del Código Civil, aquel que solo tenga ascendientes tiene la libertad de disponer libremente de la mitad de sus bienes, correspondiéndoles la otra mitad intangible a tales ascendientes, ampliando el campo de acción del testador al momento de elegir y nombrar a sus herederos. De igual manera sucede en el caso del artículo 727, donde se faculta al testador a disponer libremente de la totalidad de sus bienes cuando este no tenga ascendientes, descendientes ni cónyuge o conviviente reconocido, generando un panorama totalmente distinto para el testador, brindándole la posibilidad de ejercer su voluntad de manera autónoma, sin verse afectada por ningún tipo de restricción, una verdadera autonomía de la voluntad.

Sin embargo, nuestra duda continúa latente, ¿es acaso la legítima una institución que limita la autonomía de la voluntad del testador al momento de disponer de su patrimonio?

## **5. Conclusiones de este Capítulo.**

Tras haber realizado un estudio en lo concerniente al Derecho de Sucesiones, se ha arribado a la evidente conclusión que esta rama del Derecho busca satisfacer las necesidades del causante en el sentido de haber establecido diversas situaciones jurídicas para determinar el destino de su patrimonio; otorgándole en vida la posibilidad de decidir sobre la repartición de sus bienes tras su fallecimiento o, por otro lado, la función supletoria de la ley en caso de haberse omitido la emisión de un testamento o que este resultare nulo.

En este orden de ideas, se ha concluido también, en que la normativa señalada en caso de las sucesiones testamentarias deviene en restrictiva de derechos en el sentido de tener preestablecidas porciones de la masa hereditaria destinadas a distintos sujetos llamados a heredar.

Es por ello que, en el siguiente capítulo se estudiará más a fondo la institución jurídica de la legítima, por considerarla como la razón de ser de las sucesiones testamentarias, para poder determinar si en realidad se encuentra vulnerando el principio constitucional de autonomía de la voluntad.

### **SUB CAPÍTULO III**

#### **SUCESIÓN TESTAMENTARIA**

##### **1. Sucesión Testamentaria.**

Tal como ha sido señalado en el capítulo anterior, la sucesión testamentaria es aquella manifestación de la voluntad del causante para otorgar un destino a sus bienes, derechos y obligaciones tras su fallecimiento a través de un testamento, encontrándose regulada por el artículo 686, del Código Civil, en el cual el sujeto de derechos se ve facultado de disponer de forma total o parcial de sus bienes en vida para cuando este haya fallecido, siempre actuando dentro de los límites que la Ley señala.

Sin embargo, a propósito de la presente investigación, es que se ha elaborado un capítulo especialmente referido a ella, en el cual se ahondarán sus alcances más importantes con respecto a su evolución y regulación, con la finalidad de analizar su implicancia en la afectación a la autonomía de la voluntad y un consecuente planteamiento de solución ante tal conflicto.

##### **1.1. Evolución de la Sucesión Testamentaria.**

Probablemente la aplicación supletoria de la ley que aplica nuestro ordenamiento hoy en día puede haber sido tomada a partir de las XII Tablas del pueblo romano, las cuales se aplicaban para determinar el futuro del patrimonio de un sujeto cuando este hubiere fallecido sin dejar un testamento o, de haberlo hecho, este hubiere devenido en inválido o imposible de ejecutar; “*En tales casos, se abría la sucesión por vía legítima... En primer lugar a los herederos sui ... A falta de herederos sui la herencia se ofrecía a los agnados, es decir, a los parientes por línea masculina.*” (Amado Ramírez, 2016). Este sistema tuvo vigor hasta que, con el paso del tiempo y la pérdida de valor de la ideología religiosa del momento, el pueblo dio paso al derecho pretor, el cual fue inspirado en el afecto naciente de las relaciones familiares, abarcando más allá del género masculino. Es así como este derecho reemplaza las instituciones de la herencia y el heredero por *bonorum possessio* (herencia) y *bonorum posesor* (herederos); en donde la *bonorum possessio* era entregada en primer lugar a los hijos (que vendrían a ser los *heredes sui* pero incluyendo también a los hijos emancipados). En segundo lugar, a los agnados, que, como ya lo señalamos en líneas anteriores, son aquellos parientes del causante. En tercer orden, encontramos a los cognados y; en último lugar, de no existir ningún otro heredero legítimo, la herencia le correspondía a la viuda o al viudo. En palabras de Elizabeth Amado, “*El pretor se declaraba dispuesto a entregar, por orden de preferencia la bonorum possessio...*” donde el causante prefería en el orden señalado “*lo que se denomina *successio ordinum.*”* (Amado Ramírez, 2016) Evidentemente nos encontramos ante la guía que tenemos hoy en día para continuar estableciendo a los herederos forzosos que señala nuestra legislación, pero concordándolo con demás principios y derechos que gobiernan nuestro país.

Más adelante en el tiempo, en la época del emperador Justiniano, las leyes se ven reformadas de maneras exorbitantes, siendo su principal característica un parentesco moderno, donde ambas líneas fueron tomadas en cuenta, sin diferenciarlas por su sexo; acercándose cada vez más a lo que hoy en día regula el Derecho Sucesorio en el Perú, puesto que heredaban en primer orden los descendientes; luego los descendientes y hermanos, donde el ascendiente más cercano al causante excluía al más lejano y de existir varios grupos en el mismo orden, heredaban en partes iguales; en la siguiente categoría, encontramos a medios hermanos, sean consanguíneos o uterinos;

los demás parientes colaterales y, posteriormente el o la viuda del difunto.  
En palabras de Elizabeth Amado,

*“Dentro de la concepción romana el testamento era el modo de designación del o los herederos ... que implica la preeminencia de la voluntad del De cujus en la transmisión de su patrimonio y a la que se le van imponiendo las reglas ...” (Amado Ramírez, 2016)*

Si bien es cierto, a partir de este momento, las modificatorias fueron mínimas, pero con gran trascendencia para la sociedad. Modificatorias que se dieron poco a poco como, tal como se fueron mostrando las necesidades de las nuevas sociedades, y como continúan y continuarán haciéndolo con el correr del tiempo. Por tal motivo, es que se considera que esta institución puede y debe continuar cambiando, en el sentido que se le permita al testador hacer el mayor uso posible de la autonomía de su voluntad para decidir el futuro de sus bienes, modificando un poco la institución de herederos forzosos que, como hemos visto ha venido evolucionando con el transcurso del tiempo.

## **1.2. Definición de la Sucesión Testamentaria.**

Tomando en cuenta lo señalado, nos animamos a afirmar que la sucesión testamentaria es aquella transmisión de bienes, derechos y obligaciones producida en función a una manifestación de voluntad contenida en un documento denominado testamento, mediante el cual un sujeto de derechos determinará la forma de repartición de sus bienes y derechos entre sus herederos; en este sentido, concordamos con la postura de Miguel Ramos cuando señala que la sucesión testada *“... tiene lugar cuando la herencia se define en virtud de testamento.”* (Ramos Lorenzo, 2009) es decir, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del causante pasarán a formar parte del patrimonio de sus beneficiarios en la manera que regule el testador en su testamento.

A su vez, Elizabeth Amado señala que: *“En la sucesión testamentaria la porción sucesoria nace de la voluntad del causante expresada testamentariamente, a diferencia de la intestada o legítima que emana de la ley.”* (Amado Ramírez, 2016). Tal afirmación podría traducirse en la diferenciación que realiza la autora de una porción sucesoria propiamente dicha, la cual es la máxima expresión de la voluntad

del testador, y la legítima –comparándola, al mismo tiempo, con la sucesión intestada- tomándola como el cumplimiento mismo del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, surge cierta incertidumbre sobre la verdadera función de una sucesión testamentaria, donde el testador se encuentra atado de manos a pesar de haber sido diligente y haber optado por la redacción de un documento jurídico donde conste su voluntad post mortem; puesto que poco sería su valor e importancia si la ley limita de sobremanera su voluntad.

### **1.3. Regulación de la Sucesión Testamentaria en el Código Civil.**

El Código Civil prescribe en su artículo 689, la facultad que tienen las personas de disponer en todo o en parte de su patrimonio cuando aún se encuentren en vida para ser ejecutado tras su muerte. Claro está que, para que esto ocurra, la Ley ha previsto de ciertos límites tanto de forma como de fondo. Siendo que, los primeros se refieren a las reglas o formalidades de cada tipo de testamento –dependiendo del que haya sido elegido por el testador-, y, los segundos, prohíben al testador disponer de lo que les corresponde a sus herederos forzosos.

De aquí en más, podríamos interpretar que las limitaciones de fondo elevan al heredero forzoso a un grado de superioridad frente a su testador, pasando a ser este último el sujeto deudor de esta relación jurídica a pesar que el testador ostente el derecho de propiedad sobre los bienes y derechos objeto de la herencia.

En este orden de ideas, si el Estado protege la propiedad individual, ¿por qué faculta a los herederos forzosos de una persona a tomar una especie de pre propiedad –por así llamarlo- sobre los bienes que pudieron costarle tanto esfuerzo al testador? Si bien es cierto, el principal fundamento de ello es el fin proteccionista de la familia, sin embargo, se considera que este principio está siendo sobrevalorado y se encuentra extralimitando su esencia como tal, siendo que esta protección familiar debe darse, económicamente hablando, a aquellos integrantes del grupo familiar que se encuentren en estado de necesidad o indefensión, como los hijos menores de edad o aquellos que a pesar de haber superado la mayoría de edad necesitan de un sustento económico de manera indubitable e innegable.

Evidentemente, para poder comprender y criticar con fundamentos jurídicos esta situación, debemos estudiarla más a fondo, iniciando con el instrumento que contiene la manifestación de la voluntad del testador: el testamento.

#### **1.3.1. El Testamento.**

A lo largo del presente estudio se ha señalado en diversas oportunidades que el testamento es la manifestación expresa de la voluntad del causante que puede contener disposiciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Tal como lo señala Amado:

*“... se supone que manifiesta esta última voluntad atendiendo su libertad, pero, dicha libertad, no es realmente tal, ya que ... los primeros límites a nuestra libertad son: que nuestros actos no sean contrarios al orden público, la moral ni las buenas costumbres; y sumado a ello, está las restricciones a la libertad de redacción en el testamento atendiendo a la legítima, a los órdenes sucesorios y su forma de aplicación.” (Amado Ramírez, 2016)*

Es decir, el testamento es un conjunto de disposiciones producto del ordenamiento jurídico en concordancia mínima con la voluntad de quien lo otorga, de tal suerte que nos preguntamos si verdaderamente el testamento es la expresión de la autonomía de la voluntad de las personas o más bien una simple expresión de la voluntad del Estado disfrazado de libertad para los ciudadanos.

