



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**LIBERTAD DE TESTAR: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON  
DERECHO A HEREDAR**

**PRESENTADA POR**

**MONICA CAROLINA RIVERA MAGUIÑA**

**ASESORA**

**ROSALÍA MIRELLA MEJÍA ROSASCO**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN DERECHO**

**LIMA – PERÚ**

**2019**



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

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

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



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO**

**LIBERTAD DE TESTAR: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON  
DERECHO A HEREDAR**

**TESIS PARA OPTAR  
EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN DERECHO**

**PRESENTADA POR:**

**MG. MONICA CAROLINA RIVERA MAGUIÑA**

**ASESORA:**

**DRA. ROSALÍA MIRELLA MEJÍA ROSASCO**

**LIMA, PERÚ**

**2019**

**LIBERTAD DE TESTAR: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON  
DERECHO A HEREDAR**

## **AGRADECIMIENTO**

Como profesionales, a lo largo de la vida nos trazamos objetivos que solo podemos conseguir con la comprensión y el apoyo de la familia, por ello agradezco a mis seres queridos por su acompañamiento en este proceso de formación académica que me ha permitido ampliar conocimientos para volcarlos en la cátedra universitaria.

## ÍNDICE GENERAL

LIBERTAD DE TESTAR: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON DERECHO A HEREDAR .....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	viii
INTRODUCCIÓN.....	ix
RESUMEN .....	xiv
ABSTRACT.....	xv
CAPÍTULO I: EL SISTEMA LEGITIMARIO PERUANO .....	1
1.1    Orígenes de la legítima en el derecho romano .....	1
1.2    El régimen sucesoral peruano antes de la codificación .....	4
1.3    Tratamiento de la legítima en los códigos civiles de 1852 y 1936 ....	9
1.4    El sistema legitimario en el Código Civil de 1984 y sus modificaciones muy lejanas hacia una mayor libertad de testar.....	16
1.5    Críticas al sistema de legitimario actual.....	26
CAPÍTULO II: LA LIBERTAD DE TESTAR .....	32
2.1    La legítima como modo de restricción a la autonomía de la voluntad 32	
2.2    La libertad de testar y el derecho a la herencia .....	35
2.3    Nuevos paradigmas hacia una eventual reforma de la legítima .....	39

2.3.1	Incremento de los divorcios.....	39
2.3.2	Desmembramiento de la familia tradicional y los nuevos grupos familiares.....	46
2.3.3	Incremento de la esperanza de vida .....	49
2.4	Libertad de testar como principio fundamental del derecho de sucesiones.....	51
CAPÍTULO III: LA ÉTICA DEL BIEN COMÚN Y SU RELACIÓN CON LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE, FUNDAMENTACIÓN DESDE DIVERSAS CORRIENTES FILOSÓFICAS.....		
		54
3.1	La norma y coacción de la libertad por imperio de la ley .....	54
3.2	Legítima y libertad .....	59
3.2.1	Críticas al sistema de legítima desde la ética .....	59
3.2.2	Salvedades a esta propuesta.....	63
3.2.3	¿Estamos ante una figura anquilosada en el tiempo?.....	73
3.3	Libre disposición patrimonial y prohibiciones legales, libre albedrío y norma, un enfoque utilitarista. ....	74
3.4	El legítimo interés: derecho adquirido o sobreprotección legal.....	79
3.5	La legítima como recompensa moral, ¿sirve para premiar? .....	82
3.6	La legítima: ¿es el bienestar general el único fin?.....	86
3.7	Calidades de legitimarios en relación con el patrimonio del causante	

3.8 El bien común en sociedad como elemento filosófico de la voluntad del causante, una aproximación desde el perfeccionismo y el iusnaturalismo.

92

3.81 Perfeccionismo ..... 92

3.82. Iusnaturalismo ..... 98

CAPÍTULO IV: EL TRÁNSITO DE UNA SUCESIÓN FORZOSA A UNA  
MAYOR LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO COMPARADO..... 104

4.1 Francia..... 104

4.2 Italia ..... 107

4.3 País Vasco..... 109

4.4 Cataluña ..... 111

4.5 Galicia..... 113

4.6 Navarra..... 115

4.7 Aragón ..... 116

4.8 Cuba ..... 118

4.9 Argentina ..... 123

CAPÍTULO V: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON DERECHO A  
HEREDAR ..... 126

5.1 La legítima de los descendientes ante la actual realidad del concepto  
de solidaridad familiar..... 126

5.2 La legítima como limitación excepcional a la libertad de testar .... 131

5.3	Los menores de edad y personas con discapacidad como límites de la libertad para disponer .....	133
5.4	Limitación de la legítima sin vulnerar la Constitución Política de 1993 136	
5.5	Análisis del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la justificación del tratamiento .....	140
5.5.1.	Idoneidad.....	142
5.5.2	Necesidad .....	143
5.5.3	Proporcionalidad en sentido estricto.....	145
5.6	Propuesta de reforma de la regulación de la legítima en la legislación nacional .....	146
	CONCLUSIONES .....	150
	FUENTES DE INFORMACIÓN .....	155
	Referencias bibliográficas.....	155
	Tesis	157
	Referencias hemerográficas.....	157
	Referencias electrónicas .....	160

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos durante los años 2015-2019 en el Perú.....	21
Gráfico 2: Relación porcentual de la inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos durante los años 2015-2019 en el Perú .....	21
Gráfico 3: Inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Lima durante los años 2015-2019 en el Perú.....	24
Gráfico 4: Matrimonios y divorcios registrados durante los años 2011-2016 en el Perú .....	43
Gráfico 5: Representación porcentual de divorcios respecto al total de matrimonios del 2011 al 2016 en el Perú (%) .....	43

## INTRODUCCIÓN

La libertad de testar y su limitación mediante el sistema forzoso de la legítima no ha sido un tema pacífico en la doctrina peruana ni en la extranjera. Claro está que la institución de la legítima tanto en las legislaciones extranjeras como en la nuestra, apoyada sobre el principio de solidaridad intergeneracional, ha respondido a un poderoso sentimiento de justicia con el fin de garantizar la subsistencia de los parientes más próximos y evitar la posibilidad de que el causante discrimine a sus potenciales herederos dando lugar a abusos y situaciones adversas que desencadenen pleitos familiares. Tal es así, que se establece que el Estado debe tutelar el derecho de determinados parientes (haya o no vínculos afectivos) a recibir una porción en los bienes del causante como forma de proteger o dar consistencia a la familia.

Sin embargo, los testadores se llevan gran sorpresa o les cuesta comprender por qué su patrimonio, que progresivamente han cultivado con esfuerzo, está sometido a fuertes limitaciones, aun cuando esta rigidez beneficie a sus parientes más cercanos. Si bien, con la regulación de la

legítima se buscó proteger a los familiares del causante, no obstante, debemos reconocer que este concepto fue entendido desde el punto de vista de la familia tradicional nuclear, donde las relaciones eran mucho más estrechas, conformada alrededor de la figura del pater familias.

Al ser la familia un instituto natural sujeta a los nuevos contextos sociales, en las últimas décadas este concepto ha evolucionado, gestándose familias con estructuras distintas a la familia tradicional nuclear, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias ensambladas, que surgen como consecuencia de un segundo matrimonio o compromiso y que cada vez tienen mayor peso en nuestra sociedad. Asimismo, la justificación de proteger a los hijos por la poca esperanza de vida de su causante hoy en día tampoco se justifica en una sociedad en que la esperanza de vida de la población se ha incrementado notablemente desde la codificación civil.

Según el de Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) la esperanza de vida de población peruana aumentó en 15 años en las últimas cuatro décadas, proyectándose que los peruanos y las peruanas vivirán, en promedio, 74,6 años (72,0 años los hombres y 77,3 las mujeres). Con estos datos debilita el condicionamiento a la facultad de disposición del causante sustentado en las necesidades de subsistencia y formación de los hijos, toda vez que los legitimarios de un testador de 75 años tendrán cerca de 50 años, encontrándose en la mejor edad productiva con una situación económica y social ya consolidada.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que las circunstancias económicas sociales vigentes al tiempo de la codificación civil no son las mismas; con el presente trabajo de investigación se busca fortalecer la voluntad del causante como fuente de vocación sucesoria, cuando solo concurren a la herencia los descendientes, proponiendo para ello reformar el derecho sucesorio de los mismos, considerando solo como herederos forzosos a los hijos y demás descendientes menores de edad y a los hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentren en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual.

De esta manera se abre la posibilidad de que el causante pueda decidir libremente a quien dejar su patrimonio sin tener que estar obligado a reservar parte de este a sus hijos que no se encuentren en estado de dependencia como consecuencia de la edad o discapacidad, pudiendo incluso beneficiar a los hijos de su nueva pareja, que de acuerdo a la regulación actual de la legítima solo los podría favorecerlos con un tercio de su patrimonio; con ello se resaltará el valor de la generosidad que se ha visto opacada por la imperatividad de la norma.

Es en este sentido, nuestra investigación constituye una reflexión sobre la institución de las legítimas y se articula sobre la siguiente estructura: en el primer capítulo, se desarrolla los antecedentes históricos de la institución legítima, desde su origen en el derecho romano, su tratamiento antes de la codificación civil y su evolución hasta la regulación actual; en el segundo capítulo se analiza la problemática del debilitamiento de la función

social de la legítima en las últimas décadas, en el que la realidad y necesidades actuales superan a la norma jurídica, exigiendo un cambio legislativo en el libro de Derecho de Sucesiones, en lo relativo a la legítima de los descendientes.

En el tercer capítulo se explica, desde la corriente filosófica del utilitarismo, perfeccionismo y iusnaturalismo sobre el bien común generado por la correcta aplicación de la normativa legal, específicamente sobre lo dispuesto por nuestro ordenamiento respecto a la figura de la legítima, considerando criterios morales e identificando algunas de las consecuencias causadas por el uso estricto de la norma, todo ello encaminado a lograr un mayor equilibrio entre legalidad y justicia; en el cuarto capítulo se estudia el derecho comparado, poniendo énfasis en las recientes reformas normativas que, con la finalidad de adecuar la institución de la legítima a los cambios y necesidades sociales, introducen novedades legislativas a favor de la libertad de testar.

Finalmente, en el quinto capítulo, después del análisis del principio de solidaridad interfamiliar en armonía con el derecho a la libertad, se propone la reforma de la regulación de la legítima en la legislación nacional, reduciendo las personas con derecho a heredar. La propuesta está referida exclusivamente al derecho sucesorio de los descendientes, quienes solo en casos excepcionales deberán ser considerados herederos forzosos. Por tanto, el parentesco, por sí solo, no será suficiente fundamento ético para adquirir tal condición, sino que, en atención a la función social de la legítima,

deberán además coincidir especiales situaciones de necesidades derivadas de la edad (minoría de edad) o discapacidad que coloque al descendiente en una situación de dependencia y no pueda autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual.

## **RESUMEN**

El derecho sucesorio peruano, bajo el principio de solidaridad intergeneracional, ha protegido a los descendientes del causante, otorgándoles la condición de herederos forzosos sin exclusión alguna, ello debido a las circunstancias económicas y sociales imperantes al momento de la codificación civil que justificaban tal protección. Pero, los fundamentos que sirvieron para restringir la libertad para disponer mortis causa se han visto superados por la transformación social de nuestra sociedad en las últimas décadas, de forma que el aumento de la esperanza de vida ha dado lugar a que se herede a los padres cuando se ha cumplido los 50 o 60 años de edad, siendo que el hijo se encuentre en mejores condiciones económicas que el padre o no estándolo, cuenta con las herramientas suficientes para valerse por sí mismo. Por lo tanto, resulta necesario reflexionar sobre el alcance de protección de la legítima para evitar que el Estado todavía hoy siga reservando parte del patrimonio a los hijos que no se encuentren en estado de necesidad como consecuencia de la edad o discapacidad.

## **ABSTRACT**

The Peruvian inheritance law, under the principle of intergenerational solidarity, has protected the descendants of the deceased, granting them the status of forced heirs without any exclusion, due to the prevailing economic and social circumstances at the time of the civil codification that justified such protection. But, the foundations that served to restrict the freedom to dispose of mortis causa have been overcome by the social transformation of our society in recent decades, so that the increase in life expectancy has led to the inheritance of parents when the 50 or 60 years of age has been completed, when the child is in better economic conditions than the father or not, he has enough tools to stand on his own. Therefore, it is necessary to reflect on the scope of protection of the legitimate to avoid that the State still continues to reserve part of the patrimony to children who are not in a state of need as a result of age or disability.