#### **1.3.1.1. Definición del Testamento.**

Etimológicamente la palabra testamento proviene de “... *testatio mentis, que quiere decir testimonio de la mente o testimonio de la voluntad del hombre.*” (Amado Ramírez, 2016). Tal afirmación nos mueve a afirmar que el testamento no es más que el reflejo del deseo de quien lo suscribe, siendo que en tal documento expresa su voluntad respecto al destino de su patrimonio tras su fallecimiento; constituyendo de esta manera el “... *único instrumento mediante el cual, se expresa de manera jurídicamente válida, esa voluntad de disponer de los bienes para después de su muerte.*” (Amado Ramírez, 2016)

Para Ramos Lorenzo, el testamento es un “... *acto jurídico unilateral, personalísimo, solemne y revocable por el cual el testador deja expresada su última voluntad para que se ejecute después de su muerte.*” (Ramos Lorenzo, 2009)

Asimismo, se concuerda con lo señalado por Arce y Cervantes cuando se define al testamento como el “... *más importante entre los actos jurídicos del derecho privado...*” (Arce y Cervantes, 2011) tomando en cuenta la gran cantidad de disposiciones que este puede llegar a contener

puesto que involucra la transmisión de todo o gran parte del patrimonio del testador y, evidentemente, la marcada diferencia con otros actos jurídicos del derecho privado que radicada en la ejecución de las disposiciones testamentarias tras el fallecimiento de quien las ordena. En este orden de ideas, el testamento podría considerarse como ley entre las partes que se ven involucradas, siendo que las disposiciones contenidas servirán para determinar la futura enajenación de bienes y derechos, creando efectos jurídicos para los intervinientes que serán conocidos después del fallecimiento del testador.

### **1.3.1.2. Objeto y Finalidad del Testamento.**

Sin lugar a dudas, el testamento es un acto jurídico y, como tal debe tener un objeto física y jurídicamente posible, además de ser posible de determinar, tal como lo establece el artículo 140, del Código Civil. De tal suerte que, al tratar del testamento, las disposiciones pueden ser tanto patrimoniales como extramatrimoniales y consecuentemente su objeto también puede ser de ambas índoles.

En este sentido, para configurar el objeto determinable y física y jurídicamente posible en un supuesto patrimonial este objeto debe ser identificable en el entorno (determinable), debe ser evidente su existencia o su posibilidad de hacerlo (físicamente posible) y, debe ser lícito y conforme al ordenamiento jurídico (jurídicamente posible).

Asimismo, al tratar en un supuesto donde el objeto del testamento es de índole extrapatrimonial, este debe cumplir con los mismos requisitos del supuesto anterior, donde debe existir la *“... posibilidad física de entablar la relación jurídica ... que exista el sujeto con el que se entabla o se extingue.”* (Amado Ramírez, 2016) (físicamente posible), y que la disposición no contravenga el ordenamiento jurídico (jurídicamente posible), debiendo ser necesariamente posible de identificarse en la sociedad (determinable).

Del mismo modo, cuando hablamos de la finalidad del testamento, nos estamos refiriendo al fin lícito del mismo, en tanto que el testamento debe ajustarse a las medidas señaladas por el Código Civil, que busca básicamente en limitar la manifestación de la voluntad del testador en pro de la protección de la familia, lo que en palabras de Elizabeth Amado *“... implica una limitación de la autonomía de la voluntad, pues el testador solo puede hacer uso de ella en la porción de libre*

*disposición y deberá cuidar de ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley...*” (Amado Ramírez, 2016). Tomando en cuenta lo señalado, nos estaríamos acercando cada vez más a la necesidad de plantear una postura donde el testador pueda hacer el máximo ejercicio posible de su voluntad en cuanto no posea obligaciones de solventar económicamente a la familia que se encuentre bajo su protección, es decir, cuando este no tenga hijos menores de edad o a pesar de ser mayores de edad, estos se encuentren en estado de indefensión.

## **2. Conclusiones del este Capítulo.**

Al habernos introducido un poco más en la sucesión testamentaria, es que hemos podido notar la existencia de ciertas salvedades a tomar en cuenta.

En primera instancia, hemos podido arribar a la conclusión que, como sucede con cualquier institución jurídica del Derecho, la sucesión testamentaria ha venido evolucionando con el paso de los años y el desarrollo de las sociedades, incluyendo cada vez más reformas y modificatorias que responden a las necesidades y situaciones de la sociedad que las formula, como lo son la no discriminación por género entre los herederos. Es por ello, que se justificaría la posibilidad de continuar la evolución de la institución, reduciendo a los herederos forzosos únicamente a quienes requieran ser beneficiados con la herencia y ampliando la autonomía de la voluntad del testador, para que, de no tener el deber de proteger a su familia, económicamente hablando, pueda disponer de su patrimonio como mejor le parezca. Partiendo de lo expuesto es que podemos arribar a una segunda conclusión, que consiste en la definición del testamento como expresión de la libre voluntad del testador que, como se señaló anteriormente, esta autonomía de la voluntad se ve sesgada por el predominio de la Ley, al establecer grandes límites y minimizar la voluntad de quien otorga un testamento.

## **Sub Capítulo IV**

### **La Legítima**

#### **1. La Legítima.**

Tal como lo hemos señalado en el capítulo precedente, la Legítima constituye, básicamente la razón de ser de las sucesiones testamentarias. Es este el motivo por el cual se ha decidido otorgar un capítulo destinado únicamente al estudio de esta institución para poder conocer más a fondo cada uno de sus alcances y poder,

consecuentemente, establecer un proyecto de ley que refleje tanto la autonomía de la libertad del hombre aunado a ciertas limitaciones de la legítima.

### **1.1. Antecedentes de la Legítima.**

La legítima como la conocemos hoy en día no es más que la evolución de cientos de años y generaciones, donde los distintos periodos enmarcan el contexto en el que se desenvolvían sus sociedades e individuos, poseyendo cada uno características representativas de su propio escenario.

Es así que, en un primer momento se marcaron cuatro modelos del derecho antiguo importantes para el estudio de esta institución jurídica, siendo estas: “... *el hindú a Manú, el babilónico a Hammurabi, el hebreo a Moisés y el griego a Solón*” (Ovsejevich, 1964), caracterizándose por “... *la mezcla de reglas jurídicas con religiosas, morales, filosóficas y sociales; y, además por su oralidad ... Es en este periodo donde encontramos el germen de la legítima.*” (Ovsejevich, 1964). Esto se debe, a este parecer, a que la religión ocupaba un espacio de gran importancia, en aquellas sociedades, donde las normas eran dictadas en función a los principios y valores propias de cada cultura y la religión adoptada.

Más adelante en el tiempo, encontramos un segundo momento gobernado por el Derecho romano y la disciplina jurídica inculcada por eximios jurisconsultos y pensadores. “*En esta fase la institución de la legítima adquiere todo su verdadero significado, y así, llega a nuestros días.*” (Ovsejevich, 1964). Siendo que es aquí donde el testamento romano, consistía básicamente en la “... *elección que realizaba el paterfamilias entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia.*” (Ovsejevich, 1964). Adicional a ello, otro rasgo naciente de este periodo es la institución de la desheredación, la cual debía “... *constar en el testamento y recaer sobre toda la herencia.*” (Ovsejevich, 1964) Evidentemente, paralelamente al surgimiento de estas instituciones vinculadas a la legítima nacieron nuevas relativas a otros aspectos e instituciones relativas al Derecho de Sucesiones, sin embargo, no se tratarán en este apartado debido a que no son de interés para el presente estudio. (Ovsejevich, 1964)

Como consecuencia de lo planteado por el derecho romano es que se dará lugar al tercer momento de la mano del Derecho germánico, donde si bien en un inicio no se consideraba un derecho a suceder sino más bien un derecho copropiedad entre el paterfamilias y sus hijos, tras la invasión bárbara al imperio romano, surge “... *un tercer Derecho aplicable a las relaciones recíprocas entre el Derecho romano y germano...*” (Ovsejevich, 1964), donde existió una marcada diferenciación entre las

distintas clases sociales con respecto al otorgamiento de la herencia y, el consecuente nacimiento de la institución de la reserva cuyo fin era el “... *mantener el rango y posición de la familia, siendo absorbida en su mayor parte por el primogénito.*” (Ovsejevich, 1964). Tomando, de algún modo de continuar con la teoría inicial de una suerte de derecho de copropiedad mas no de heredar.

Posterior a ello, surge el antiguo Derecho español que influye considerablemente en nuestra legislación, donde se reconoce el derecho a la libertad de testar, sin embargo, a raíz de los diversos “abusos” que surgieron es que se incluyó la institución de la legítima y posterior a ello la sucesión forzosa, tal como la conocemos hoy en día.

Y, finalmente, nace el Derecho patrio, el cual regía durante el periodo colonial latino y, al referirnos a la materia sucesoria, fueron de aplicación las mismas normas que en la “madre patria”.

## **1.2. Definición de la Legítima.**

Al habernos introducido un poco más en esta rama del Derecho, encontramos la institución jurídica de la legítima, la cual, según Rébora, es “*un derecho de sucesión protegido por Ley, sobre determinada porción de la herencia*” (Rébora, 1952). Este derecho, se encuentra regulado por el Código Civil y se prescribe la intangibilidad que esta implica.

A su vez, Zannoni, expone que la legítima “... *constituye una parte de los bienes o una cuota de la herencia a la que ciertos llamados tienen vocación garantizada por la Ley.*” (Zannoni, 1976). Claro está que, cuando Zannoni hace referencia a “ciertos llamados” se está refiriendo a los herederos forzosos, limitando el campo de posibilidades del testador para emitir su plena voluntad. Al respecto, agrega Hinostroza que, “*La legítima se funda en el aseguramiento económico del grupo familiar...*” (Hinostroza Minguez, 2014), sin hacer distinción alguna entre las necesidades de los herederos forzosos, arguyendo que estos son merecedores del patrimonio del testador únicamente porque así lo prescribe la ley. Siguiendo este hilo conductor, podríamos considerar que la legítima constituye el núcleo de la sucesión testamentaria, a pesar que parezca risible que el eje de una expresión de voluntad sea también lo que limite y coaccione al otorgante de dicha voluntad.

## **1.3. Naturaleza Jurídica de la Legítima.**

Tal como se señaló anteriormente, la naturaleza jurídica de una institución del Derecho es, precisamente, el lugar que esta ocupa dentro del mismo. De esta manera,

y, según lo estudiado, podría decirse que la naturaleza jurídica de la legítima ha sido bastante debatida por diversos doctrinarios, siendo que algunos la consideran “... *como pars hereditatis, o sea como parte de la herencia, o como pars bonorum, es decir, como un derecho personal, independiente de ella.*” Esta divergencia es la causante del tratamiento distintivo de cada legislación, de tal suerte que, en la nuestra, tal como lo estipula el Código Civil, la legítima se encuentra dentro de la esfera *pars hereditatis*, concediéndole este derecho únicamente a aquellos que tengan la condición de herederos. (Ferrero, 2001)

En este sentido, podemos entender que el derecho a la legítima puede desaparecer conjuntamente con la comisión (y, evidentemente, tras el proceso respectivo) de alguna causal de indignidad, desheredación, o, inclusive, por la renuncia misma a esta.