## **CAPÍTULO I: EL SISTEMA LEGITIMARIO PERUANO**

### **1.1 Orígenes de la legítima en el derecho romano**

Inicialmente el derecho romano consagró la libertad de testar como un modo absoluto de disposición de bienes. Así lo establecía la Ley de las XII Tablas, fundado en el *ius testamenti factio*<sup>1</sup>, por lo que el testador podía disponer del 100% de su patrimonio propio como quisiese. Posteriormente a fines de la república esta facultad omnímoda sufrió una limitación formal en beneficio de los herederos legítimos omitidos o desheredados sin causa justa, incluso aquellos que recibían una minúscula porción hereditaria en comparación con otros herederos forzosos, obligándose al testador a

---

<sup>1</sup> Es la aptitud para otorgar testamento conocida como *testamenti factio* «activa, que en un primer momento fue la única que se reconoció. Años más tarde se extendió a todos los que participaban en el testamento, surgiendo así la *testamenti factio* «passiva, entendida como la capacidad para ser heredero, legatario, testigo o tutor testamentario.

nominar en su testamento a sus descendientes (sui heredes) que desheredaba por causa justa o instituía como herederos.

Esta limitación tiene como consecuencia por un lado la pérdida del testador de su ilimitada libertad para designar heredero y por otro la pérdida de la libre disposición de su patrimonio. El fundamento no necesariamente se basó en el privilegio de la familia sobre los bienes de su causante, sino en consideraciones de piedad (*officium pietatis*), garantizándose a los parientes más próximos al fallecido una equitativa y justa participación en sus bienes, así como mantener el patrimonio dentro de la familia conservando la unidad y dignidad familiar como producto de una nueva conciencia social fundada en el afecto y valoración de la familia de sangre. (Polo, 2013)

En lo que respecta a la cuantía, en un primer momento era una facultad discrecional del Tribunal a la hora de apreciar si lo recibido era suficiente según las circunstancias del caso enjuiciado, pero después la práctica judicial fijó como suficiente un cuarto de los bienes que el heredero recibiría si sucediese abintestato, hasta que posteriormente, sobre la base de las Novelas 18 y 115, Justiniano la fijó en función del número de hijos que dejaba el testador. Tal es así que la *pars debita* ascendía a un tercio de la herencia si el testador tenía hasta cuatro hijos y a la mitad si tenía más de cuatro. (Bernad, 2015)

La novela 115 complementaria a la 18, restringe la libertad de disposición, prohibiendo que en el testamento se omita, desherede o

instituya a un heredero en escasa porción a un familiar directo, por considerar que el testador que dejaba injustificadamente de lado a su hijo no se encontraba en su sano juicio viéndose afectada su capacidad. Por lo tanto, de presentarse dicha situación el perjudicado podía impugnar el testamento ante el Tribunal de los Centuviros mediante la acción llamada “*querella de inoficiosidad*” (*querella inofficiosi testamenti*) a fin de ser reconocido en su derecho logrando la nulidad total o parcial del testamento.

Para lograr la nulidad del testamento en el extremo de la institución de heredero y la apertura de *la sucesión ab intestato*, el querellante tenía que demostrar ser heredero ab intestado del difunto con grado de legítimo o forzoso, la ausencia de causal legítima de desheredación consignada por el testador y no tener a su alcance otro medio legal para lograr hacer valer su derecho. Este remedio procesal posteriormente se extiende a las donaciones excesivas apareciendo una nueva acción llamada “*acción de inoficiosidad de las donaciones*” (*querella inoffisiosae donationis*) que permite a los herederos atacar los actos de liberalidad inter vivos que afectan su derecho por inoficiosos.

Por tanto, en el derecho romano surge la legítima, al establecerse que necesariamente una parte de los bienes del causante irían a parar a sus parientes más próximos. Al ser el derecho peruano receptor del derecho romano esta institución se incorporó desde un primer momento en nuestro Código Civil manteniéndose casi inalterable no obstante que los hechos que justificaron su regulación hoy en día se han visto superados por las nuevas

condiciones sociales y económicas que ameritan una reflexión de la institución.

## **1.2 El régimen sucesoral peruano antes de la codificación**

En la época pre incaica debido a la escasez de fuentes de información, es difícil el análisis del régimen sucesorio que existió en el Perú. Sin embargo, de los estudios aportados por los cronistas de aquel entonces, Cristóbal de Castro y Diego de Ortega Morejón, así como de la investigación académica del Dr. Raúl Villagaray Hurtado,<sup>2</sup> se evidencia la recepción de la sucesión testamentaria, especialmente en la cultura chincha, por la cual el causante instituía heredero a cualquiera de sus hijos, sin tener necesariamente que elegir al primogénito sino al más apto según su criterio. El elegido heredaba la totalidad de los bienes con la obligación de proteger a los demás descendientes.

En caso el testador no tuviera hijos, podía instituir a algunos de sus hermanos o hermanas, o en su defecto a otra persona, pero no a su cónyuge, porque no le asistía el derecho a heredarlo. El destino de la cónyuge era: o quedar sometida a la tutela del heredero o regresar a su ayllu de origen. La razón por la cual no se le reconoció el derecho a la herencia obedeció a evitar la confusión del patrimonio de los diferentes ayllus.

---

<sup>2</sup> Tesis universitaria "Evolución del Derecho Sucesorio en la Legislación Civil peruana" UNMSM, Lima 1965.

Cabe resaltar que el otorgamiento del testamento estaba acompañado de una ceremonia ritual llamado “La challa” <sup>3</sup>en la que el testador hacía una amonestación a su heredero a fin de que conserve la herencia que le deja, pronunciando palabras en aymara que traducidas al español dicen “No se debe vender los bienes heredados pues quien lo hiciera andará después desposeído, de tierra en tierra, de pueblo en pueblo”

Ya en el imperio de los incas, el profesor Jorge Basadre refiriéndose a la transmisión del patrimonio, diferenció tres formas de régimen sucesorio: La sucesión de las gentes del pueblo, de los Curacas y de los Incas.

En lo relativo a la sucesión de las gentes del pueblo, el hombre común tenía muy poco a título de propietario debido a que el sistema comunitario de los ayllus no le permitió la propiedad privada de la tierra sino sólo el usufructo, situación que limitó su herencia. “Su patrimonio estaba reducido a su vivienda, a sus cosechas y a su ganado, bienes que eran materia de la transmisión sucesoria, mientras sus herramientas, armas y adornos eran enterrados con el cadáver” (Lanatta, 1969, p.132).

El acto jurídico empleado para la transmisión del patrimonio fue el testamento no escrito ni formal sino verbal, a falta de ello, los bienes pasaban a los hijos que heredaban en primer rango y en segundo rango los hermanos.

---

<sup>3</sup> Ceremonia que consistía en sacrificar a un auquénido y derramar su sangre en la tierra. Esta práctica aún subsiste en algunos lugares del Perú y Bolivia.

Acerca de la sucesión de los curacas, al igual que en la época preincaica, en la institución de heredero se aplica el criterio selectivo de la mayor aptitud de alguno de los hijos. Del mismo modo como en el régimen sucesorio de las gentes del pueblo se empleó el testamento verbal ante la presencia de sus parientes y otras personas de importancia.

En cuanto a la sucesión de los incas era un caso especial, porque lo que se transmitía a la muerte de un Inca no era su patrimonio sino el poder y el mando en favor de uno de los hijos legítimos, esto es a los tenidos en la colla. Su patrimonio era destinado a su culto personal, mientras que sus armas, prendas personales y objetos valiosos eran enterrados junto a él, toda vez que el nuevo Inca no recibía ni usaba nada que hubiera sido de su antecesor. (Lanatta, 1969).

En cuanto a la formalidad del otorgamiento del testamento, el mismo que seguía siendo verbal, se acostumbraba que el testador reúna a sus parientes y altos jefes militares para expresar ante ellos su última voluntad, cumpliendo estos personajes una doble función: por un lado, testigos testamentarios y por otro el de albaceas, porque fallecido el testador tenían que hacer cumplir la voluntad de cuya expresión habían sido testigos.

En la época virreynal, rigió el Derecho Sucesorio español, no obstante, dada las circunstancias sociales, económicas y geográficas, los Reyes de España tuvieron que dictar normas jurídicas para reglamentar situaciones desconocidas, surgiendo así el Derecho Indiano que entre otras

cosas reguló la sucesión en los cacicazgos, la libertad de los indios al momento de otorgar su testamento y la sucesión de las encomiendas.

El proceso de sucesión en los cacicazgos. A diferencia de la época incaica, con la que guardaba los mismos lineamientos, la institución testamentaria del heredero se llevaba a cabo con la intervención de los encomenderos, los mismos que se veían beneficiados con ello. Buscando dar solución al impase se dictaron varias Reales Cédulas que perseguían que la institución de los cacicazgos estuviera comprendida entre las leyes y buenas costumbres que tenía los indios para su buen gobierno.

Se mantenía la preferencia del varón sobre la mujer aun cuando ésta fuera de grado más próximo. Sin embargo, debemos indicar que este orden sucesorio no fue absoluto, según estudios de los cronistas como de las Casas, Molina y Lizárraga había algunos lugares del territorio peruano en que se permitió a la mujer suceder en los bienes y también en el cacicazgo.

Con el afán de evitar que terceras personas cohibieran la libertad de testar de los indios o captar su voluntad, en el año 1580 por Real Cédula se ordenó que los indios tuvieran plena libertad en sus disposiciones testamentarias. En lo que respecta a la sucesión de las encomiendas, al inicio del virreinato no era transmisible a título de herencia, años más tarde el Rey Carlos V dispuso<sup>4</sup> que cuando muriera un encomendero se transmitiera la encomienda a alguno de sus hijos legítimos y en defecto de éstos heredaba la viuda.

---

<sup>4</sup> Mediante Real Provisión de fecha 26 de mayo de 1536.

Proclamada la independencia del Perú e iniciada la República hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1852 se desarrollaron interesantes trabajos de codificación civil como: *El Reglamento Provisional de Huaura*<sup>5</sup> que permitió la vigencia del régimen sucesorio español en los primeros tiempos de la República; *La Comisión de 1825*, implementada por el General Simón Bolívar bajo la presidencia del doctor Manuel Lorenzo Vidaurre con el propósito de encargar la formulación de los proyectos de los códigos pendientes, pero no logró su cometido; *El Proyecto de Vidaurre*<sup>6</sup> que constituye el primer trabajo de codificación en la República, compuesto de tres partes, de las cuales la tercera y última trató todo lo que correspondía a las últimas voluntades; *El Código de Santa Cruz*<sup>7</sup> para el Estado Nor-Peruano, que reconoció una forma testamentaria para los indígenas; *El Proyecto del Código Civil de 1852* que en materia sucesoria fijó la legítima en cuatro quintos si había descendientes y dos tercios si no existiendo éstos el causante dejaba ascendientes.

“La sucesión legal de los parientes colaterales se extendía hasta el sexto grado de consanguinidad, a falta de éstos sucedía el cónyuge sobreviviente y en su defecto el Fisco” (Lanatta, 1969, p.142). Todos estos intentos de codificación sirvieron de fuente para la elaboración del proyecto definitivo que fue aprobado el 23 de diciembre de 1851, ordenándose la promulgación el 28 de julio de 1852 y entrando el nuevo Código Civil en vigencia desde el día siguiente de esta.

---

<sup>5</sup> Promulgado por el General San Martín el 12 de febrero de 1821.

<sup>6</sup> Fue revisado por una Comisión compuesta por los doctores Manuel Tellería, Nicolás Aranibar Francisco Javier Mariátegui, Ignacio Ortiz de Zevallos, Justo Figueroa y Manuel Pérez de Tudela, sin haber llegado a ser reformado ni aprobado.

<sup>7</sup> Promulgado por Decreto del 1° de noviembre de 1836 y que comenzó a regir el 1° de enero de 1837.

### **1.3 Tratamiento de la legítima en los códigos civiles de 1852 y 1936**

El primer Código Civil peruano restringe la facultad de disposición por testamento a través de la institución de la legítima; en caso el testador ejerciera la facultad de mejora sólo podía disponer del tercio y para los legados del quinto, quedando expresamente establecido que en ningún caso podía ejercer a la vez ambas facultades. Con respecto a los derechos sucesorios de los hijos, no reconoció este derecho a los hijos ilegítimos, excepto los hijos naturales reconocidos, a los que les concedía el quinto cuando concurrían con los hijos legítimos y la mitad cuando a falta de éstos concurrían con los ascendientes del causante. El derecho sucesorio del cónyuge fue siempre postergado, solamente podía heredar en caso se configure la sucesión legal colocado entre el cuarto o quinto grado, esto es después de los primos hermanos del causante.

Sin embargo, en determinadas situaciones, aunque con diferenciación, reconoció al cónyuge supérstite un derecho sucesorio especial, la cuarta conyugal, pero severamente condicionado a que se encuentre en una situación de imposibilidad de subsistencia. En tal sentido, así se haya otorgado testamento, para exigir este derecho la viuda tenía que demostrar carencia de lo necesario para subsistir mientras que el viudo a más de carecer de lo necesario para vivir, tenía que demostrar que estaba inválido o habitualmente enfermo, o en una edad mayor de sesenta años.

Por su parte el Código Civil de 1936 en su Título segundo trató a la legítima no estableciendo directamente la porción que ésta comprende sino señalando cuál es el porcentaje de libre disposición. La legítima estaba reservada para los hijos y demás descendientes, incluyéndose los adoptivos y sus descendientes legítimos, así como también al cónyuge y a los padres.