#### **1.4. Posición de la Doctrina.**

Como es de nuestro entender, la legítima supone una limitación a la manifestación de la voluntad del testador; sin embargo, tal restricción no ha llegado a convencer a muchos doctrinarios de tomar partida por una postulación tan estricta como esta; por el contrario, tanto la doctrina como la legislación comparada presentan discrepancias respecto de la libertad del testador para disponer de la totalidad de sus bienes y derechos. Es así que, nos encontramos ante dos posturas, una proteccionista y otra abolicionista.

##### **1.4.1. Tesis Proteccionista.**

Esta tesis basa su posición en dos argumentos. El primero, dirigido a exponer el espíritu de colaboración que debió existir dentro de un determinado núcleo familiar para que el causante pudiera hacerse acreedor del patrimonio que pase a conformar la masa hereditaria. “... *el patrimonio obtenido por una persona no es solo fruto del esfuerzo personal; sino también... de los miembros de su familia.*” En consecuencia, entendemos que si bien, reconoce el derecho de propiedad del testador, que involucra la libre disponibilidad de los mismos, sostiene, sin embargo, que “*no sería del todo justo que a su muerte lo transfiriera a terceras personas de modo gratuito...*” (Fernández Arce, 2014)

Al respecto, debemos señalar que, si bien es cierto es un argumento válido para muchos juristas, este se basa en una utopía en la que el causante ha logrado adquirir su patrimonio con apoyo familiar, y por ende les corresponde adquirirlo tras el deceso del causante; no obstante, esto no sucede en todos los casos. Evidentemente, no podemos ceñir la normativa a un subjetivismo irrealista; por lo tanto,

consideramos que este argumento no es lo suficientemente sólido para limitar el derecho de propiedad adquirido por una persona.

Asimismo, el segundo argumento en que se sostiene esta tesis, se orienta a la noción de la duplicidad de intereses: el privado y el familiar. El interés privado reconoce al causante como propietario de los bienes y derechos que conforman la masa hereditaria y, consecuentemente, su facultad de disposición de los mismos. Por otro lado, el interés familiar procura la continuidad de la familia tras la muerte de los padres, alegando que “... *es allí donde cobra sentido el derecho legitimario. La subsistencia y la educación son derechos y obligaciones que trascienden a la muerte del causante.*” (Fernández Arce, 2014)

Queda claro, pues, que la tesis proteccionista busca hacer partícipe a la familia del testador del patrimonio que este puede generar; sin embargo, debemos tomar en consideración que tal participación bien pudo darse estando él aún en vida y; tras su muerte pueden o no continuar gozando del mismo únicamente si fue esa la última voluntad del *de cuius*.

Empero, lo rescatable de esta teoría es que buscan la protección de aquellos integrantes del núcleo familiar que, a la muerte del causante, se encuentren en estado de indefensión. En este sentido, es que se busca plantear que tanto los derechos de educación y subsistencia deben continuar siendo gozados por sus herederos forzosos; limitándose dicha institución jurídica a aquellos integrantes del grupo familiar que tengan alguna condición de fuerza mayor que haga imposible prescindir de la herencia.

Lamentablemente, esta es la postura adoptada por las legislaciones de muchos países como Italia, Alemania, Perú, Chile, Brasil, entre otros.

#### **1.4.2. Tesis Abolicionista.**

A diferencia de la tesis proteccionista, la tesis abolicionista prioriza el derecho de propiedad adquirido por el testador. Esta postula que, al ser una de las facultades de la propiedad, la libre disposición de los bienes sin restricción alguna, salvo los casos de expropiación motivadas por el interés social, no habría razón alguna por la cual el testador deba limitar la disposición de su patrimonio al momento de redactar su testamento que, a buena cuenta, viene a ser a expresión cabal de su voluntad; la misma que, consecuentemente, se estaría viendo vulnerada.

*“La abolición de la legítima permitirá que los hijos desarrollen sus propias facultades para subvenir a sus necesidades con su propio esfuerzo sin esperanzarse en recibir algún día una herencia que, a lo mejor, no merecen.”* (Fernández Arce,

2014) De las palabras de Fernández podemos rescatar dos ideas: el desarrollo de los hijos y la posibilidad de recibir una herencia no merecida. En la creencia de tener “un futuro asegurado” con la herencia que se presume recibirán, muchos hijos pueden no valorar el verdadero esfuerzo que sus progenitores hacen para poder enriquecer su patrimonio, y no esforzarse ni por contribuir, algún día, al incremento del patrimonio ni a retribuir lo recibido de sus padres.

Además, esta teoría considera que las obligaciones patrimoniales concluyen con la muerte de los padres, y, por tanto, estos no se encontrarían obligados a continuar siendo el principal, por no decir único, soporte de subsistencia de los herederos.

Sin embargo; a pesar de ser bastante tentador inclinarnos por esta teoría, se debe precisar que el único punto de quiebre con la misma es la indiferencia que presenta ante los herederos que requieran, de manera indispensable, ser considerado dentro del grupo llamado a heredar puesto que, no podemos negar la obligación de prestar alimentos ni el derecho de recibirlos.

Esta tesis es asumida por legislaciones de países con mayor desarrollo socioeconómico, como lo son Panamá, Inglaterra y Estados Unidos.

### **1.5. Regulación de la Legítima en el Perú.**

*“La legítima tiene su fundamento en los deberes y obligaciones que provienen de la relación familiar debida a la naturaleza del parentesco consanguíneo o por el vínculo familiar.”* (Lanatta Guilhem, 1921)

De esta manera, y tal como se ha señalado a lo largo de la presente investigación, la legítima se encuentra amparada por el artículo 723, del Código Civil de 1984. No obstante, para la debida configuración de esta institución, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos. Para efectos didácticos, Alberto Hinostroza reaparece en este apartado clasificando los siguientes:

*“a) Que existan herederos forzosos o legitimarios, siendo estos los únicos con derecho a la legítima. Esto incluye al concebido, a quien se le adjudicarán los derechos siempre y cuando nazca vivo.*

*b) Que no se hayan excluido a los herederos forzosos de la herencia por causas de indignidad o desheredación.*

*c) Que exista vocación sucesoria del presunto heredero.”* (Hinostroza Minguez, 2014)

## **1.6. Los Herederos Forzosos.**

*“Los herederos forzosos son aquellos herederos legales que la Ley ampara con el derecho a la legítima...”*, constituyendo este grupo, los descendientes (hijos, nietos, etc.), los ascendientes (padres, abuelos, etc.), y el o la cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho. (Hinostraza Minguez, 2014). Estos integrantes del grupo familiar ocupan un lugar privilegiado en la repartición de la masa hereditaria del causante puesto que, por el simple hecho de mantener el vínculo señalado con este, se convierten en acreedores de una alícuota del patrimonio del causante post mortem.

Si bien nuestro Código Civil no ha señalado expresamente la porción que le corresponde a cada uno de ellos, se aplica análogamente el artículo 729, referente a la determinación de la cuota alícuota en caso de sucesiones intestadas, convirtiéndolo en la cuota de la legítima que le corresponde a cada heredero forzoso dentro de una sucesión testamentaria.

Siendo tal la relevancia de esta institución es que hemos visto la necesidad de estudiar cada uno de los tres grupos de herederos forzosos con la finalidad de analizar si en realidad merecen tener la categoría de forzosos.

### **2.1.1. Legítima de los Descendientes.**

Son todos aquellos hijos, nietos, bisnietos, etc., que, de manera excluyente entre sí por su grado de parentesco, se encuentran llamados a suceder. Es decir, los hijos, en su calidad de descendientes en primer grado, excluyen a los nietos y, estos a su vez, a los bisnietos. De esta manera, todos aquellos descendientes que se encuentren privilegiados con la legítima son acreedores de los mismos derechos, de tal manera que les corresponde heredar en la misma proporción.

Esta obligatoriedad no solo está presente en las sucesiones testadas, sino también en las intestadas; de tal suerte que, la Ley ha previsto su proyección económica tras la muerte del causante sea que este último así lo haya dispuesto o no haya manifestado su última voluntad y tenga que recurrirse a una sucesión intestada.

En lo que concierne a la presente investigación se considera que, si bien es cierto este porcentaje de la legítima que se encuentra destinado a los descendientes del testador, este debe encontrarse debidamente fundamentado en la necesidad del beneficiario de la cuota hereditaria. Es así que, por ejemplo, no se encuentran en el

mismo estado de necesidad un menor de edad que se encuentra en pleno desarrollo que, un adulto que ya ha gozado de los bienes y favores del testador.

Al respecto, la Enciclopedia Jurídica ha definido el estado de necesidad, desde la perspectiva del derecho civil, como aquella “*Situación en que se encuentra una persona que para evitar un grave peligro causa a otra un perjuicio de menor importancia.*” (Enciclopedia Jurídica, 2021)

Lo que se busca con esta propuesta no es contravenir con la intangibilidad de la legítima ni su fin esencial – que viene a ser la no desprotección de la familia-, si no, por el contrario, se busca proteger a los integrantes cercanos del grupo familiar que se encuentren en estado de necesidad e indefensión, sin vulnerar por completo la libertad del testador para manifestar su voluntad.

#### **2.1.1.1. El Hijo Alimentista.**

Esta institución se encuentra regulada por el artículo 415, del Código Civil, para identificar al hijo extramatrimonial cuyos padres mantuvieron relaciones sexuales durante la época de la concepción, con la finalidad que, el hijo en cuestión, pueda demandar una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años o, si llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. Asimismo; el artículo 417, del mismo cuerpo normativo, establece que no se le tiene que pagar al hijo alimentista más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.

En este sentido, la herencia que le corresponde al hijo alimentista, se encuentra regulado por el artículo 728, del Código Civil, en donde se establece que en el caso que el testador se encuentre en la obligación de cumplir con una pensión alimenticia declarada por un juez, se gravará su porción de libre disponibilidad en este favor, hasta donde fuere necesario. Siendo que el hijo alimentista no se encuentra incluido en el grupo de los llamados a suceder porque “... *carece de título para heredar...*”, comprendemos que su derecho no nace de la legítima como tal, sino más bien, de la porción de libre disponibilidad del testador, como gravamen legal. (Hinojosa Minguéz, 2014). Es así que, el artículo 874, del Código Civil, establece que dicha pensión alimenticia corresponde a una deuda hereditaria que grava, en lo que fuere necesario, la parte de libre disposición de la masa hereditaria en favor del alimentista. Razón por la cual, no es de interés para la presente investigación.

### **2.1.2. Legítima de los Ascendientes.**

Son aquellos padres, abuelos, bisabuelos, etc. que entran a tomar posesión de la herencia (sea testada o intestada) cuando no existan descendientes que los excluyan.

Todos los integrantes de cada grado de parentesco heredan en igual proporción, es decir, si “x” no tiene descendencia, su madre y padre (ascendientes en primer grado) son sus herederos forzosos, heredando en partes iguales.

Sin embargo, en el caso de los progenitores que no reconocieron a sus hijos extramatrimoniales, aquellos cuya paternidad haya sido declarada por vía judicial, no son considerados herederos forzosos, según lo prescrito por los artículos 398, y 412, del Código Civil, empero, si serían acreedores del derecho a heredar los padres de los hijos extramatrimoniales cuando el hijo tenga la posesión constante de estado o haya consentido el reconocimiento por parte de este.