Este Código reconoce igual participación en la legítima a los hijos legítimos y a los hijos adoptivos, y también la extiende al cónyuge, pero con ciertas restricciones cuando concurría con los hijos, artículo 704: “La legítima del cónyuge es una cuota igual al que correspondiera como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota y esta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores”.

El código no dio un tratamiento diferenciado ambos derechos del cónyuge supérstite, por el contrario los confundió haciendo depender el uno del otro para su reconocimiento. Sólo se le permitió hacer primero suyos los gananciales y luego tomar parte de su cuota hereditaria cuando heredaba en concurrencia con los padres o hermanos del causante. La confusión de estos dos derechos fue superada con la entrada en vigencia del actual Código Civil en el que se precisó “la independencia de dos derechos diferentes, por un lado, el conyugal derivado de la sociedad de gananciales y el legitimario, propio del derecho de sucesiones” (Lohmann, 2003, p.304).

En el artículo 730 se hace referencia a la legítima del cónyuge supérstite, dejándose claro que se trata de dos derechos diferentes, uno es

por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de los bienes sociales y el otro es el derecho que le asiste por su condición de heredero forzoso. En consecuencia, hoy en día si los gananciales son menos o más no tiene relevancia en relación al derecho sucesorio conyugal y la legítima, salvo en los casos de los supuestos regulados en los artículos 731 y 732 referidos al derecho de habitación vitalicia y derecho de usufructo del cónyuge sobreviviente.

Si bien el fundamento que llevó a regular la legítima en ambos cuerpos civiles como freno a la libertad dispositiva del causante cuando tiene herederos forzosos, fue la solidaridad y protección familiar, entendido también por el maestro Lanatta como los deberes y obligaciones que provienen de la relación familiar debido a la naturaleza del parentesco consanguíneo o por el vínculo familiar; sin embargo esta justificación fue materia de discusión por varios siglos por quienes sostenían, como Benjamín Lama y otros partidarios de la herencia libre que la imposición de la legítima necesariamente implicaba medir y tratar a todos los herederos con igual criterio y que en determinadas situaciones no se podía tratar a todos los herederos por igual. Lama concluye en su tesis<sup>8</sup> luego de hacer un análisis histórico del derecho de propiedad, que el derecho de testar libremente es una manifestación del derecho de propiedad.

En esa línea de pensamiento en que la herencia libre daría lugar a que los peruanos ya no se confíen en la seguridad de recibir una herencia, sino que generen su riqueza con su fuerza de trabajo, se elaboraron

---

<sup>8</sup> ¿Hay o no absoluta libertad de testar? sostenida el 19 de diciembre de 1982.

diversas tesis como la de Manuel Hernández en 1902, cuya tesis fue redactada bajo el nombre “Libertad de testar”, Porfirio Martínez La Rosa “Restitución a la libertad de testar” en 1903, Julio Castañeda Mejía “La libertad de testar” en 1905, Fuentes de Aragón “Herencia Libre” en 1906, todas ellas con una fuerte ideología individualista de Stuart Mill.

No obstante, en 1903 Marco A. García Arrese buscando un justo equilibrio entre la razón y el Derecho, sustenta la tesis de doctor “El régimen de la herencia libre” en la que analiza las dos escuelas antagónicas que se disputan el predominio de la sucesión hereditaria, la que sostiene la libertad absoluta del derecho de testar y la que sostiene que ese derecho debe ejercitarse observando el sistema forzoso de las legítimas, ambas doctrinas a juicio del autor completamente extremistas. (Ramos, 2006).

Por un lado, consideraba que “el régimen que ordena transmitir toda o casi toda la fortuna a los hijos contribuye a mantener una educación viciosa de la raza humana” (Ramos, 2006, p. 538), incita al ocio y a la dejadez de desarrollar aptitudes personales que puedan responder más tarde de su porvenir, confiados en que van a ser respaldados eternamente por un patrimonio que por cosas del destino puede desaparecer. Por otro lado, con un espíritu moralista resalta las bondades del sistema forzado de legítimas, como freno a los padres sin escrúpulos que dejan en la miseria a sus hijos, entregándose a las pasiones y a los vínculos ilegales, correspondiendo al Estado como protector de la unidad y conservación la institución familiar amparar la legítima.

Con su tesis buscó armonizar ambas escuelas, proponiendo, inspirado en el derecho natural, un sistema de herencia libre con modificaciones. Señaló que la herencia forzosa sólo se debía mantener en el caso de que el testador tuviese hijos menores de edad en la época del fallecimiento, oponiéndose tajantemente a que se limite la libertad de disposición cuando tuviera hijos mayores de edad. A su criterio lo más justo y conveniente era que el individuo, tras apreciar diversas circunstancias, tuviera amplia libertad para distribuir los bienes con arreglo a las necesidades de cada uno de sus hijos. Se cuestionaba por qué los padres tenían que dejar igual cantidad de bienes a todos los hijos, cuando en la familia podía haber un hijo rico y otro pobre, un sano y otro enfermo, un menor y un mayor o un hijo varón y una mujer.

Trato de entender la postura de Arrese que buscaba regular un sistema equilibrado entre la herencia libre y la herencia forzosa, permitiéndose la ampliación de la masa de libre disposición sin que ello implique la supresión total de la porción indisponible. Sin embargo, no comparto la diferenciación que hace entre un hijo varón y una mujer para ser beneficiados con la legítima, diferente situación es la de un hijo pobre y un rico, sano y enfermo o incluso un menor y un mayor, en los que sí se puede cuestionar la intangibilidad de la legítima, pero considero que el sexo de la persona no puede ser una condición para constituirse en un heredero forzoso. Pero teniendo en cuenta el año en que fue desarrollada la tesis, podría entenderse el criterio que llevó a establecer la diferenciación, ya que los derechos de las mujeres se encontraban en proceso de reconocimiento paulatino.

Otro trabajo importante que comparte la idea de que un sistema absoluto no era conveniente ni se acomodaba a la tradición legislativa del país es el del arequipeño Máximo Villarreal Mendoza “La herencia libre en el Perú, un medio de resurgimiento nacional” desarrollado en 1919, en el que se sostenía que la herencia libre como mecanismo poderoso de virtud cívica y social permite preparar a la niñez en la faena hermosa del trabajo cultivando herramientas para afrontar cualquier acontecimiento indeseable que arriesgue su subsistencia. Para el autor “la herencia forzada, cuyo arcaísmo impugna, proviene más de la historia que de una razón legal y que su incorporación al Código Civil se explica por un espíritu de imitación antes que por consideraciones filosóficas y morales” (Ramos, 2006, p.541).

Villarreal proponía la reforma al Código Civil porque tanto su aplicación como su vigencia no se ajustaban a la realidad social, toda vez que consideraba que el sistema legitimario resultaba apropiado no para una sociedad moderna sino para un ordenamiento feudal. Años más tarde, en 1934, cuando parecía que nadie más iba a cuestionar el sistema forzado de legítima incorporado en el Libro de Sucesiones del Código Civil de 1852, Guillermo Gonzales con el mismo título y las mismas ideas que Villareal insistió en la incorporación de la herencia libre fundando sus afirmaciones en la necesidad de apartarse del sistema absoluto de legítimas y buscar regular jurídicamente un sistema equilibrado que diese cabida a ambas posiciones.

Pero el trabajo que sitúa el problema en términos jurídicos, antes que filosóficos fue el de Héctor Cornejo Chávez en 1943, después de la entrada en vigencia del segundo Código Civil peruano que mantenía la figura del

heredero forzoso, tesis que título “La sucesión y el Derecho Sucesorio” planteando todo un estado de cuestión con rico contenido dogmático tomando partido, siempre bajo una perspectiva crítica, por un sistema conciliado. (Ramos, 2006). No obstante, la historia jurídica nos revela que las propuestas de contenido individualista cedieron frente a las propuestas de corte no liberal que justificaban la conservación de la herencia forzosa en la supuesta titularidad de la familia sobre el patrimonio.

Nótese también que la discusión sobre la flexibilidad del sistema forzoso de legítimas no sólo obedecía a concepciones puramente ideológicas, como bien lo sostiene el doctor Carlos Ramos (2006) quien señaló:

Las constantes referencias a la injusticia que encerraba el régimen sucesorio frente a los hijos ilegítimos nos hace pensar que, en el fondo, a través de la herencia libre se buscaba un rescoldo legal para que el testador paliase la desproporción de la masa hereditaria entre los hijos legítimos e ilegítimos<sup>9</sup>(p. 542).

Diferenciación discriminatoria a todas luces que se elimina en el Código Civil vigente reconociendo los mismos derechos a los hijos habido fuera o dentro del matrimonio e incluso al hijo adoptivo.

---

<sup>9</sup> Denominados así según hayan nacido estando o no casados sus padres casados, buscándose proteger la familia matrimonial. Recién en la Constitución peruana de 1979 establece la igualdad de los hijos reproducido por la Constitución de 1993.

#### **1.4 El sistema legitimario en el Código Civil de 1984 y sus modificaciones muy lejanas hacia una mayor libertad de testar**

La legítima como es visto, es una institución del derecho de sucesiones arraigada en nuestra legislación desde la primera regulación de la sucesión mortis causa, habiendo sufrido pocas modificaciones, como son el reconocimiento de la calidad de heredero forzoso al cónyuge supérstite y participación en igualdad de condiciones en la masa hereditaria con los demás sujetos que integran esta categoría, la igualdad de la cuota hereditaria de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, así como también, la modificación más reciente, el reconocimiento de los derechos sucesorios a los integrantes de la unión de hecho<sup>10</sup>, siempre que esta unión se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de los convivientes.

En este sentido el Código Civil vigente mantiene el sistema de legítimas como forma de regular la sucesión del patrimonio de las personas, tal es así que el artículo 723 prescribe que la legítima constituye parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos. Categoría dentro de los cuales se encuentran todos los hijos del futuro causante sin distinción alguna, los padres, el cónyuge y recientemente este derecho extendido al sobreviviente de la unión de

---

<sup>10</sup> Ley N° 30007, publicada el 17 abril 2013, que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y del artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

hecho<sup>11</sup>. Dejando a salvo el tercio de libre disposición y en algunos casos la mitad cuando sólo concurre a la herencia los padres o demás ascendientes.

Por imperio de la ley, la noción de legítima determina la porción intangible que el testador debe respetar al otorgar un testamento, el mismo que carecerá de valor jurídico si se desconoce a un heredero forzoso, salvo en los supuestos, en los que sea posible desheredar, rigiendo la figura de la representación, según el caso. El papel de la legítima reside en ser un límite que tiene el testador a la libertad de disposición de sus bienes, limitación que no guarda coherencia con la disposición inter vivos, lo lógico sería que las restricciones que se imponen a las disposiciones inter vivos se impongan también a las disposiciones mortis causa, como por ejemplo el derecho a los alimentos.

Es ostensible que la regulación de la legítima entra en conflicto con el ejercicio del derecho de propiedad, que si bien no es absoluto, pues la potestad del Estado de regular y limitar los derechos de los propietarios es en nuestros días indiscutible, pero en el caso de la legítima coacciona con la libertad del hombre de decidir el destino de su patrimonio que forjó, al fijar obligatoriamente la determinación de la masa hereditaria, la división y partición de los bienes que la integran, además de la identificación de los herederos.

Aquí nos preguntamos ¿Por qué imponer a las personas a quién o a quiénes tiene que dejar su patrimonio y no otorgarle en ejercicio de una de

---

<sup>11</sup> Previa declaración notarial o judicial e inscrita en el Registro Personal de los Registros Públicos, en donde se haya acreditado la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 326 del Código Civil, (por ejemplo, no tener estado civil de casado).

las facultades del derecho de propiedad la libertad de disponer de él a título de testamento? Acaso no siempre pensamos en buscar lo mejor para nuestros hijos y constantemente estamos velando por su bienestar, no será la inversión en conocimiento y formación la mejor riqueza que podemos los padres transmitir a nuestros hijos en vida.

Otro problema que se advierte paralelamente al sistema forzoso de legítima es la falta de costumbre en nuestro país de testar. Cuando se trata el tema del testamento, inmediatamente se escuchan frases conocidas como ¿estará enfermo?, ¿tienes mucha prisa por heredar?, ¡aún estoy muy joven para pensar en testamento! o ¿qué, tan viejo me veo? En el fondo estos cuestionamientos esconden las verdaderas causas por la cual un alto número de peruanos no dejan su testamento listo.

Según información disponible en el portal institucional de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), en el año 2015 solo se inscribieron en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp 3, 711 testamentos. Lima (consolidada con las cifras del Provincia Constitucional del Callao) lideró la inscripción de testamentos con 2,494, seguido por el departamento de Arequipa con 503 inscripciones. Luego se ubican Cusco (149), La Libertad (139), Ancash (72), Lambayeque (63), Piura (62), Cajamarca (45), Ica (30), Ayacucho (28), San Martín y Amazonas (23), Loreto (15), Puno (13), Apurímac (12), Junín (9), Moquegua, Huánuco y Madre Dios (7), Ucayali (4), Huancavelica (3), Pasco (2), Tacna (1) y en el departamento Tumbes no se registró ninguna inscripción.