Adicional a ello, se considera necesario mencionar que, de la misma manera en que los descendientes excluyen a los ascendientes, estos, a su vez, excluyen a los hermanos del causante.

### **2.1.3. Legítima del Cónyuge o Integrante Sobreviviente de la Unión de Hecho.**

*“El carácter de legitimario del cónyuge es tan justificado como el de los descendientes y quizá más todavía, por las singularidades del deber de asistencia conyugal y la íntima relación física y espiritual que se dio entre los esposos”* (Méndez Costa, 1977). Las palabras de Josefa Méndez hacen referencia a la razón de ser de la institución de una porción de la legítima a favor del cónyuge superviviente que, evidentemente esta normativa regula también el destino del conviviente sobreviviente de la unión de hecho.

Sin embargo, como ya lo hemos venido viendo a lo largo de esta investigación, toda Ley tiene su excepción, es así que Alberto Hinojosa señala tres condiciones para que dicho cónyuge sobreviviente pueda acceder a la herencia:

*a) Cuando el matrimonio se realizó estando el causante enfermo y fallece antes de los treinta días de celebrado el acto matrimonial, según lo prescribe el artículo 826, del Código Civil.*

*b) Cuando los cónyuges se hayan divorciado, pues evidentemente, tras el divorcio, fenecen los derechos sucesorios, según lo estipula el artículo 353, del Código Civil.*

*c) Cuando el cónyuge supérstite es el causante de la separación de cuerpos, en virtud al artículo 343, del Código Civil. (Hinostroza Minguez, 2014)*

A estas alturas, es necesario hacer presente que, el derecho a heredar como heredero forzoso, es independiente del derecho del cónyuge a que se le otorgue el 50% del patrimonio de la sociedad de gananciales antes de su disolución.

Este heredero concurre con descendientes o ascendientes, dependiendo del caso. No obstante, de no existir aquellos, le corresponderá al cónyuge heredar la totalidad de la legítima del causante.

Con respecto al integrante sobreviviente de la unión de hecho, la Ley N° 30007, publicada el 17 de abril de 2013; tiene por objeto reconocer los derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman la unión de hecho inscritas en el Registro Personal; siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros.

La citada Ley, dispone que, el integrante sobreviviente a la unión de hecho que cumpla con los requisitos citados ut supra, posea, respecto del otro integrante, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio.

## **2.2. Privación de la Legítima.**

Como hemos manifestado anteriormente, el testador no puede excluir, en términos generales, a sus herederos forzosos de la legítima en tanto que esta es intangible. Es por ello que, el testador queda imposibilitado de imponer a sus herederos forzosos alguna modalidad de la voluntad, llámense condición, plazo o cargo; para ser acreedor de la legítima.

No obstante, a ello, la Ley regula la posibilidad de privar de la legítima a herederos forzosos cuando estos hayan incurrido en alguna causal tipificada en los artículos 667, y siguientes, y 742, del Código Civil, las cuales serán estudiadas a continuación:

### **2.2.1. Desheredación.**

Para Espín Cánovas, la desheredación es aquella “... absoluta privación de la legítima por la existencia de una causa considerada como justa por la ley”, de tal suerte que esta se debe a la “*facultad que tiene el testador para privar de su legítima*”

*a sus herederos forzosos, si estos incurren en una de las causas legales, que implican una falta grave contra él...*” (Espín Cánovas, 1964)

Siguiendo esta línea, Arias expone que la desheredación “... *importa una exclusión de la herencia, solo funciona en los sucesores testamentarios y respecto a herederos forzosos.*” (Arias, 1950)

Lo expuesto nos lleva a interpretar que la desheredación puede ser considerada como un castigo que impone el testador a sus herederos forzosos por haber realizado una conducta en agravio de su persona, siempre que esta se encuentre tipificada por ley. De tal manera, el artículo 742, de Código Civil, prescribe que el testador puede privar de la legítima a sus herederos forzosos cuando estos incurran en causales previstas por ley, dejando bastante claro que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un *numerus clausus* de causales que permiten al testador ejercer la potestad de privar a uno de sus herederos forzosos de la legítima.

A estos efectos, en los artículos 744, 745, y 746, del Código Civil, se encuentran reguladas las conductas de que dan origen a la desheredación; siendo que, por su parte, el artículo 744, establece que cuando los descendientes que ostenten el título de herederos forzosos hayan maltratado o injuriado grave y reiteradamente al testador o a su cónyuge (siempre que este también sea ascendiente del heredero ofensor), cuando se le haya negado injustificadamente los alimentos o cuando se le haya abandonado mientras este –el testador- se encontraba en estado de necesidad, cuando se le haya privado -al testador- de su libertad sin motivo aparente o, cuando el heredero descendiente está llevando una vida inmoral o deshonrosa.

Asimismo, el artículo 745, ha previsto que en el caso que los herederos ascendientes hubieren negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes testadores o, cuando el ascendiente haya perdido la patria potestad o hubiere incurrido en alguna de dichas causales; estos podrán ser desheredados.

Por su parte, el artículo 746, hace lo propio estableciendo las causales de desheredación del cónyuge, señalando que dichas causales se encuentran previstas en los incisos 1, al 6, del artículo 333, del mismo cuerpo normativo.

Adicional a ello, es necesario recalcar que el artículo 669, expone la posibilidad de la desheredación por indignidad (institución que se estudiará a continuación).

Evidentemente, estas causales son factibles de englobar distintas situaciones de la cotidianidad del hombre, sin embargo, ¿qué sucede cuando no se tienen las pruebas necesarias para lograr dicha desheredación? O, por el contrario, ¿qué sucede cuando a pesar de tenerse las pruebas necesarias para justificar una conducta, esta no se encuentra regulada? Evidentemente, el testador quedaría atado de manos sin poder decidir de acuerdo a su voluntad.

Por tal motivo, postulamos la modificación de la norma de tal suerte que, el testador no tenga la necesidad de recurrir a estas causales y, simplemente, excluya del goce y disfrute de su herencia a quienes considere conveniente hacerlo; haciendo uso de su libre voluntad; sin dejar desprotegidos a los herederos que se encuentren en estado de necesidad o indefensión.

#### **2.2.1.1. Desheredación por Indignidad.**

Esta institución jurídica se ve reflejada en aquella sanción civil impuesta a través de una sentencia judicial, que puede darse en contra de herederos forzosos o legatarios, que hayan incurrido en alguna causal estipulada por ley. Si bien, esta institución jurídica no versa necesariamente sobre facultades del testador - entendiéndose que la indignidad es demandada tras la muerte del causante por un interesado y legitimado para ello -, hemos considerado necesario definirla y tomar conocimiento de sus causales como un ítem más dentro de las causales de desheredación, como bien hemos visto anteriormente.

Es así que, para Alberto Hinojosa, la indignidad puede ser definida como “... *aquella sanción operada a través de sentencia judicial y a pedido de los legitimados activamente, en razón de la cual se deja sin efecto la vocación sucesoria y se produce la exclusión de la sucesión del declarado indigno.*” (Hinojosa Minguez, 2014)

Es así como nuestra normativa ha visto conveniente las causales de indignidad, las mismas que constituyen un conjunto *números clausus*, limitando la voluntad de excluir al indigno. Este hecho se produce cuando el heredero o legatario sea autor y/o cómplice del homicidio doloso o de su tentativa contra el causante o sus herederos forzosos, cuando haya sido condenado por delito doloso en agravio del causante o de alguno de sus herederos forzosos, cuando haya denunciado calumniosamente al causante por delito que sea pasible de sanción penal privativa de libertad, cuando haya vulnerado la libre manifestación de voluntad del testador en la celebración de actos jurídicos con relación a su testamento, cuando vulnere la manifestación de la voluntad del testador emitida en un testamento (sea ocultándolo, falsificándolo, destruyéndolo, etc.), cuando el heredero hubiere sido sancionado con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante, y, cuando el causante es el hijo y el heredero es el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente o que no le haya prestado alimentos ni asistencia; también, cuando el pariente con

vocación hereditaria o el cónyuge no le hubiere prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo.

En virtud a ellas, tal como lo estipula el artículo 669, del Código Civil, cuando se plantee la desheredación por alguna causa de indignidad, debe darse conforme a lo establecido por la normativa vigente que regule la desheredación. No obstante, como podemos apreciar, son muy pocas las causales que pueden ser empleadas por el testador mismo pues, en términos generales, esta institución se aplica post mortem y por un heredero o legatario con legítimo interés.

#### **2.2.1.1.1. Definición de Indignidad.**

César Fernández plantea que *“En el derecho de sucesiones, no hay personas incapaces de suceder. Todas las personas, por el hecho de serlo, tienen aptitud legal para heredar.”*; por lo cual, agrega, existe un error nominal en el Código Civil, al definir como “incapacidad para suceder” el concepto de “indignidad” puesto que, *“... la capacidad es el presupuesto de la existencia y para ser indigno hay que ser capaz.”* (Fernández Arce, 2014)

Entonces, ¿en qué consiste la indignidad? Pues, el mismo autor, la expone como *“... una suerte de sanción civil impuesta por sentencia judicial al heredero o legatario que ha incurrido en actos delictuosos o vituperables ...”* Esta sanción se debe a la ruptura de un compromiso implícito entre el causante y sus herederos o legatarios; mediante el cual, estos últimos, se obligan a perpetuar determinada conducta, con respecto del causante y sus herederos forzosos, basada en las reglas de la moral; de tal manera que, al verse resquebrajado el compromiso, supondría una *“... falta de respeto, de consideración y de afecto, y no sería lógico que los infractores reciban la herencia a la muerte del causante, a quien maltrataron en vida, no siendo merecedores de su herencia.”* (Fernández Arce, 2014)

En este sentido, podríamos entender que el ordenamiento jurídico protege los intereses del testador; sin embargo, es menester tener en cuenta que para la declaración de indignidad es condición *sine qua non* la interposición de una demanda motivada en una de las causales preexistentes en el artículo 667 del Código Civil.

#### **2.2.1.1.2. Naturaleza Jurídica de Indignidad.**

Como es de nuestro entender, la naturaleza jurídica de una institución es el lugar que ocupa la misma dentro del Derecho. Haciendo referencia a la institución

jurídica de “indignidad”, Aguilar Llanos opina que se trataría de una “*Pena o condena civil*” en tanto que “... *el legislador usando su criterio establece determinadas conductas y las considera agraviantes contra el causante y en función de ello determina una sanción civil, la cual se traduce en una inhabilidad sucesora...*” del tal suerte que, agrega, “...*se aparta al ofensor de la herencia de su causante*” (Aguilar Llanos, Derecho de Sucesiones, 2011)

En efecto, coincidimos con esta postura, en tanto que, nos encontramos frente a una relación causa-efecto que vincula a la comisión de alguna conducta tipificada en el artículo 667, del Código Civil, con la exclusión de la sucesión. Sin embargo, podemos agregar, se considera también que al tratar el citado artículo un *numerus clausus* de conductas, limita al causante a valerse únicamente de las mismas para defender su patrimonio.