En el año 2016 se nota un aumento de 1,572 inscripciones. En el mes de Enero se inscribieron 279 testamentos, en Febrero (322), Marzo (354), Abril (370), Mayo (286), Junio (312), Julio (308), Agosto (360), Setiembre (674), Octubre (690), Noviembre (673) y Diciembre (655), inscribiéndose en el citado Registro un total de 5,283 testamentos, lo que representó un incremento del 42.36% en relación al año 2015.

Lima continuó liderando la lista, aumentó en 982 sumando en total 3,476, seguido del departamento de Arequipa que también incrementó en 151 con un total de 654 inscripciones, mientras que Cusco se mantuvo en el tercer lugar con 205 inscripciones, lo que representó un aumento de 56 inscripciones. Por su parte, Tumbes que no registró inscripción de testamento en el año 2015, dejó el último lugar y pasó a ocupar el penúltimo con 4 inscripciones, el último lugar lo ocupó Pasco con 3 inscripciones.

En lo que respecta a los años 2017 y 2018 también se notó un incremento de la inscripción de testamentos, por ejemplo en el año 2017 en comparación con el año 2016 la inscripción aumentó en 1,356 sumando un total de 4,841, siendo Lima, Arequipa y Cusco los tres departamentos que continuaron respectivamente liderando la lista. Asimismo, en este año Pasco ya no ocupó el último lugar, en dicho departamento se inscribió 14 testamentos, el último lugar fue ocupado por el departamento de Madre de Dios en el cual solo se inscribió 3 testamentos.

En cuanto al año 2018, se inscribió 478 testamentos en relación con el año 2017 sumando en total 7,715 inscripciones, siendo los meses de

mayo y octubre en el que se otorgaron más testamentos a nivel nacional con un registro de 688y 701 respectivamente.

En el primer bimestre del presente año, se inscribieron en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp un total de 3,917 testamentos, cerrando a julio con 4,569 inscripciones, lo que representa un aumento a 558 inscripciones en relación al mes de julio del año 2018. Además, entre los meses de enero y febrero, la inscripción de testamentos en el citado Registro creció en quince departamentos respecto del primer bimestre del año 2018. El departamento que ha liderado ha sido Amazonas (59.74%), seguido de Moquegua (48.05%) y Huánuco (28.17%). Luego se ubican Huancavelica (19.61%), Tacna (18.04%), Loreto (13.90%), Ucayali (13.38%), Piura (12.18%), Madre de Dios (12%), San Martín (9.23%), Apurímac (8.13%), Ancash (5.38%), Junín (1.43%), Cusco (1.07%) y Puno (1.06%). Ver detalles en los gráficos N°1 y 2.

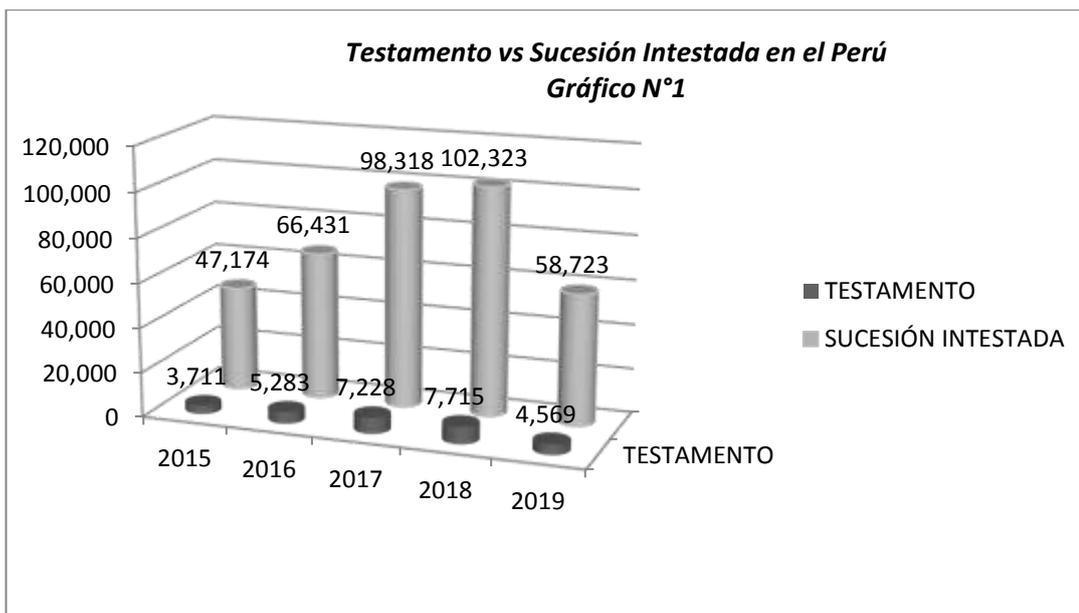


Gráfico 1: Inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos durante los años 2015-2019 en el Perú  
Elaboración propia

**Fuente de información: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp)**

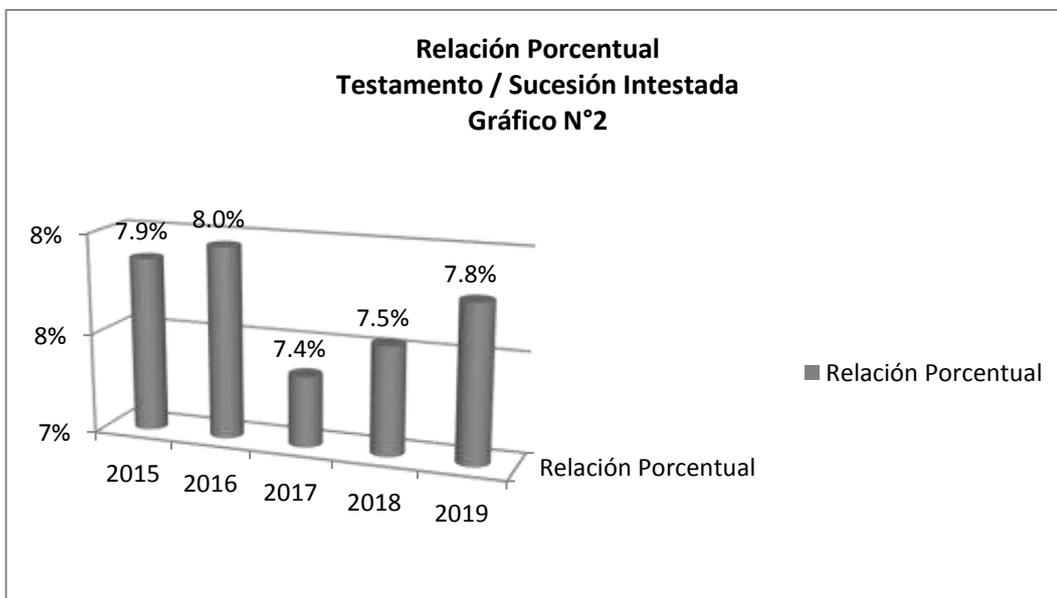


Gráfico 2: Relación porcentual de la inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos durante los años 2015-2019 en el Perú  
Elaboración propia

**Fuente de información: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp)**

Ahora bien, si estos datos lo contraponemos con el número de sucesiones intestadas inscritas en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp tenemos que la voluntad del causante no forma parte fundamental del derecho sucesorio, es la ley la que suple su voluntad en la mayoría de los casos como podemos apreciar según el análisis de los reportes por departamentos y periodos anuales que publica la mencionada institución. Así tenemos que en el año 2015 se inscribieron 47,174 sucesiones intestadas. Lima (consolidada con las cifras del Provincia Constitucional del Callao) lideró la inscripción con 19,076.

En el año 2016 la cifra aumentó considerablemente, solo en el primer semestre se inscribieron 24,185 sucesiones intestadas y en el segundo semestre se inscribieron casi el mismo número de sucesiones intestadas inscritas en el año 2015, en total se inscribieron 66,431. Lima se mantuvo ocupando el primer lugar, seguido de La Libertad (4,838) y Arequipa (4,444). En total, en relación con el año 2015, se inscribieron 19,257 sucesiones intestadas.

En el año 2017, lejos de disminuir el número de personas que mueren sin dejar ordenado su patrimonio, las sucesiones intestadas se multiplicaron llegando alcanzar la cifra de 98,318, más del doble en relación con el año 2015. Madre de Dios que fue el departamento que tenía menos sucesiones inscritas en el año 2015, aumentó considerablemente, de 98 (2015), a 175 (2016) a 322 (2017). Este incremento se mantiene acelerado para el año

2018, en el que se inscribieron un total 102,323 sucesiones intestadas, lo que representa un incremento de 4005.

Para lo que va del año, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) informó que entre Enero a Julio se han inscrito un total de 58,723 sucesiones intestadas. Además, en el primer semestre, la inscripción de sucesiones intestadas ha aumentado en dieciséis departamentos respecto del primer semestre del año 2018. Los departamentos que presentaron mayor crecimiento son Tacna (16.94%), Tumbes (14.80%) y Huancavelica (13.51%), seguido de Junín (9.72%), Huánuco (9.64%), San Martín (9.17%), Apurímac (7.91%) y Amazonas (7.87%). Luego les sigue Moquegua (7.09%), Cusco (6.44%), Ancash (6.43%), Loreto (5.80%), Madre de Dios (2.31%) Piura (1.59%), Puno (1.08%) y Lima (0.93%).

Como siempre Lima, al mes de julio, viene liderando la inscripción de sucesiones intestadas con 23,322. Luego se ubican Arequipa (41,38), La Libertad (4,007), Piura (3,095), Lambayeque (3,042), Junín (2,762), seguidos de Puno (2,540), Ica (2,468), Ancash (2,407), Cusco (2,092), Cajamarca (1,554), San Martín (1,070), Huánuco (952), Loreto (849), Tacna (844), Ayacucho (665), Apurímac (567), Ucayali (546), Pasco (380), Moquegua (366), Tumbes (330), Amazonas (315), Huancavelica (207) y Madre de Dios (205).

Como hemos visto en todos los años analizados, Lima es el departamento que ha liderado tanto la inscripción de testamentos como sucesiones intestadas, tal como lo podemos visualizar en el gráfico N°3.

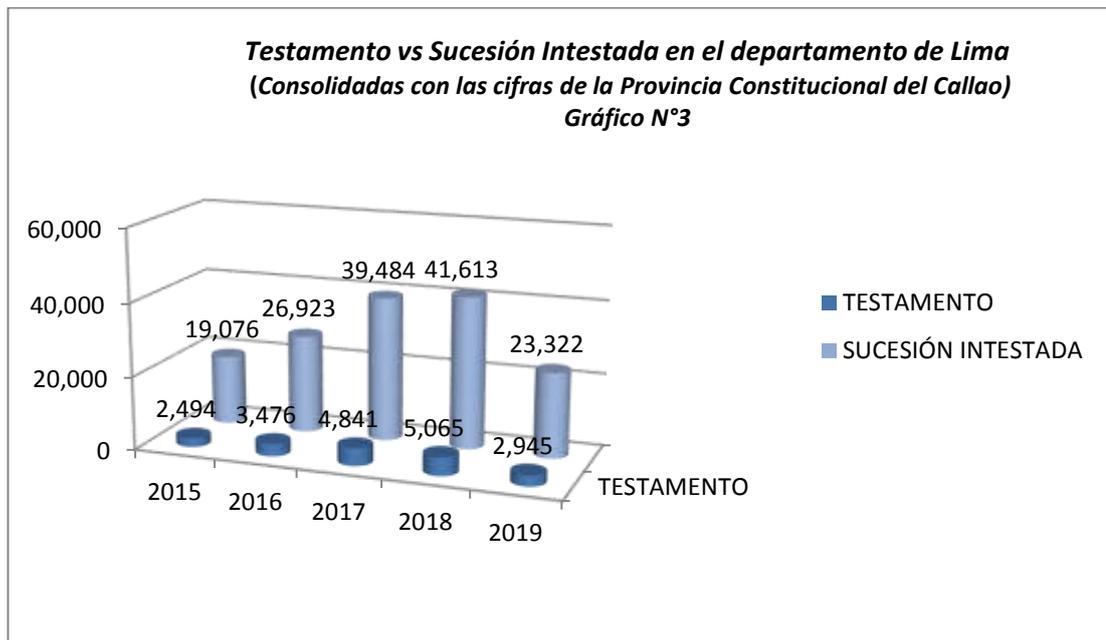


Gráfico 3: Inscripción de testamentos y sucesiones intestadas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Lima durante los años 2015-2019 en el Perú.  
Elaboración propia

**Fuente de información: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp)**

Un estudio comparativo, nos permite concluir que hay una ausencia notoria de manifestación de voluntad para decidir el destino del patrimonio. Ello revela un grave problema que merece atención del Estado para identificar las razones del por qué en nuestro país la mayor de población fallece sin otorgar testamento, a fin de establecer medidas preventivas para evitar que la ausencia de manifestación de voluntad predomine en los actos mortis causa.

El miedo instintivo a la muerte puede ser una de las principales causas de rechazo, pero también lo son la falta de conocimiento, la indecisión para resolver asuntos personales o familiares o la desidia sobre todo cuando se piensa que la muerte está lejana y que se tiene toda una

vida por delante, sin embargo, no podemos desconocer que es un acontecimiento que tarde o temprano va a suceder.