#### **2.2.1.1.3. Efectos Jurídicos de la indignidad.**

Tal como lo señala el artículo 667, del Código Civil, tras la declaración de indignidad, son excluidos de la sucesión de una persona, los herederos o legatarios que hayan incidido en alguna de las causales previstas en dicho artículo; tales como la comisión de algún delito doloso en contra del de *cujus* o sus herederos forzosos, interferir con la manifestación de voluntad expresada o a expresarse en el testamento del causante, no haber reconocido de manera voluntaria a su hijo o no haberle prestado alimentos al de *cujus*.

Nos dice Fernández Arce “*Es considerado como si nunca hubiera sido llamado como heredero o legatario... Su efecto es ex tunc. Pierde pues el título sucesorio*” (Fernández Arce, 2014); el declarado indigno queda obligado a restituir los bienes recibidos a la masa hereditaria, a reintegrar los frutos que hubiere obtenido y; de haberse efectuado la enajenación de bienes hereditarios, el tercero deberá comprobar la buena fe que medió tal adquisición bajo los parámetros establecidos en el artículo 665, del mismo cuerpo normativo; quedando, el declarado indigno, en la obligación de indemnizar por aquellos perjuicios que hubiere generado con su accionar.

No obstante, debemos recordar que, como lo establece el artículo 670, del Código Civil, la indignidad es de carácter personal; de tal manera que los derechos sucesorios que el declarado indigno pierda son asumidos por sus descendientes, por representación sucesoria y; a falta de estos, su cuota hereditaria pasará a otros coherederos con iguales derechos, por derecho de acreencia.

Por lo expuesto, entendemos que, si bien cabe la posibilidad que el testador decida excluir a uno de sus herederos forzosos del goce y disfrute de sus bienes y derechos tras su deceso, esto no se aplica en su totalidad puesto que, de manera fraudulenta, estos pueden ser gozados por el indigno a través de sus representantes sucesorios.

### **2.3. Regulación de la Legítima en el Derecho Comparado.**

Se considera necesario hacer un análisis de legislaciones extranjeras para evaluar su regulación respecto al tratamiento de la legítima y, de esta manera, una posible modificación a la norma que actualmente rige en nuestro país. Para ello, tomaremos la normativa vigente en Costa Rica, México y Cuba, las cuales estudiaremos a continuación.

#### **2.3.1. Tratamiento de la Legítima en Latinoamérica.**

La legislación centroamericana busca salvaguardar derechos de aquellos familiares de orden directo e inmediato que, de alguna manera, se encuentren en estado de necesidad, sea por ser menores de edad o, por a pesar de ser mayores de edad, se encuentre incapacitados para trabajar y generar así una fuente de ingresos para su propia subsistencia.

Cuba, nos dice Aguilar Llanos, es uno de los grandes exponentes de la no regulación de la legítima en Centro América, pues la reformula y otorga carácter de “asistencial” mas no de “hereditario” como tal. *“... lo que nos conduce a señalar que el tema alimentario (derecho asistencial) está presente en los legitimarios, en tanto que van a ser beneficiarios de la legítima, aquellos que se encuentren en estado de necesidad.”* (Aguilar Llanos, Relaciones Familiares y Herencia , 2020)

Asimismo, demás países de la zona, como son Guatemala, Costa Rica, México, Nicaragua, Honduras, entre otros, han optado por legislar basándose en la misma postura; en tanto que, si bien no han regulado la institución de la legítima, protegen los derechos asistenciales o alimentarios de aquellos parientes directos del causante que se encuentren en estado de necesidad.

##### **2.3.1.1. En la Legislación Costa Rica.**

A diferencia del Código peruano, la legislación costarricense conceptúa la legítima como lo que nuestro sistema jurídico ha denominado sucesión intestada; tal como puede ser interpretado del Artículo 571, de su Código Civil, que expone *“Si una persona muriere sin disponer de sus bienes o dispusiere*

*sólo en parte, o si, habiendo dispuesto, el testamento caducare o fuere anulado entrará a la herencia sus herederos legítimos.”*

Asimismo, el Artículo 595, del mismo cuerpo normativo, deja a entrever la libertad que reviste al testador para disponer sobre la totalidad de su patrimonio, en tanto que estipula *“El testador podrá disponer libremente de sus bienes...”*. Sin embargo, de igual manera que otros sistemas normativos, no ha desprotegido a los miembros más vulnerables de su familia, en tanto que, agrega, dicha libertad absoluta se encuentra supeditada a que *“... deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo...”*. Además, dicha norma ha considerado dentro del grupo de familiares vulnerables a los ascendientes en primer grado y cónyuge supérstite del causante, siempre y cuando estos se encuentren imposibilitados de valerse por sí mismos; en consecuencia, dispone que el testador *“... deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten.”*

Evidentemente nos encontramos ante una realidad totalmente distinta a la peruana. Una realidad donde si bien se busca proteger a los indefensos, también está dotada de justicia para con el generador de un patrimonio, facultándolo a decidir el destino de los bienes adquiridos en vida, pero sin exonerarlo de las obligaciones alimentarias como padre, cónyuge o hijo; de tal suerte que *“... si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos.”*

Tal como se ha señalado en líneas anteriores, la protección del sistema costarricense es meramente alimentista; es decir, busca brindar a los familiares en primer grado y al cónyuge supérstite la manutención que requieran para subsistir; y, consecuentemente, tal como lo señala la norma, *“Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos.”*; liberando el testador de la obligación de destinar su patrimonio a los alimentos de sus herederos y brindándole la posibilidad de disponer de la manera que considere conveniente del mismo.

#### **2.3.1.2. En la Legislación Mexicana.**

Haciendo un pequeño paralelo entre el tratamiento que le dan las legislaciones mexicana y peruana a la legítima, encontramos la existencia de una diferencia nominal respecto de la misma.

Esto se refleja en lo postulado por el artículo 1283, del Código Civil mexicano, el cual establece que *“El testador puede disponer de todo o parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.”* Cabe resaltar que, al señalar *“los preceptos de la sucesión legítima”* los legisladores mexicanos hicieron referencia a lo que, en nuestro país, es conocido como sucesión intestada, mas no la parte intangible de la herencia destinada exclusivamente a los herederos forzosos.

En este sentido, y siguiendo la corriente popular entre los países centroamericanos, el Código Civil mexicano no regula la institución de la legítima como lo hacemos en nuestra legislación. Sin embargo, aún encontramos la presencia activa del rol proteccionista del estado para con los familiares del causante que se encuentren en la necesidad de percibir alimentos por parte del mismo. En efecto, nos dice Benjamín Aguilar, *“este código civil no regula la legítima como un derecho de los llamados herederos forzosos, a participar necesariamente de una parte del patrimonio del causante, empero protege el derecho alimentario de los parientes del causante...”* (Aguilar Llanos, Relaciones Familiares y Herencia , 2020) De tal suerte que, dicho cuerpo normativo ha dedicado un capítulo completo a detallar cuáles son los deberes del testador respecto de los alimentos de sus descendientes menores de edad y descendientes mayores de edad, cónyuge supérstite, ascendientes o hermanos, siempre y cuando, cualquiera de ellos se encuentre incapacitado para poder trabajar y valerse por sus propios medios.

De lo expuesto, podemos rescatar que el sistema mexicano realiza un enfoque con mayor realismo y precisión referente a las necesidades de causante, brindándole la posibilidad de hacer uso pleno de su voluntad al momento de disponer sobre su patrimonio; sin embargo, no lo libera de los deberes de prestar alimentos a sus familiares en primer grado de parentesco ni a su cónyuge supérstite, en caso aquellos se encuentren en estado de necesidad. Este sistema jurídico refleja la postura que sostiene la presente la presente tesis, lo que nos lleva a confirmar que podría ser replicada en el sistema de sucesiones testamentarias peruano.

#### **2.3.1.3. En la Legislación Cubana.**

A diferencia de las legislaciones previamente estudiadas, la legislación cubana ha regulado de manera más precisa la protección de los familiares en primer grado de consanguinidad y cónyuge supérstite. Es así que, en el artículo 492.1,

de su Código Civil, estipula que *“la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos.”*

De tal enunciado podemos extraer dos ideas igual de importantes: la primera, referida a la precisión sobre el porcentaje de la herencia destinado a los llamados “herederos especialmente protegidos”, porcentaje que es considerablemente inferior a la establecida por nuestro Código Civil; y, la segunda, es el planteamiento de una institución jurídica distinta a la legislada en el Perú, denominada “herederos especialmente protegidos” que, hace referencia a aquellos ascendientes, descendientes y cónyuge que se encuentren en un estado de necesidad que requiera de la protección del difunto.

A efectos de conceptualizar el término jurídico “herederos especialmente protegidos”, el artículo 493, del Código Civil cubano, delimita tal institución a aquellos ascendientes, descendientes y cónyuge superviviente que dependan económicamente del causante; de tal suerte que, expone *“son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; b) el cónyuge sobreviviente; y c) los ascendientes.* Asimismo, agrega *“Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.”* Entendemos, pues, nos encontramos ante una triple condicional: Ser pariente de primer grado de consanguinidad ascendente o descendente o cónyuge sobreviviente del testador; la imposibilidad de los mismos para trabajar y; la dependencia económica de aquellos para con el causante.

En consecuencia, podemos inferir que este sistema normativo encuentra un equilibrio entre la autonomía de la voluntad del testador para poder decidir sobre sus bienes y derechos, sin dejar de velar por los más indefensos del grupo familiar; puesto que si bien han dispuesto la mitad de la herencia para los mismos parientes que establece nuestra legislación, Cuba ha priorizado la libertad del generador del patrimonio, delimitando la institución jurídica de “heredero forzosos” a “herederos especialmente protegidos”.

#### **2.4. Apreciaciones, Críticas y Conclusiones del Capítulo.**

Después de haber estudiado las instituciones legítima y herederos forzosos, podemos afirmar que la legítima esta comprende una área bastante amplia, siendo que esta debería limitarse netamente a quienes en realidad respondan al término “forzoso” debido a su natural y evidente estado de necesidad; es por ello que se pretende proponer que esta institución solo debe darse para aquellos que sean menores de edad

o mayores de edad que se encuentren en estado de indefensión, de la manera en que se estudiará en el próximo capítulo de la presente investigación.

Asimismo, en el presente capítulo, se arribó a la conclusión que las causales de privación de la legítima no bastan para hacer valer la autonomía de la voluntad del testador en su totalidad, debiendo variarse por un sistema de causales *numerus apertus*, en donde el testador pueda castigar una conducta realizada por su heredero forzoso a pesar que esta no se encuentre tipificada pues, a fin de cuentas, estamos hablando del patrimonio construido por este y, solo a él debería corresponderle la decisión del destino de sus bienes después de su muerte.

En efecto, la porción de libre disponibilidad es el único espacio que posee el testador para poder ejercer libremente su voluntad, en tanto que se encuentra limitado de sobremanera con la legítima, siendo que esta debe ampliarse y ajustarse a los términos de una variación en la determinación de los herederos forzosos.