Pues el testamento, como pieza clave de ordenación del patrimonio, no es un instrumento de arraigo popular. La realidad nos revela que cada vez más se incrementa el número de peruanos que fallecen sin dejar establecido quiénes son sus sucesores y que parte de la masa hereditaria les corresponde, teniendo éstos que recurrir a la vía judicial o, en el mejor de los casos, a la vía notarial para que se les reconozcan sus derechos sucesorios originándose casi siempre conflictos y discusiones sin sentido que resquebrajan la relación familiar.

Lamentablemente, la idiosincrasia de nuestra sociedad se ve marcada por el incremento de conflictos que encierran intereses crematísticos que no contribuyen a mantener el clima de respeto familiar. “Las personas le dan valor al patrimonio. Ello no lo podemos negar, cada día son más frecuentes los procesos judiciales en los que se enfrentan los herederos” (Pérez, 2011, p. 293).

Si tomamos en cuenta la gran incidencia social de los serios problemas que surgen entre los herederos respecto del reparto de los bienes de la masa hereditaria, y la falta de cultura y costumbre de otorgar testamento que ordene el patrimonio de cada persona, podemos afirmar que el derecho a la herencia desafortunadamente, muchas veces provoca situaciones desagradables y hace que se descubran entre los parientes otro tipo de intereses que obliga a que se tenga que pasar por los juzgados

civiles e incluso penales, en donde se afecta la relación familiar por obtener el mayor provecho.

La libertad de disponer de los bienes para después de la muerte está sometida a fuertes limitaciones, situación que reprochamos por no adecuarse a la realidad social de las últimas décadas, aunque estas restricciones sean en beneficios de nuestros familiares más cercanos, en razón de que el Estado no puede seguir imponiéndose a la voluntad del hombre, cuando ha desaparecido el estado de necesidad que justificó la regulación de la legítima. Con este fundamento legislaciones extranjeras, como veremos más adelante, con una fuerte corriente individualista han roto el trasnochado y viejo esquema paradigmático de “legítima intangible,” optando en algunos casos por reducir la cuota legitimaria, en otros excluir a determinados parientes de la categoría de heredero forzoso e inclusive otros a permitir la libertad de testar flexibilizando la institución de la legítima en atención a lo que demanda la sociedad.

### **1.5 Críticas al sistema de legitimario actual**

Para nuestro ordenamiento jurídico, en la transmisión del patrimonio mortis causa, es de capital importancia el interés familiar sobre la libertad de disposición del testador. Dada la redacción del artículo 723 del Código Civil actual, los bienes que integran el patrimonio de una persona están sujetos al condicionamiento de la cuota legitimaria en beneficio de los herederos

forzosos. La decisión personalísima de la persona de qué hacer con sus bienes para después de su muerte se ve invadida por el Estado quien fiel a su rol protector de la familia dicta normas de orden público que entran en conflicto con el derecho a la propiedad y al libre desarrollo de la personalidad.

La capacidad de decidir el destino del patrimonio acumulado en vida para después de la muerte sigue siendo relativa en nuestro ordenamiento jurídico hasta el día de hoy, no obstante, a que las condiciones sociales actuales poco tienen que ver con las existentes al tiempo de la codificación civil. Al respecto Parra (2009) nos dice:

Si la legítima se ha considerado como expresión de la solidaridad intergeneracional, en la actualidad, y desde un punto de vista sociológico, se ha advertido del desajuste de la legítima y del carácter excesivo de las cuotas fijadas en el sistema codificado, a la vista de la evolución experimentada por la familia desde la época de la Codificación (p. 497).

La limitada libertad de decisión que gira sobre un tercio o la mitad de los bienes cuando hay de por medio herederos forzosos es muchas veces ignorado por los peruanos quienes ingenuamente, al margen de tener descendientes, creen poder disponer sin reparos del cien por ciento de su patrimonio, viéndose muchas veces desilusionados cuando toman conocimiento que necesariamente gran parte de sus bienes, a pesar que lo han adquirido con muchos años de trabajo, están destinados a determinados

familiares, aunque estos sean los más cercanos, por considerar que ya cumplieron en vida con brindarles las herramientas básicas para que continúen por sí solos. La norma se ha mantenido estática frente una sociedad evolutiva que ha llevado a que hoy en día los hijos al momento de heredar se encuentren en muchos casos en la mejor edad productiva.

Definitivamente la realidad social no es la misma que la del siglo XIX, sin embargo, la institución de la legítima se ha mantenido inflexible a lo largo de estos años, salvo contadas modificaciones muy lejanas a reconocer una mayor libertad de disposición al testador. A pesar de los cambios que viene experimentando la sociedad en los últimos tiempos, en que vemos que la obligación de los padres de educar y formar a sus hijos se cumple con creces, superándose así el principio de solidaridad familiar, fundamento que ha sostenido el concepto legítima invariable en todo este periodo, resulta inconcebible pensar que en el caso de la legítima de los descendientes, en el ejercicio pleno de la libertad como derecho fundamental de las personas, sea el afecto el que dicte el destino de los bienes, salvo aquellos casos excepcionales en que la condición del descendiente amerite protección especial por no poder sustentarse económicamente de forma autónoma al padecer de discapacidad física y/o mental comprobada, en cuyo caso la legítima indiscutiblemente seguiría cumpliendo la función de protección social no restringiendo la autonomía de la voluntad del testador.

La ley basándose en consideraciones morales se ha mantenido imponiendo a la voluntad del causante (tensión entre el orden público y la autonomía de la voluntad) fijando una cuota intangible de la masa hereditaria

en beneficio de determinadas personas que por su condición de herederos forzosos no pueden ser excluidas ésta, salvo causas justas y demostrables. Esto con un afán de supuestamente amparar a miembros de la familia (descendientes) que en un momento era justo y razonable protegerlos sin exclusión, dada la situación social de aquel entonces. Pero en los últimos años se ha producido una transformación social, de forma que el aumento de la esperanza de vida ha dado lugar a que se herede a los padres cuando se ha cumplido los 50 o 60 años de edad, siendo que el hijo se encuentre en mejores condiciones económicas que el padre o no estándolo, cuenta con las herramientas suficientes para valerse por sí mismo.

Sin duda la legítima ha tenido y tiene una arraigada trascendencia social. Como hemos mencionado su pretendido fundamento ha sido la protección de la familia y no de ajenos a ésta. Sin embargo, nos preguntamos *¿hasta qué punto la sucesión forzosa es un presupuesto ineludible para garantizar la correcta protección legitimaria?* No podemos mantenernos al margen de un mundo cambiante. En las últimas décadas como sabemos han surgido nuevas situaciones sociales que entran en conflicto con nuestro rígido sistema legitimario, casi inalterable, desde la promulgación del primer Código Civil. Es por ello que consideramos necesario proponer alternativas legales que se ajusten a las necesidades de la sociedad actual, que a primera impresión pueden ser preocupantes para quienes se vean afectados por el replanteamiento de instituciones caducas, pero necesario para quien ha acumulado su patrimonio por años.

Lo cierto es que dejar la legítima como está no es la mejor decisión, toda vez que como hemos venido sosteniendo, es una limitación que paradójicamente se impone a la persona para después de muerta y no en vida, lo cual, ante la insatisfacción del testador, es un estímulo para buscar mecanismos alternos que tienden a vulnerar su integridad en aras de alcanzar una mayor libertad de disposición. Como por ejemplo donaciones encubiertas, en donde el futuro causante con el afán de beneficiar a un heredero forzoso o a un tercero celebra un acto jurídico con la apariencia de ser oneroso, aunque en realidad no hay contraprestación por parte de quien adquiere el bien, logrando así un crecimiento patrimonial que termina conculcando a la legítima o la formación de figuras societarias en donde el futuro causante busca beneficiar a determinadas personas en perjuicio de herederos forzosos.

Por qué temer que al otorgar a la persona mayor libertad de testar, reduciendo la cuota legítima y de las personas con derecho ella, se nos va a excluir, en condición de hijos, como beneficiarios del patrimonio. Por qué no buscar un justo equilibrio y respetar, en determinadas situaciones, la voluntad del ser humano. Acaso lo normal no es que el padre favorezca a los hijos y si en todo caso los distingue o atribuye la herencia a terceros sus legítimas razones tendrá.

Estos planteamientos nos permiten sostener que no podemos mantenernos al margen de una realidad social que no guarda coherencia con el rígido sistema legitimario del derecho sucesorio; por el contrario

debemos replantear un nuevo esquema sucesorio flexibilizando la institución de la legítima sin apartarnos del deber del Estado de tutelar el derecho de determinados parientes que por su condición respecto de los demás requieren protección, buscando conciliar la libertad de disposición con la necesaria protección de la familia. Es por ello que se debe reflexionar sobre una eventual reforma que no apunte a la supresión de la institución bajo análisis sino a su flexibilización y de esta manera permitir al testador, sobre base al principio de autonomía de la voluntad y derecho de propiedad, una mayor libertad al momento de decidir el destino de su patrimonio.

## CAPÍTULO II: LA LIBERTAD DE TESTAR

### 2.1 La legítima como modo de restricción a la autonomía de la voluntad

La legítima como institución base del derecho de sucesiones tiene una larga tradición histórica basada en fundamentos sociales y económicos que siguen siendo válidos hasta la actualidad. Como mecanismo clave de gran trascendencia social e importante durante un largo período de tiempo, coarta, en virtud de un imperativo legal, “la autonomía de voluntad”<sup>12</sup> del disponente, que constituye uno de los principales derechos del hombre para poder desarrollarse en la vida cotidiana, para quien solo le quedaría una tercera parte de su patrimonio de libre disposición cuando tiene legitimarios.

---

<sup>12</sup> Entendida por el Tribunal Constitucional (EXP. N.º 047–2004–AI/TC, de 24 de abril de 2006, F. J. 44) como la capacidad “que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad.

El alcance que tiene la legítima reside en ser una restricción a la autonomía privada de la libertad del individuo para fijar el contenido de su testamento, limitación que paradójicamente se impone a la persona para después de muerta y no en vida, lo cual es muy discutible en la doctrina, por qué si por un lado se reconoce a la persona el derecho a la libertad de disposición de sus bienes durante toda su vida, por qué no poder hacerlo cuando fallece, salvo casos excepcionales en que se justifique la protección familiar. Lo lógico sería que las restricciones que se imponen a las disposiciones inter vivos se impongan también a las disposiciones mortis causa, como por ejemplo el derecho a los alimentos.

Los testadores se llevan una gran desilusión cuando se les informa que parte de su patrimonio está reservado a grupo de parientes a los que la ley concede un derecho por razón de parentesco. Les cuesta comprender por qué su patrimonio, que progresivamente ha sido cultivado con mucho esfuerzo, está sometido a fuertes limitaciones por el Estado, aun cuando esta rigidez beneficie a sus parientes más próximos. Si bien el concepto de legítima fue entendido desde el punto de vista de la familia tradicional, en donde las relaciones eran mucho más estrechas, hoy en día este concepto ha evolucionado tanto que cada vez tiene mayor peso en nuestra sociedad la configuración de nuevos grupos familiares que distan de la familia tradicional.

Pérez (2011) afirma:

Las legítimas no son inútiles por sí mismas, lo que se impone es darle un nuevo cauce, una nueva función social. No hay razón para que un anciano de 80 años tenga que atribuirle una parte de su patrimonio, so pena de nulidad de la institución de heredero, a sus hijos de 50 años que ya tienen su propio patrimonio, y no pueda testar en todo de la herencia, a favor de su futura viuda, próxima a la edad a él, a la que quiere favorecer, ya que es lógico que a la muerte del esposo tendrá más requerimientos patrimoniales. Es hora que el Derecho repase lo acontecido y active sus mecanismos tuitivos en sede sucesoria (p.293).

Lo cierto es que, en el derecho sucesorio peruano, la realidad supera a la norma jurídica. En la sucesión testamentaria no todos los descendientes deben ser considerados como herederos forzosos, el legislador a efectos de otorgar mayor peso a la libertad de testar del individuo debe rechazar el criterio de una legítima uniforme para una categoría de parientes y solo reconocer como heredero forzoso a aquellos hijos que por su situación de necesidad requieran protección más allá de la muerte de su sostén económico, fundamentando esta decisión en el debilitamiento de la función social de la legítima en los tiempos actuales y el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad. Si bien un trato diferenciado pero justificado en causas objetivas y razonables.

En atención a que una de nuestras propuestas de modificación del derecho sucesorio es replantear el derecho legitimario de los descendientes, una eventual reforma de las legítimas debería estar encaminada en principio a establecer un mayor grado de libertad de testar, y solo se coartaría esta libertad de presentarse determinadas circunstancias que estarían en relación a descendientes menores de edad, y a los que tengan reconocido un grado de discapacidad por las autoridades o especialistas competentes, siempre y cuando no puedan sustentarse económicamente de forma autónoma.