Finalmente, es importante resaltar que, gracias a los alcances de la legislación comparada, podemos visualizar el prospecto de una posible propuesta normativa, que involucre la delimitación de la institución jurídica de herederos forzosos únicamente a aquellos que se encuentren imposibilitados para trabajar y dependan económicamente del causante.

## **Sub Capítulo V:**

### **Propuesta de modificación artículos del Código Civil peruano**

#### **1. Propuesta Legislativa.**

**Proyecto de Ley que propone modificar el artículo 724, del Código Civil, para establecer como herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante.**

Los congresistas del Grupo Parlamentario (...) que suscriben, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el artículo 107, de la Constitución Política del Perú y concordante con los artículos 22, inciso c), 75, y 76, del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente Proyecto de Ley: El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

## **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 724, DEL CÓDIGO CIVIL, PARA LA DETERMINACIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS:**

**Artículo 1°.** Modificación del artículo 724, del Código Civil, que establece como herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. Modifíquese el artículo 724, del Código Civil, para pretender; establecer como herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante.

Con la respectiva modificación normativa, el referido dispositivo legal quedará de la siguiente manera:

**"Artículo 724. – Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante".**

### **Exposición de motivos:**

El presente proyecto de ley y su fundamentación es una iniciativa de la Bachiller en Derecho, Claudia Arcaya Vásquez, quien, tras haber analizado la normativa vigente en nuestro país, así como el escenario de los ordenamientos jurídicos comparados y, la doctrina en la materia; considera de necesaria la evaluación la institución jurídica de herederos forzosos, reformulándola en el extremo de establecer como requisito *sine qua non* que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión para ser considerados como tales.

En ese sentido, ante la realidad expuesta se hace necesario que a través de una ley se logre lo siguiente: i) Modificar el artículo 724, del Código Civil, para reducir el grupo de quienes conforman la institución jurídica de herederos forzosos; con la finalidad que el testador pueda hacer uso de la autonomía de su voluntad para disponer libremente de sus bienes y derechos, siempre que no se encuentren desprotegidos sus herederos forzosos. Los congresistas que suscribimos hacemos nuestra dicha iniciativa a fin de que sea discutida en el Fuero del Congreso y se convierta eventualmente en una ley de la República. El cual tendría el siguiente texto normativo:

#### **I. Objetivo.**

El presente proyecto de ley pretende la modificación del artículo 724, del Código Civil, para **establecer como herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso,**

**el integrante sobreviviente de la unión de hecho; siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante,** toda vez que faculta al testador de hacer uso de la autonomía de su voluntad para disponer de sus bienes y derechos, sin dejar desamparados a sus herederos cuando verdaderamente ostenten el calificativo de “forzosos”.

## **II. Antecedentes.**

La normatividad del Estado peruano, desde su rol proteccionista de la familia, ha dispuesto en el artículo 723, del Código Civil, que la legítima constituye una parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Sin embargo, se considera que este vulnera el principio constitucional de Autonomía de la Voluntad, reconocido por el artículo segundo, numeral 24, literal a), de la Constitución Política del Perú de 1993, que señala que: *“Toda persona tiene derecho... a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe...”*.

Por lo tanto, con la modificación del artículo 724, del Código Civil, se busca obtener un equilibrio entre la continuación de la protección de los miembros del grupo familiar que se encuentren en estado de necesidad y ampliar el campo de acción del testador para permitirle disponer de sus bienes y derechos.

## **III. Problemática.**

La problemática actual consiste en que, de manera proteccionista el legislador ha postulado el artículo 723, del Código Civil, la intangibilidad de una parte de la herencia de un individuo, reservándola de manera exclusiva en favor de sus herederos forzosos.

Sin embargo, se considera que dicha postulación contraviene lo dispuesto por el artículo 2, numeral 24, literal a), de la Constitución Política del Perú, que establece el principio de Autonomía de la Voluntad de las personas; puesto que limita la disposición de los bienes y derechos del causante a fin de ser otorgados a sus herederos forzosos cuando este haya fallecido.

## **IV. Conclusiones.**

Es necesaria la modificación del artículo 724, del Código Civil, incluyendo como requisito *sine qua non* el “estado de necesidad o indefensión y dependencia exclusiva del causante por parte de los herederos forzosos”.

De esta manera, se estaría logrando un punto de equilibrio entre la continuación a la protección de los miembros del grupo familiar del causante que se

encuentren verdaderamente en la necesidad de ser protegidos y, al mismo tiempo, se le otorgaría mayores facultades al causante para poder disponer de su patrimonio.

**V. Análisis costo-beneficio.**

La modificación del ámbito de protección del artículo 724, del Código Civil, no genera de forma directa algún costo o pérdida económica para el presupuesto nacional o el causante, pero sí, en quienes actualmente conocemos como herederos forzosos.

En efecto, la reducción del círculo de los llamados a heredar bajo el título de “herederos forzosos” se verá reducido notablemente, al considerar solo a aquellos hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, cónyuge o, en su defecto, integrante sobreviviente de la unión de hecho; siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante. Por este motivo, los parientes excluidos con la modificación de la institución de herederos forzosos, dejarían de contar, si en algún momento lo hicieron, con parte del patrimonio del causante.

Por otro lado, al enfocarnos en los beneficios, el causante se ve beneficiado al poder disponer libremente de los bienes que adquirió en vida, pudiendo proteger con la integridad de los mismos, a un tercero o a un mismo pariente que requiera mayor protección que otro.

Es necesario acotar que los cambios que se producirán en la normativa, serán únicamente limitando la institución de herederos forzosos a la postulación de la presente propuesta legislativa.

**VI. Efectos de la norma en la legislación vigente.**

La iniciativa legislativa propuesta permitirá otorgar mayores facultades al causante frente a sus herederos forzosos; de tal suerte que este pueda hacer uso de la autonomía de su voluntad para disponer abiertamente de sus bienes y derechos siempre y cuando no tenga herederos que dependan económicamente de su persona.

<b>TEXTO VIGENTE</b>	<b>TEXTO PROPUESTO</b>
Artículo 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.”	"Artículo 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho;

	<p><u>siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante”.</u></p>
--	---

### **2.3. Marco Conceptual.**

#### **2.3.1. Autonomía de la voluntad.**

“La autonomía de la voluntad es el derecho de querer jurídicamente, el derecho de poder por un acto de voluntad y bajo ciertas condiciones, crear una situación jurídica.” (Duguit, 2007)

#### **2.3.2. Legítima.**

“Constituye una parte de los bienes o una cuota de herencia a la que ciertos llamados tienen vocación garantizada por la ley” (Zanoni, 1976)

#### **2.3.3. Herederos Forzosos.**

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

#### **2.3.4. Testamento.**

*“único instrumento mediante el cual, se expresa de manera jurídicamente válida, esa voluntad de disponer de los bienes para después de su muerte.”* (Amado Ramírez, 2016)

## **CAPÍTULO III:**

### **MATERIAL, MÉTODO Y PROCEDIMIENTO**

#### **1. Material.**

##### **1.1. Materiales.**

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó la siguiente información bibliográfica y hemerográfica.

- a) Legislación Nacional: Código Civil y Constitución Política del Perú.
- b) Doctrina nacional y comparada.
- c) Derecho comparado: México, Costa Rica y Cuba.
- d) Revistas especializadas en Derecho.
- e) Información contenida en páginas web especializadas.

##### **1.2. Población y Muestra.**

Legislación referida al Derecho de Sucesiones Testamentarias y legislación nacional e internacional en la misma materia.

##### **1.3. Unidad de Análisis.**

La unidad de análisis es la Legislación referida al Derecho de Sucesiones Testamentarias y legislación nacional e internacional en la misma materia.

## **2. Método.**

### **2.1. Tipo de investigación.**

**2.1.1. De acuerdo al fin que se persigue.** Básica.

**2.1.2. De acuerdo a la técnica de contrastación.** Descriptiva-explicativa.

### **2.2. Diseño de investigación.**

Será descriptivo-explicativo; en donde el **esquema** es el siguiente:



Donde:

C = Será la variable independiente    y    E = Será la variable dependiente

C = El artículo 723, del Código Civil, que regula la legítima.

E = El principio de autonomía de la voluntad de las personas.

### **2.3. Variables y Operativización de variables.**

#### **2.3.1. Variables.**

**2.3.1.1. Variable independiente.** El artículo 723, del Código Civil, que regula la legítima.

**2.3.1.2. Variable dependiente.** El principio de autonomía de la voluntad de las personas.

### **2.4. Técnica e instrumentos de recolección de datos.**

#### **2.4.1. Técnicas.**

**2.4.1.1. Análisis bibliográfico.** Fue utilizado para recabar información doctrinaria, acerca del principio de autonomía de la voluntad e instituciones jurídicas de legítima, herederos forzosos y sus implicancias.

**2.4.1.2. Guía de Observación.** Fue empleado con la finalidad de reconocer los datos relevantes para la presente investigación.

#### **2.4.2. Instrumentos.**

**2.4.2.1. Formulario de entrevista.** Fue utilizado para conocer la perspectiva de los distintos especialistas en materia de Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia.

**2.4.2.2. Protocolo de Análisis.** Se empleó con la finalidad de poder realizar un análisis documental de la información obtenida a partir de las entrevistas realizadas.

## **2.5. Procedimiento.**

**2.5.1. Paso 1.** Se recopiló información en bibliotecas físicas y virtuales.

**2.5.2. Paso 2.** Se clasificó información obtenida de acuerdo a las categorías y subcategorías.

**2.5.3. Paso 3.** Respecto de la información captada, haciendo uso de la técnica de entrevista; una vez elaborado dicho instrumento, mediante Google Forms, se solicitó la gestión del mismo con especialistas en Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia.

**2.5.4. Paso 4.** Se procesó e interpretó, en su conjunto, toda la información obtenida para plasmar los resultados.

**2.5.5. Paso 5.** Se elaboró un análisis de la información obtenida.

**2.5.6. Paso 6.** Se elaboró un informe final para concluir la tesis.

## **2.6. Procesamiento y análisis de datos.**

### **2.6.1. Métodos lógicos.**

**2.6.1.1. Método deductivo.** En el presente trabajo de investigación se empleó este método para extraer los elementos particulares que caracterizan a la legítima y la autonomía de la voluntad.

**2.6.1.2. Método inductivo.** Se aplicó este método para llegar a conclusiones generales a partir del análisis exhaustivo de la jurisprudencia y la doctrina sobre la legítima y la autonomía de la voluntad.

### **2.6.2. Métodos jurídicos.**

**2.6.2.1. Método dogmático.** Empleando este método, se analizaron diversos aportes doctrinarios que explican la afectación que causa la obligatoriedad de la legítima frente a autonomía de la voluntad del testador.

**2.6.2.2. Método hermenéutico.** Para el presente trabajo de investigación, se empleó este método para interpretar los

artículos 723, del Código Civil y; el numeral 16, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú.

**2.6.2.3.Método comparativo:** Se utilizó este método para conocer las diversas realidades de los ordenamientos jurídicos de Cuba, Costa Rica y México, con la finalidad de contrastar la información que se extraída de ellas con la legislación nacional.

## **CAPÍTULO IV:**

### **RESULTADOS**

#### **1. Resultados y análisis estadísticos de entrevistas realizadas:**

Con motivo de conocer la opinión especializada de abogados pertenecientes al Colegio de Abogados de La Libertad y jueces de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, respecto a la posición que adoptan frente a las instituciones jurídicas de Legítima y Herederos Forzosos; se realizó una entrevista a tres abogados especializados en materia civil y a un Juez en la cual, se les solicitó también, su opinión respecto a la propuesta de modificación normativa planteada en la presente investigación.

Realizadas las entrevistas, mediante la plataforma digital Google Forms, y analizados los resultados de las mismas, se procederá a detallar y explicar cada una de las preguntas realizadas para que, posteriormente, se consignen los resultados estadísticos, mediante gráficos estadísticos.

##### **1.1. Análisis de las entrevistas realizadas:**

La primera pregunta de la entrevista realizada a abogados pertenecientes al Colegio de Abogados de La Libertad y juez de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, fue orientada a conocer su posición respecto a la institución jurídica de la Legítima en nuestro país, conforme a lo prescrito en el artículo 723, del Código Civil. Al respecto, se obtuvo como resultado que el 75% de los entrevistados no se encuentra de acuerdo con dicho precepto debido a que, tal como se ha establecido en el presente estudio, se considera que está deficientemente regulada y que limita la voluntad del testador para disponer de sus bienes y derechos.

En este orden de ideas, se cuestionó seguidamente, si se considera que la autonomía de la voluntad del testador se ve limitada con la institución de la legítima. Se encontró que un 50% de los entrevistados niega esa posibilidad en tanto que, alegan; ningún derecho es absoluto y; en realidad la legítima no viene a ser una prohibición del testador, sino más bien, una porción destinada al heredero forzoso que solamente prevalecerá sobre la voluntad de disposición por parte del testador si este se excediese. Posición que es válida, y no deja de darnos la razón pues, al replantear a institución de herederos forzosos, tal como se ha propuesto anteriormente, el causante no tendría libertad absoluta pero sí alcanzaría una más justa al momento de disponer de sus bienes y; sus parientes,

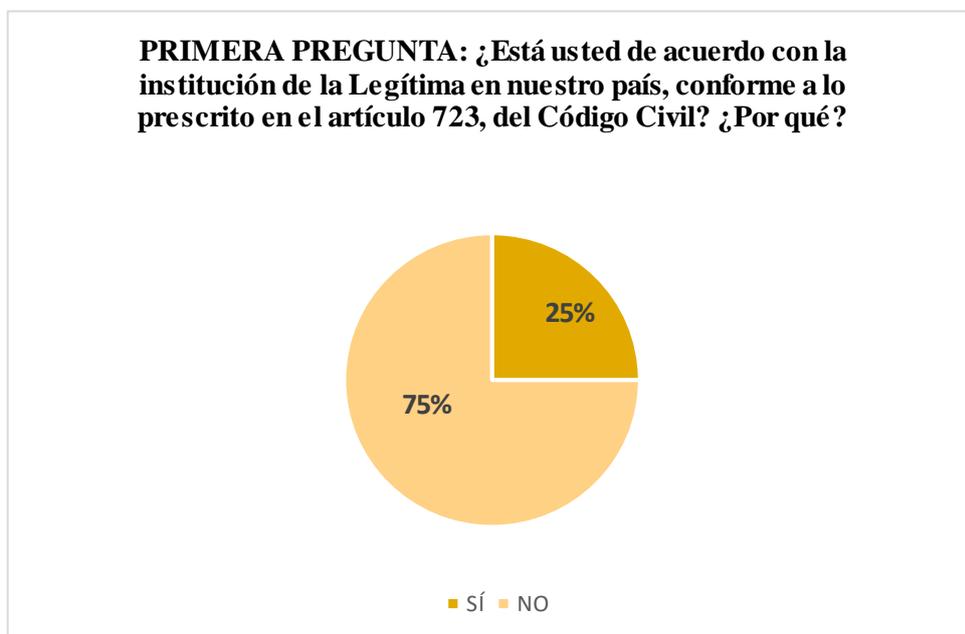
podrían acceder a la legítima en caso de ser considerados como herederos forzosos.

Consecuentemente, en la tercera pregunta se buscó conocer si los entrevistados consideran que la institución jurídica de los herederos forzosos incluye a parientes que no necesariamente deben beneficiarse de la herencia del causante. Al tal caso, es prudente resaltar que el 25% de ellos consideró que no todos los herederos tienen las mismas necesidades y, por lo tanto, la herencia debería ser dividida en función a las necesidades y no a la calidad de heredero.

Finalmente, se indagó si los entrevistados estarían de acuerdo con la modificación normativa del artículo 724, del Código Civil, respecto de la institución de los herederos forzosos, de tal manera que estos designen únicamente a aquellos ascendientes, descendientes y cónyuge o integrante de la unión de hecho, que realmente, se encuentre en estado de necesidad o indefensión. Al respecto, el 25% de ellos señaló su conformidad con la misma, manifestando que, justamente, la herencia debe ser dividida en función a las necesidades particulares de los herederos, si existiesen.

## 1.2. Resultados y análisis estadísticos:

A continuación, se exponen los resultados reflejados en gráficos estadísticos de cada una de las preguntas realizadas a los entrevistados:



**Fuente:** Entrevista realizada por la investigadora entre los meses de abril y junio de 2021.

Sí

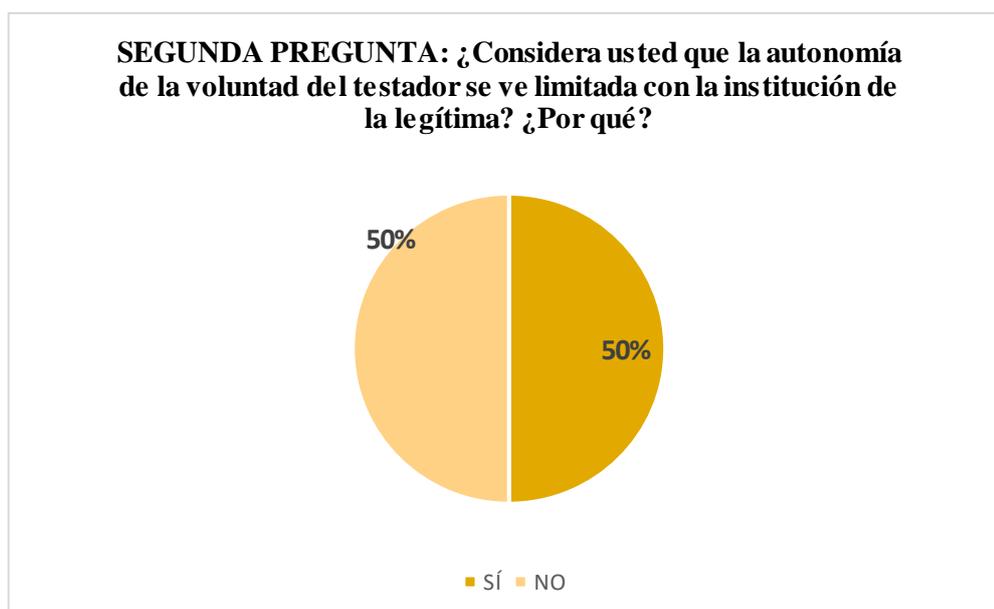
Porque:

A) Si bien en materia sucesoria rige el principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, se debe tener presente que todos los derechos tienen límites y restricciones y la legítima es una restricción válida que persigue proteger la masa patrimonial y evitar que sea dilapidada, aún contra la voluntad del testador.

**No**

Porque:

- A) Limita la facultad de disponer del testador.
- B) Está deficientemente regulada y puede generar equívocos en su noción y aplicación. En estricto sentido, la legítima no siempre es parte del conjunto universal que el causante transmite. No siempre tiene que ser a título de herencia, pues la ley permite que se pueda satisfacer a título diferente del de heredero, y no necesariamente incluidos en la herencia que el causante dejó al fallecer.
- C) Dicho artículo prescribe una limitación a la libre disposición del patrimonio de una persona que cuenta con herederos forzosos, impidiendo que, en vida, pueda manifestar libremente su voluntad de elegir el destino de sus bienes.



**Fuente:** Entrevista realizada por la investigadora entre los meses de abril y junio de 2021.

**Sí**

Porque:

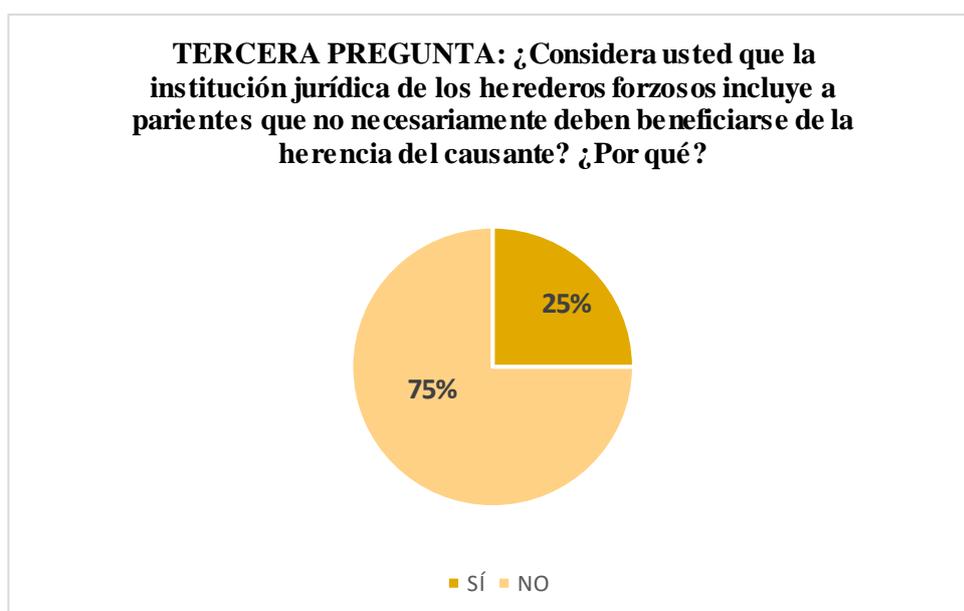
- A) El Código Civil impone limitaciones a las disposiciones que el testador puede hacer respecto de los bienes que forman parte de su patrimonio.

B) Se le obliga a dejar parte de su patrimonio a sus herederos forzosos, aun cuando no quisiera hacerlo por diversos factores (distintos a las causales para desheredar).

**No**

Porque:

- A) La legítima no viene a ser una prohibición al testador de disponer de sus bienes a través de su autonomía privada; sino, una porción o porcentaje destinado en beneficio del futuro heredero forzoso, que solamente prevalecerá sobre la voluntad de disposición por parte del testador, si éste se excediese.
- B) Ningún derecho es absoluto. En tal escenario considero que la legítima es una limitación válida a la autonomía de la voluntad, que tiene su sustento además en la protección del interés familiar y la protección de la familia como institución natural y fundamental de la sociedad.