## **2.2 La libertad de testar y el derecho a la herencia**

La libertad de testar y su limitación mediante el sistema forzoso de la legítima no ha sido un tema pacífico en la historia del derecho peruano ni extranjero. El fundamento de la legítima ha respondido a un poderoso sentimiento de justicia con el afán de garantizar la subsistencia de los parientes más próximos y evitar la posibilidad de que el padre discrimine a sus hijos, incurriendo en excesos o exclusiones repudiables que desencadenen pleitos familiares. Sin embargo, una breve reflexión sobre la igualdad que postula la legítima, sobre todo en el caso de los descendientes, puede en ocasiones no ser justa o conveniente en atención a que los hijos no son iguales ni naturalmente ni en cuanto a sus circunstancias.

Es por ello, que en los últimos años se han evidenciado reformas legislativas con una postura favorable a respetar la autonomía de la voluntad

de la persona, optando por la reducción de la cuota legítima y en algunos casos más drásticos desconociendo a determinados parientes como herederos forzosos, como son las normativas de Francia, Italia, Alemania, Comunidades Autónomas, entre otras que rechazan que el Estado se arrogue el poder de decidir cómo debe ser el reparto de los bienes de una persona para después de su muerte.

A pesar de esta fuerte corriente flexibilizadora del sistema legítima, hay aún ordenamientos jurídicos que, basados en que la legítima permite dar consistencia a la familia, que la Constitución ordena proteger, se aferran al principio de intangibilidad de la misma y la mantienen al margen de los nuevos contextos sociales con un criterio de igualdad puramente cuantitativo sin matices cualitativos.

Uno de ellos es nuestro sistema de transmisión de patrimonio mortis causa en el que, como hemos manifestado, la libertad de testar es residual. Poco se ha avanzado hacia alcanzar su ampliación en consonancia con los principios de solidaridad familiar y autonomía de la voluntad, entendida este último principio como la facultad de autodeterminación que tiene una persona de decidir sobre distintos aspectos de la vida cotidiana.

Para la legislación peruana, tal y como está redactado el artículo 723 del código sustantivo, es de capital importancia el interés familiar sobre la libertad de disposición del testador, al disponer que los bienes que integran el patrimonio de una persona están sujetos al condicionamiento de la cuota legítima en beneficio de sus herederos forzosos.

Claro está que esta libertad en principio solo aplica a un reducido porcentaje de la masa hereditaria y en casos poco comunes, cuando no concurren herederos forzosos, el testador recién tendrá la plena libertad de disposición mortis causa de todos sus bienes. Por tanto, su derecho subjetivo a que se respete su última voluntad está supeditado a la existencia de sus legitimarios en razón del principio de solidaridad intergeneracional que debe existir entre los miembros de la familia.

La justificación de que la libertad absoluta de testar tenga un límite no es otra que la vinculación del patrimonio al interés del cónyuge, conviviente, descendientes y/o ascendientes según corresponda, a quienes el Estado brinda protección y los faculta a exigir una participación en la herencia. Sin embargo, ese largo camino hacia la libertad de testar puede verse reducido si se revisa en profundidad los principios fundamentales del derecho sucesorio en armonía con la realidad social y económica imperante en la actualidad, que proclama un replanteamiento del sistema legitimario, en atención a que la función social de la legítima cada vez más se aparta de asegurar la subsistencia de los parientes más próximos.

La vida media del hombre se ha alargado considerablemente en las últimas décadas, por lo general, hoy en día cuando se herede al padre los descendientes se encontrarán en la mejor edad productiva (45-55 años), resultando ser beneficiarios a pesar de haberse forjado de un patrimonio,

que en el orden económico le permita tener cubiertas todas sus necesidades.

Por lo tanto, ya no se justifica la extensión de proteger a los hijos más que a lo necesario para que puedan obtener una formación integral. La prosperidad económica de una persona depende de su trabajo y no de la herencia, pues el principal legado para los hijos es la educación de calidad y competitiva.

Hasta aquí nos preguntamos *¿qué tan conveniente es ampliar la libertad de testar y en consecuencia reducir las personas con derecho a ella?* El reconocimiento de una mayor libertad de testar, no implica necesariamente la supresión de la legítima y consecuentemente la extinción del derecho a la herencia. Hay una necesidad de que ciertos parientes perciban parte de la masa hereditaria, aunque el causante no los haya considerado al momento de testar.

Si bien el derecho a la propiedad y a la herencia gozan de protección constitucional, debe conciliarse la libertad de testar con la necesaria protección de la familia en aras de flexibilizar el instituto de la legítima sin olvidar las obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores, en formación académica o discapacitados, y así sin transgredir los preceptos constitucionales lograr una mayor libertad de testar sobre el patrimonio conseguido con el propio esfuerzo.

### **2.3 Nuevos paradigmas hacia una eventual reforma de la legítima**

Si bien, el principal fundamento que llevó a regular la legítima en los códigos civiles peruanos ha sido la solidaridad intergeneracional, entendida como los deberes y obligaciones que provienen de la relación familiar debido a la naturaleza del parentesco consanguíneo o por el vínculo familiar, sin embargo, debemos reconocer que esta institución jurídica fue concebida en un contexto social muy diferente al actual. En los últimos años se ha producido una transformación social, de modo que cuando se herede a los padres los hijos ya no se encontrarán, salvo excepciones, en una situación que necesite protección. La principal obligación de los padres de proporcionar una formación se habrá cumplido con creces. Estos nuevos sucesos que cada vez tienen más fuerza y nos lleva a reflexionar sobre una necesaria reforma de la legítima son los que pasamos a describir:

#### **2.3.1 Incremento de los divorcios**

El divorcio no es una novedad, ha sido regulado paralelo al matrimonio, pero aplicado, inicialmente, como última instancia a la que no se quería llegar, y si ya no se podía evitar era manejado por la familia de la manera más reservada hasta que ya no se pudiera ocultar. Sin embargo, para bien o para mal, el ideal ya no es el mismo, hoy en día las personas ya casi no se casan pensando que su matrimonio será eterno, sino que en caso no funciona existe el camino del divorcio como alternativa de solución.

Que exista la institución del divorcio no es malo para la sociedad, todo lo contrario, es una alternativa para solucionar una situación sentimental complicada, permitiendo a los cónyuges que en un momento se dijeron el sí de común acuerdo, decidan también por mutuo acuerdo o unilateralmente no continuar más con la relación. Pero el problema se genera cuando esta institución pasa de ser una excepción a una regla de uso común como consecuencia de la poca tolerancia de las parejas, sobre todo los matrimonios jóvenes, que recurren a ella como inmediata solución a sus diferencias sin agotar alternativas de solución.

Los resultados del estudio realizado por el Instituto de Ciencias del Matrimonio y Familia (FARMILIA)<sup>13</sup> para evaluar las actuales tendencias del matrimonio en el Perú (2012), a cargo de la estadista Marta Alvarado<sup>14</sup> concluyó que la evolución de las uniones conyugales en el país tiene una tendencia decreciente. Entre los años 2000 y 2010 los divorcios y separaciones en el Perú se incrementaron en 52%, y las uniones conyugales (matrimonios y convivencias) crecieron sólo en 1.25%. Asimismo, se concluyó que en las últimas décadas la tendencia es que se divorcien cada vez más jóvenes.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) hasta antes del 2009 el rango de edades de las personas que más se separaban o divorciaban oscilaba entre los 45 y 49 años. Y en el 2010, informó que el rango bajó entre los 40 a 45 años, datos que han llevado a calificar en el

---

<sup>13</sup> Es una organización sin fines de lucro cuyo fin supremo es apoyar el fortalecimiento de los matrimonios o parejas, para lograr relaciones sanas y felices.

<sup>14</sup> Basado las estadísticas brindadas por la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) de los últimos años

área psicológica como “la crisis de los cuarentas” tanto en hombres como en mujeres (La República, 2011).

Es preocupante el incremento anual de los divorcios en el Perú, sólo para hacer un análisis comparativo y tomando como fuente la información publicada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) en su portal estadístico<sup>15</sup>, en el año 2011 se inscribieron en el país 5,625 divorcios, en el 2012 la cifra casi se triplicó ascendiendo a 13,126, en el 2013 tuvo uno de sus picos más alto llegando a registrarse a nivel nacional 14,103, en los años 2014 y 2015 si bien disminuyó pero entre cada año aumentó 1.16%, 13,598 en el 2014 y 13,757 en el 2015, para posteriormente en el 2016 aumentar en 1 mil 352 con relación al año anterior, inscribiéndose 15 mil 109 divorcios, lo que representó un incremento de 168.60% con relación al año 2011, siendo en todos estos períodos el departamento de Lima el que encabezó la lista seguido por la provincia Constitucional del Callao y La Libertad, y así se ha mantenido hasta la fecha.

En el año 2012, el estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática<sup>16</sup> arrojó que los tres distritos de la capital que lideraban la lista de divorcios fueron San Martín de Porres, Comas y Santiago de Surco (559, 486 y 462 respectivamente), pero para el año 2015 el distrito de Santiago de Surco con 463 divorcios registrados fue desplazado del tercer lugar al cuarto por el distrito de San Juan de Lurigancho, en el que

---

<sup>15</sup> La información de los Registros Civiles está conformado por los nacimientos, matrimonios y las defunciones, así mismo los actos que modifican el Estado Civil de las personas, como son el reconocimiento, divorcio, adopción (nacimiento inscrito como resultado de un trámite administrativo, judicial o notarial de adopción).

<sup>16</sup> Perú: Nacimientos, Defunciones, Matrimonios y Divorcios, 2012

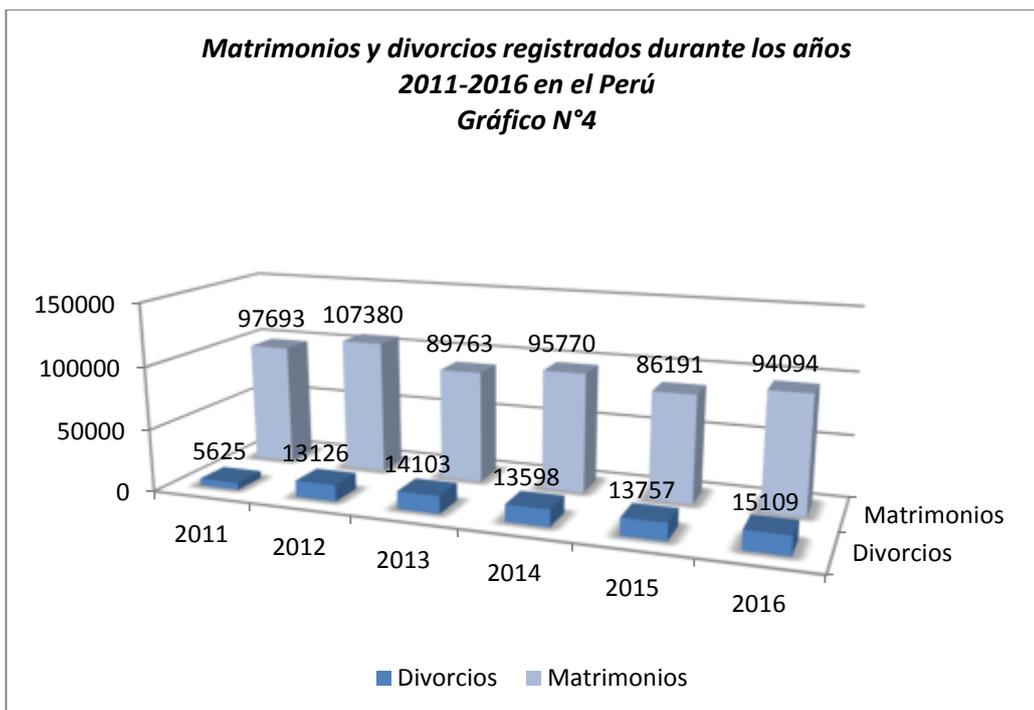
se disolvieron 558 matrimonios<sup>17</sup>. Estas cifras variaron considerablemente para el año 2016, en el que si bien los tres distritos de Lima Norte y Este siguieron liderando la lista de divorcios, en todos ellos se registró un incremento, San Martín de Porres en 678 y Comas en 545, lo que representó el 21.28% y 12.13% respectivamente en relación al año 2012, por su parte en San Juan de Lurigancho se registraron 572 divorcios lo que representó el 2.5% en relación al año 2015, pasando a ocupar el segundo lugar según el estudio realizado por el INEI<sup>18</sup>

Si estos datos lo contraponemos con el número de matrimonios inscritos e informados al RENIEC entre el 2011 y 2016 tenemos que la institución del matrimonio cada vez más se está debilitando. En el año 2011 se inscribieron a nivel nacional 97,693 matrimonios, en el 2012 se incrementó notablemente a 107,380 pero también en ese mismo año la inscripción de divorcios llegó a uno de sus picos más alto, en el 2013 descendió considerablemente a 89,763, para en el 2014 registrarse un ligero crecimiento en 6007 matrimonios, inscribiéndose en total 95,770, sin embargo, en el 2015 nuevamente se produjo un notable decrecimiento a 86,191 pero en el 2016 aumentó a 94,094. Ver detalle en los siguientes gráficos N4 y N°5.