**Fuente:** Entrevista realizada por la investigadora entre los meses de abril y junio de 2021.

**Sí**

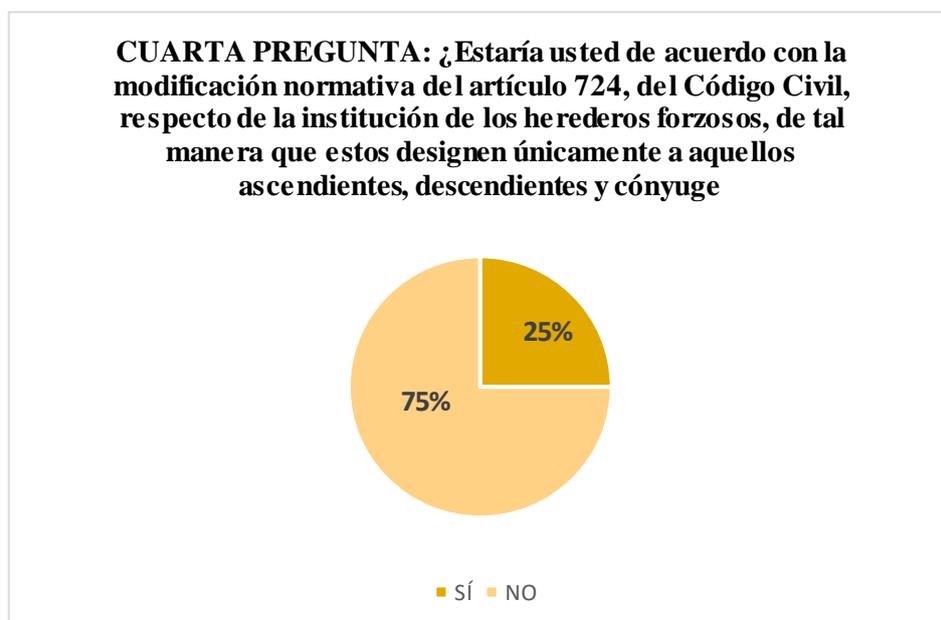
Porque:

- A) La relación de cada familia es particular, incluso las necesidades de cada heredero. No todos tienen las mismas necesidades y consecuencia la herencia debería ser dividida en función a las necesidades y no a la calidad de heredero.

**No**

Porque:

- A) Se debe tener en cuenta el principio del interés familiar. Además, la masa hereditaria es un patrimonio que por lo general se forma con la participación de la familia directa y por lo tanto ello justifica que la misma tenga derecho a la herencia que les corresponda.
- B) Está justificado que los herederos sean los hijos y demás descendientes en ese orden excluyendo los más próximos a los más cercanos en primer orden (con quien concurre el o la cónyuge/conviviente sobreviviente) y; a falta de descendiente, los padres u otros ascendientes (conjuntamente con el cónyuge o conviviente sobreviviente). Luego, a falta de descendientes y ascendiente, heredará universalmente el cónyuge o conviviente sobreviviente.
- C) Las personas consideradas como herederos forzosos sí son personas que, eventualmente, deberían beneficiarse con la herencia del causante, ello a razón de que, por un lado, en cuanto a los descendientes y cónyuge o concubino, forman parte de la familia nuclear constituida por el causante y, a fin de no dejarlos en desamparo es que deberían tener la calidad de herederos forzosos. En cuanto a los ascendientes (concretamente, los padres o abuelos), son las personas que velaron por el bienestar del causante desde su nacimiento, contribuyendo (indirectamente) al patrimonio adquirido, por lo que también estoy de acuerdo en que se incluyan a los ascendientes en calidad de herederos forzosos.



**Fuente:** Entrevista realizada por la investigadora entre los meses de abril y junio de 2021.

**Sí**

Porque:

- A) La herencia debe ser dividida en función a las necesidades particulares de los herederos, si existiesen.

**No**

Porque:

- A) El identificar a un heredero forzoso como tal, solo por su estado de necesidad o indefensión, implicaría una exclusión y desigualdades entre los ascendientes, descendientes y cónyuge o concubino que también tienen derechos hereditarios. Vale decir que, frente a todo, debe primar la voluntad del testador, en el entendido que la manifestación de dicha voluntad debe ser realizada libremente, sin injerencia de agente externo que distorsione su voluntad.
- B) Paradójicamente lograría un efecto contrario al deseado.
- C) Ello podría generar situaciones de desigualdad. El sólo alegar estado de necesidad para justificar su exclusión me parece subjetivo y podría generar un abuso del derecho y situaciones de arbitrariedad.

## CONCLUSIONES.

**PRIMERA:** De la presente investigación se concluye que los límites a la autonomía de la voluntad no se trasgreden con la libre disposición de los bienes y derechos del testador puesto que, al ser un patrimonio bajo su titularidad, es él quien está facultado para ejercer la autonomía de su voluntad para decidir con quién desea compartirlos tras su muerte, partiendo claro, del contexto en que tal testador carezca de cargas o deudas que afecten dicha legítima.

**SEGUNDA:** Después de haber estudiado la naturaleza jurídica de la Legítima, podemos concluir en que esta es arduamente debatida; sin embargo, nuestro sistema le concede el derecho a recibirla únicamente a aquellos que tengan la condición de herederos y; siendo que las causales de privación de la legítima no bastan para hacer valer la autonomía de la voluntad del testador en su totalidad, se debe variar por un sistema donde el testador continúe gozando de la libertad de disposición inherente al derecho a la propiedad; sin evadir sus obligaciones de prestar alimentos que sirvan de subsistencia de parientes que se encuentren en estado de necesidad o de indefensión, como bien vendrían a ser menores de edad o mayores de edad que se encuentren incapacitados para realizar algún tipo de trabajo; pues, a fin de cuentas, estamos hablando del patrimonio construido por el causante y, solo a él debería corresponderle la decisión del destino de sus bienes después de su muerte.

**TERCERA:** Al haber analizado la legislación en materia de sucesiones de países como México, Costa Rica y Cuba, se concluye que, gracias a sus alcances, podemos vislumbrar el prospecto de una propuesta normativa, que involucre la delimitación de la institución jurídica de herederos forzosos exclusivamente a aquellos parientes ascendientes o descendientes y cónyuge o integrante de la unión de hecho superviviente, que se encuentren imposibilitados para trabajar y dependan económicamente del causante; tal como se señaló anteriormente.

**CUARTA:** Se propone como fórmula normativa modificar el artículo 724, del Código Civil, para instituir como herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; siempre que estos se encuentren en estado de necesidad o indefensión y dependan exclusivamente del causante.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Aguilar Llanos, B. (2011). *Derecho de Sucesiones*. Lima : Ediciones Legales.
- Aguilar Llanos, B. (2020). *Relaciones Familiares y Herencia* . Lima: Instituto Pacífico .
- Alferillo, P. E. (S/A). *La "Mala Fe" en Argentina y Perú. Doctrina, 187-214.*
- Amado Ramírez, E. (2016). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Arce y Cervantes, J. (2011). *Derecho de las Sucesiones. Tercera Edición*. México: Editorial Porrúa.
- Arias , J. (1950). *Derecho Sucesorio. Segunda Edición* . Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Limitada.
- Borda, G. A. (1980). *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones I. Quinta Edición* . Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Brugi, B. (1946). *Instituciones del Derecho Civil, Trad. de Jaime Somo Bomfarull*. México: Uteha.
- De Castro, F. (1932). *La Acción Pauliana y la Responsabilidad Patrimonial*. *Revista de Derecho Privado*, S.N.
- Domínguez Benavente, R., & Domínguez Águila, R. (1990). *Derecho Sucesorio. Tomos I y II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Duguit, L. (2007). *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. México: Ediciones Coyoacán.
- Espín Cánovas, D. (1964). *Manual de Derecho Civil Español. Volumen V. Segunda Edición*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- EXP. N.º 047–2004–AI/TC, EXP. N.º 047–2004–AI/TC (Tribunal Constitucional 24 de abril de 2006).
- FernándezArce, C. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero, A. (2001). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L.
- Ferrero, A. (2002). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Hinostroza Minguéz, A. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Lima: IDEMSA.

- Lanatta Guilhem, R. E. (1921). El derecho de sucesiones en el Código Civil peruano de de 1936. Estudios Críticos. Lima: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*
- León Barandiarán, J. (S.A.). Acto Jurídico. Lima: Librería Jurídica.*
- Lustgarden, L., & Leigh, I. (1994). In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy. Oxford University Press, 26.*
- Mateluna Silva, C. E. (2016). De la Autonomía de la Voluntad como Fuente del Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: ¿Mito o Realidad? Santiago: Universidad de Chile.*
- Méndez Costa, M. (1977). Régimen Sucesorio de los Bienes Gananciales. Buenos Aires: Editorial Ediar.*
- Ovsejevich, L. (1964). Legítima. En OMEBA, Enciclopedia Jurídica OMEBA (págs. 42-132). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. Obtenido de Enciclopedia Jurídica OMEBA.*
- Palacio Pimentel, H. (1987). Manual de Derecho Civil. Tomo II, Volumen 2, Segunda Edición . Lima: Huallaga E.I.R.L.*
- Pérez Luño, A.-E. (2000). La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia. Boletín de la Facultad d Derecho, 25-38.*
- Rámirez Fuertes, R. (1988). Sucesiones. Segunda Edición . Bogotá: Editorial Temis.*
- Ramos Lorenzo, M. (2009). Derecho de Sucesión .*
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (11 de marzo de 2021). Diccionario de la lengua española. Obtenido de 23.ª ed., [versión 23.4 en línea].: <https://dle.rae.es/diccionario?formList=form&w=moral#>*
- Rébora , J. (1952). Derecho de las Sucesiones. Tomos Primero y Segundo. Segunda Edición . Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.*
- Romero Montes, F. (2013). Acto Jurídico. Lima: Grigley.*
- Rothfuss, T. B. (2015). EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO. TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego.*
- San Vicente Parada, A. (25 de 09 de 2013). Guía de Estudio: Teoría del Acto Jurídico. Obtenido de [http://cesmdfa.tffa.gob.mx/investigaciones/pdf/r20\\_trabajo-6.pdf](http://cesmdfa.tffa.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf)*

*Valencia Zea, A. (1984). Derecho Civil. Tomo VI. Sexta Edición. Bogotá: Editorial Temis Librería .*

*Valleta Ediciones . (S.A.). Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Valleta Ediciones.*

*Vidal Ramírez, F. (2005). El Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica.*

*Vidal Ramírez, F. (2013). El Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica.*

*Von Savigny, K. (1878). Sistema del Derecho Romano, Tomo II, Libro III. . Madrid: Traducción de M. Ch Guenoux, F. Góngora y Compañía Ediotores .*

*Zannoni, E. (1976). Derecho de las Sucesiones. Volúmenes 1 Y 2, Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma .*

*Zanoni, E. (1976). Derecho de las Sucesiones, Volumen 1, Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.*