---

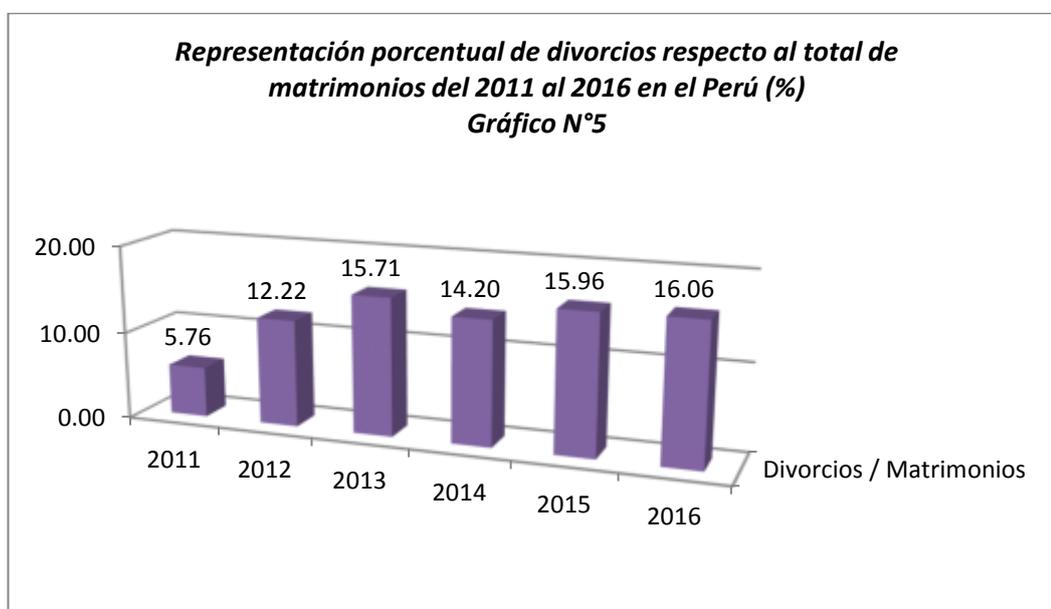
<sup>17</sup> Perú: Natalidad, Nupcialidad y Mortalidad 2015

<sup>18</sup> Perú: Natalidad, Nupcialidad y Mortalidad 2016



*Gráfico 4: Matrimonios y divorcios registrados durante los años 2011-2016 en el Perú*  
Elaboración propia

**Fuente de información: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil**



*Gráfico 5: Representación porcentual de divorcios respecto al total de matrimonios del 2011 al 2016 en el Perú (%)*  
Elaboración propia

**Fuente de información: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil**

Estos datos nos llevan a inferir que al 2016 de cada cinco matrimonios celebrados al año uno se divorcia. Se ha tratado de vincular el decaimiento del matrimonio con la entrada en vigor del llamado divorcio express<sup>19</sup>, toda vez que desde que se promulgó la norma en el año 2008, es una de las modalidades preferidas por las parejas para poner fin a su relación conyugal, por ser el mecanismo más rápido cuando no hay conflicto de intereses.

Si bien la norma fue diseñada con el fin de ampliar la competencia para atender los divorcios por mutuo acuerdo, que por exclusividad sólo podían tramitarse ante los juzgados civiles, permitiendo que esta función también pueda llevarse a cabo ante las notarías y municipios, sin embargo no por el hecho de haberse ampliado las vías administrativas donde los individuos puedan acceder para solicitar la disolución de su matrimonio, debemos concluir que se ha incentivado a que más parejas decidan dar término a su relación, por el contrario lo que se ha buscado es desjudicializar los divorcios y con ello descongestionar la carga procesal del Poder Judicial para conocer otros procesos que demanden mayores dificultades.

El hecho que en estos últimos años cada vez más parejas decidan terminar su relación no es consecuencia de la referida ley, como si se tratara de una causa efecto, sino que paulatinamente ha evolucionado el pensamiento tradicional de la perpetuidad como característica esencial del matrimonio. Además, las parejas de hoy son menos tolerantes a los problemas, y si a ello le sumamos la influencia de las nuevas tecnologías, que si bien colaboran a una mayor y rápida comunicación, al mismo tiempo

---

<sup>19</sup> Ley N° 29227, Ley que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías.

puede dejar de ser una ayuda para convertirse en el talón de Aquiles de los matrimonios. Es común escuchar frases como: “apaga tu celular, este más tiempo en el Facebook que con la familia, deja de publicar todo, porque te escriben eso, con quien estás chateando, como puedes tener de amiga (o) a tu expareja, etc. Lo cierto es que la falta de autocontrol e infidelidad depende de la persona misma y no necesariamente de las herramientas tecnológicas.

Todo lo expuesto hasta aquí nos lleva a concluir que existe mayor vulnerabilidad e inestabilidad de la familia peruana. Los peruanos hoy en día no, necesariamente, se unen hasta que la muerte los separe. Ello implica que la familia tradicional formada en torno a los vínculos conyugales viene cediendo el terreno a nuevas configuraciones familiares, en donde se generan fuertes vínculos afectivos entre personas que no las une el vínculo consanguíneo<sup>20</sup>, pero por el hecho de la convivencia armoniosa, cooperativa y solidaria, florece entre ellas una estrecha relación de cariño.

Me refiero especialmente a las relaciones de afecto que surgen entre los hijos del varón o de la mujer, concebidos en una unión anterior, con la nueva pareja que se inicia una relación por segunda vez. Y si el testador quisiera favorecer con su patrimonio a uno de ellos solo podría hacerlo dentro del tercio de libre disposición, dado que la transmisión sucesoria, al estar circunscrita a la familia tradicional limita la libertad de testar en protección de los herederos forzosos.

---

<sup>20</sup> Según se infiere del último párrafo del artículo 237 del Código Civil, habrá parentesco por afinidad entre los padrastros o madrastras con los hijastros/ as, principalmente para temas de impedimentos matrimoniales, causales de invalidez del matrimonio más no derechos hereditarios. Esta deducción también ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, en la que se ha reconocido nuevas formas de familia, y la posición de los hijastros dentro de ellas.

### **2.3.2 Desmembramiento de la familia tradicional y los nuevos grupos familiares**

Vivimos en un contexto social y cultural que refleja una realidad emergente en la que cada vez tiene mayor peso la desintegración de la familia tradicional, integrada por padre, madre e hijos, incrementándose diferentes tipos de relaciones de parentesco como las familias surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que la doctrina ha denominado familias reconstruidas, recompuestas o ensambladas, que surgen a partir del segundo matrimonio o unión concubinaria de una pareja, en la cual uno o ambos integrantes tienen hijos de una unión anterior.

Estos tipos de uniones no niegan que se forme una familia nuclear, pero deja de ser la familia históricamente concebida que se forma desde el matrimonio. Como dice Ferrando (2006):

Las familias recompuestas presentan elementos de gran novedad en el panorama familiar. Estas familias representan un desafío a los modelos sociales y culturales del matrimonio y de la familia tradicional. Con ellas entra en crisis el ideal monogámico, propio de nuestra tradición, así como el ideal de la perennidad y exclusividad de las relaciones con los progenitores. (p.311).

La aparición de estos nuevos modelos familiares, como el de las denominadas familias “ensambladas” obedece, tal como lo ha indicado el

Tribunal Constitucional en los Expedientes N° 09332-2006-PA/TC<sup>21</sup> y 04493-2008-PA/TC<sup>22</sup>, a varios factores, entre ellos, la inclusión social y laboral de la mujer y la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia. En sus fallos hace hincapié que el amparo de estas nuevas configuraciones familiares es prioritaria debido a las dificultades de consolidación como consecuencia de su fragilidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile<sup>23</sup>, ante el fundamento de la Corte Suprema de Chile que las niñas deben crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, constató que el lenguaje utilizado reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención Americana al no existir un modelo específico de familia (la

---

<sup>21</sup> La sentencia se expidió en el proceso de amparo iniciado por Reynaldo Armando Shols Pérez contra el Centro Naval del Perú, a fin que la asociación otorgase a su hijastra, Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso un carné de hija de socio en lugar de un pase de invitada especial, por considerar una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio. La demanda fue declarada infundada en primera instancia e improcedente por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sin embargo, el Tribunal acogió la pretensión y declaró fundada la demanda al reconocer que la familia no puede identificarse sólo con la familia tradicionalmente concebida. Por tanto, ordenó al Centro Naval que no realice distinción alguna entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

<sup>22</sup> La sentencia desarrolla los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos afines, haciendo mención, sin profundizar, a la obligación alimenticia de los mismos.

<sup>23</sup> Este caso se inicia en enero del año 2003 cuando el señor Ricardo Jaime López Allendes demanda a su ex esposa Karen Atala Riffo para quitarle la custodia de sus tres hijas que en un primer momento, en la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la madre se quedaría al cuidado de ellas. El fundamento que sostuvo el señor López fue que la señora Atala "no se encontraba capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado que su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de las menores. El juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco. Sin embargo, en mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, apoyándose en el principio del interés superior del niño, acogió el recurso de queja presentado por el señor López Allendes y le concedió la tuición definitiva. La Corte Interamericana resolvió a favor de la señora Atala responsabilizando al estado chileno por haber discriminado e interferido arbitrariamente en la vida privada y familiar de la madre de las niñas debido a su orientación sexual.

“familia tradicional”). Por lo tanto, delimitó el concepto de familia, al dejar claro que no existe un modelo específico y por ende el concepto de vida familiar debe abarcar otros lazos familiares donde las partes tienen vida en común muy lejos del matrimonio.

Para bien o para mal, la familia está experimentado cambios en sus patrones de constitución, modificación y disolución, gestándose grupos familiares con una nueva identidad familiar, siendo casi imposible hablar de familia, sino de familias. Por lo tanto, si se pensaba que con la legítima se estaba protegiendo a los parientes más próximos al causante, al no reconocerse derechos hereditarios al hijastro o hijastra que se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, no se estaría cumpliendo con esa finalidad solidaria que debe existir entre los miembros de una familia.

El Derecho sucesorio no responde a la realidad sociológica de la familia actual, sin embargo no se busca con la investigación el reconocimiento de derechos sucesorios de los llamados hijastros o hijastras sino por el contrario permitir a quienes han asumido el rol de padre o madre en una relación formada a partir de una segunda unión , una mayor libertad de decisión a la hora de distribuir su patrimonio, a fin de optar, de ser el caso, por favorecer a personas con quienes a pesar no tener un vínculo consanguíneo tienen una estrecha relación de afecto como consecuencia de una convivencia armoniosa, cooperativa y solidaria.

Por ello, ante el paulatino debilitamiento de la función social de la legítima, resulta necesario repensar los fundamentos del llamamiento

sucesorio vigente y aspirar a su modificación, adecuándose a una mayor capacidad de disposición del testador sin apartarse del derecho que le asiste a aquellos parientes (descendientes) que si ameritan protección, como son los hijos y demás descendientes menores de edad y los hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual

### **2.3.3 Incremento de la esperanza de vida**

La expectativa de vida está en aumento en todo el mundo, y el Perú no es la excepción. Según informó el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI)<sup>24</sup> la esperanza de vida de la población peruana aumentó en 15 años en las últimas cuatro décadas, por lo que, de mantenerse constantes las condiciones de mortalidad del año 2015, los peruanos y las peruanas vivirán, en promedio, 74,6 años (72,0 años los hombres y 77,3 las mujeres).

Informó también que se estima que para el año 2050 la esperanza de vida alcance los 79 años de edad y que la mortalidad infantil se reduzca a 10 muertes por mil nacimientos. Asimismo, que la tasa media anual de crecimiento poblacional descienda al 0,3% y el número de hijos por mujer baje de 2,3 a 1,8 hijos. Entre los años 1950 y 2015, el número de hijos por mujer cayó de 6,9 a 2,3. Las defunciones de niños menores de un año se redujeron significativamente de 161,9 a 17,6 por cada 1000 nacimientos. La

---

<sup>24</sup> Nota de prensa N° 188– 10 Noviembre 2015. “ESPERANZA DE VIDA DE POBLACIÓN PERUANA AUMENTÓ EN 15 AÑOS EN LAS ÚLTIMAS CUATRO DÉCADAS”

esperanza de vida al nacer aumentó de 43,2 a 74,6 años y la tasa de crecimiento promedio anual de la población disminuyó de 2,6% a 1,1%.

Según el informe Salud de las Américas del 2017 de la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>25</sup>, Perú es el tercer país de Latinoamérica con mayor expectativa de vida después de Costa Rica y Chile, ocupando el lugar 36 en el ranking mundial con 79,74 años, en atención a que los indicadores básicos de desarrollo y salud mejoraron de forma sistemática entre 1990 y el 2015.

Uno de los factores que está estrechamente relacionado con el incremento de la esperanza de vida es el decaimiento de la tasa de mortalidad infantil en las últimas décadas debido al aumento de las coberturas de atención prenatal y del parto. Así, hace 40 años atrás se registraban 23 defunciones por cada 1,000 habitantes; actualmente, se registran alrededor de 6 defunciones por cada 1,000 habitantes.

Creemos que estos indicadores debilitan el condicionamiento a la facultad de disposición del testador sustentado en las necesidades de subsistencia y formación de los hijos, toda vez que cuando los legitimarios de una persona de 75 años reciban la herencia estarán en una franja de edad comprendida entre los 40 y los 50 años, encontrándose en la mejor edad productiva con una situación económica y social ya consolidada.

---

<sup>25</sup> Es una publicación emblemática de la de la Organización Panamericana de Salud. Ofrece un panorama integral de la salud en toda la Región y abarca temas como la salud universal y los principales logros y desafíos para la salud en los últimos cinco años.

Con la proyección del aumento la expectativa de sobrevivencia en nuestro país, no tiene sentido seguir restringiendo uno de los principales derechos del ser humano, la libertad. El Estado no puede imponerse a la voluntad del causante si las causas que justifican su intervención han sido superadas por nuevos contextos sociales, económicos, políticos y culturales que debilitan la función social de la legítima.

Por lo tanto, la legítima pierde la función de transmitir los medios de sustento para la familia como sí sucedía cuando se reguló en el primer Código Civil, debiendo actualizarse de la manera más equilibrada y justa teniéndose en cuenta todos los factores antes mencionados.

#### **2.4 Libertad de testar como principio fundamental del derecho de sucesiones**

La libertad de testar opera en nuestro ordenamiento jurídico como ordenación subsidiaria de la sucesión testamentaria a falta de legitimarios o concurriendo éstos sobre la porción disponible. La función de designar sucesor o sucesores no se realiza con la libertad de testar sino que es fijada por el Estado, estableciendo imperativamente una reserva de parte del patrimonio de las personas a favor de otras.

Este fuerte sistema restrictivo plantea problemas en la realidad social y familiar que no han sido materia de preocupación de los legisladores. Más allá de apostarse por la flexibilización del sistema en base a las necesidades

reales de la vida, solo se ha atendido la necesidad de incorporar dentro de la categoría de heredero forzoso al integrante de la unión de hecho, siempre que esta unión se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de los convivientes.

Ampliar la autonomía de la voluntad del testador es una necesidad que cada vez más merece atención por parte del legislador para minimizar los problemas judiciales que nuestro sistema legitimario provoca por la excesiva limitación sin fundamento sólido, hoy en día, de una de sus coordenadas, que es la libertad que el hombre necesita para realizar su proyecto de vida.

Por citar algunos casos, si una persona casada quiere otorgar testamento de modo que la propiedad de sus bienes, que se reduce a su vivienda y mobiliario, pase íntegramente a su cónyuge sobreviviente, sin obligación de compensar a los descendientes que no se encuentran en situación de necesidad que merezca protección, no podrá hacerlo porque la ley se lo impide. Y en el supuesto que no tuviera hijos tendrá el mismo impedimento por la legítima de los ascendientes.

Otro supuesto se presenta cuando un padre, teniendo solo hijos mayores e independientes, desea dejar la totalidad de sus bienes al hijo que, postergando su proyección profesional, está al cuidado de él a tiempo completo. Del mismo modo, cuando sus demás hijos no se involucran en su negocio, desea designar como su sucesor al hijo que ha formado para continuar con la gestión del negocio y así reducir la posibilidad que

desaparezca el mismo cuando llegue el momento que dar un paso al costado. En ambas situaciones, su libertad de testar encuentra una fuerte restricción que no permitirá que sus deseos se materialicen.

La protección de la libertad y de la familia ante los cambios operados en la estructura familiar y en sus relaciones afectivas y económicas exige una solución más justa y equilibrada. Por lo tanto el esquema sucesorio debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad reduciendo el número de familiares con derecho a la legítima y ampliando la libertad de disposición mortis causa.

En esta línea, la libertad de testar, concebida como un presupuesto del derecho de propiedad, debe constituir un rasgo característico principal del derecho de sucesiones, pasando a ser una regla por antonomasia, reduciendo la extensión de las legítimas, pero respetando las cuotas indisponibles, fundado en una función social suficientemente equilibradora y compensatoria que justifique tal limitación.

### **CAPÍTULO III: LA ÉTICA DEL BIEN COMÚN Y SU RELACIÓN CON LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE, FUNDAMENTACIÓN DESDE DIVERSAS CORRIENTES FILOSÓFICAS**

En esta parte del presente capítulo, ensayaré una explicación sobre los conceptos de libertad y utilitarismo desde la perspectiva legal y humana, en cómo la toma de decisiones afecta la vida en sociedad y el desarrollo integral de sus miembros, todo esto vinculado a la figura de la legítima.

#### **3.1 La norma y coacción de la libertad por imperio de la ley**

Un sistema jurídico, constituye un cuerpo normativo que regula y ordena un grupo humano con el fin de armonizar la convivencia social; es en virtud del grado de coherencia y funcionalidad que alcanzan estas normas que el grupo humano las considera imprescindibles para su orden y existencia. Pero ¿qué pasa cuando de la aplicación de la ley surgen

problemas?, ¿qué pasa cuando ésta se torna contraria a la voluntad última de las personas limitando el ejercicio pleno de su libertad?

La ley, por definición, se contrapone a la voluntad personal y busca el bienestar general, es decir, aplica un principio de legalidad más que de justicia. Es así que la ley se podría convertir, en algunos casos, en un instrumento de control social irracional; este es un problema de larga data y es fuente de eternas discusiones bizantinas, que nunca terminarán por satisfacer todos los criterios; la única garantía que tenemos es que todo orden jurídico es perfectible, siempre y cuando sea respetado y sobretodo, entendido.

Los parámetros legales que se apliquen a los miembros de un grupo humano deben de ser de tal naturaleza que persuada a estos a acatarlas y a evitar incurrir en conductas ilegales. No se pretende un cumplimiento taxativo de la norma sino comprender la racionalidad de su función. Las personas encomendadas a la elaboración normativa, llámense juristas, legisladores, deben de estar convencidos del real valor del cumplimiento de la norma en aras de obtener un bien común.

La confianza en la ley radica en su pleno entendimiento, que las personas sujetas a ella entiendan que existe un propósito supremo más allá del simple orden social, es por eso que los grupos de leyes, los cuerpos normativos, deben encaminarse a cumplir un doble propósito: que la

ejecución de la norma sea posible y que de dicha acción se obtenga un beneficio que no sea solamente legal sino justo.

Partimos del principio que toda actividad humana debe estar regulada dentro de los cánones que la sociedad impone, que las normas deberían de servir como fuente de confianza para los que acuden a ella, y que de su correcta aplicación e interpretación en el tiempo supondrá su vigencia. De otro lado, si las personas sujetas al imperio de la ley no llegan a comprender la utilidad de la norma en razón de su funcionalidad, normalmente se la tomará como rígida y sin un propósito claro. Es por eso que se hace urgente una comprensión cabal del espíritu de la ley enmarcado en un momento histórico determinado; la comprensión del sustento del espíritu de la ley por parte de la sociedad favorece la confianza en la norma y la refuerza hacia el futuro.

John Rawls (2006), al explicar la confianza en las instituciones, realiza una explicación que se amolda a lo aquí expuesto:

...sin embargo, en una sociedad bien ordenada este conocimiento está presente: cuando sus miembros hacen promesas hay un reconocimiento recíproco de su intención de someterse a una obligación, y una creencia común de que esta obligación será respetada. Son este reconocimiento recíproco y esta creencia común los que permiten la creación de un acuerdo y lo mantienen (p.318).

De la misma forma pasa con la ley, al ser un acuerdo entre la sociedad y el individuo, se precisa que éstos la reconozcan, no solo por sometimiento sino porque entiende su fin.

¿Qué hacer cuando de la aplicación de la norma surgen consecuencias imprevistas para quien se acoge a ella, consecuencias que afectan la voluntad de la persona como individuo?, cuando la aplicación de la ley afecta un ámbito personalísimo del individuo, pensamos que es necesario hacer una excepción en la misma porque se está produciendo un hecho que no compromete la estabilidad legal, en general, de un grupo social; actualmente los argumentos utilizados para defender la rigidez de la norma son cada vez menos persuasivos porque no tienden a una solución pragmática.

El problema es que no hay un punto medio que nos indique una separación entre lo que es legal y lo que es justo, la interpretación taxativa de la ley siempre terminará produciendo conflictos con la voluntad, lo que se busca es que la ley, en su práctica, no termine infligiendo un castigo injusto a los miembros de un grupo social por el solo hecho de acatarla de manera irrestricta. Un sistema legal racional debe de intuir cual es el momento preciso para dar ese salto evolutivo hacia una norma mucho más participativa e inclusiva. El sistema legal, en principio, está diseñado para la comprensión del ciudadano común, por lo que debiera estar aplicado de modo funcional.

En el caso de la legítima, el razonamiento de los legisladores al elaborar la norma estuvo determinado por procesos materiales e históricos de la sociedad, es así que históricamente, la norma ha buscado, al regular las relaciones sociales, hallar un consenso a la problemática de la transmisión del patrimonio tratando de encontrar una solución que favoreciera a los actores directos, sin tener mucha conciencia entre la relación de merecimiento (entiéndase justicia) y legalidad.

La comprensión de la existencia de este problema subyacente es al mismo tiempo, una comprensión entre lo que dicta la teoría y la realidad, y del nexo legal que une a ambas. La normatividad, al tener principios generales para el orden social, ejerce una influencia clara sobre el individuo, la norma se convirtió en el principio de verdad para toda sociedad de forma totalitaria, es así que los legisladores históricamente han pensado en las necesidades generales antes que en las particulares.

Las esperanzas del legislador estaban dirigidas al establecimiento de una normatividad racional, se abocó al esfuerzo de demostrar que lo plasmado en las leyes cumplía un objetivo práctico, trató de demostrar la relación entre lo que convenía y el tiempo histórico que le tocó vivir. Suponiendo de que solo hay una verdad legal y una sola práctica para realizarla, la aplicación irrestricta de la teoría ha demostrado no ser suficiente en todos los casos, la realidad nos enseña que la verdad es otra, y que son los resultados de la aplicación legal lo que defiende una norma, y que la teoría solo sirve para acompañar dichos resultados.

### **3.2 Legítima y libertad**

Si analizamos la institución de la legítima y su problemática en concordancia con la plena libertad de la voluntad del causante vemos que está regida por un cúmulo de deberes y derechos taxativos; las fronteras naturales de su voluntad son difusas por ser subjetivas, vale decir, que no dependen de criterios únicos. Los causantes, al ser ciudadanos que conviven bajo un contrato social reglamentado por instituciones tienen límites a su libertad, dicha libertad al ser encausada pierde parte de su esencia cuando se trata de plasmarla o de hacerla efectiva.

Al aceptar el sometimiento tácito a la ley, lo que se espera es que ésta sea lo más justa posible produciendo un bien propio y un bien común. El por qué un ordenamiento legal contempla que gran parte del patrimonio debe de pasar únicamente a manos de sus herederos forzosos, es algo que el presente trabajo tratará de develar, y tratará de indagar en su trasfondo ético.

#### **3.2.1 Críticas al sistema de legítima desde la ética**

Se deduce del espíritu de la normativa sobre la legítima una suerte merecimiento natural que tiene toda persona para acrecentar el patrimonio propio, solo por el hecho de tener un entroncamiento directo, como si ello fuera producto de algún mérito natural.

En el caso de los herederos forzosos, hablamos de la obligación de favorecer a los hijos y a sus demás descendientes (por lo general) en caso de que los primeros fallezcan antes que los segundos. No son pocas la veces que los descendientes legítimos guardan una esperanza de acrecentar su patrimonio o de mejorar su calidad de vida al morir sus padres, como sabemos la ley no se encarga de juzgar el fuero interno de un individuo, pero debería de contemplar la posibilidad de ofrecer mayor libertad al testador en caso que éste desee transmitir la totalidad de su patrimonio como mejor le parezca, dándole espacio para hacer las valoraciones necesarias sobre la justicia del destino de sus bienes, sin presiones legales de ningún tipo, ya que al ser una manifestación de última voluntad debería poder ejercerla de forma total.

Al no haber ningún tipo de componente ético sobre este tema en específico que desarrolle la norma, el causante podría, haciendo perfecto uso de su sano juicio, ayudar a la norma a ser mucho más justa, es decir, a encontrar una mejor correspondencia entre el ámbito volitivo y el legal. La sanción ética que supondría dejar sin herencia a los descendientes legítimos no supondría un desequilibrio en la legalidad de la norma, al contrario, brindaría un mejor destino al patrimonio pues éste quedaría con aquella persona que, según el causante, está mejor preparada para recepcionarla o ha demostrado los méritos suficientes para poder continuar acrecentándolo, cuando físicamente ya no le sea posible.

Aquí importa básicamente lo que el causante desee ulteriormente, se trata de que la norma le asegure en vida, en el límite de lo posible, de que su patrimonio o su obra no quedará a merced de que quien la dilapide o la eche a perder por no tener las competencias necesarias o la preparación adecuada, o la usufructúe de manera contraria a los deseos de quien la produjo, la trabajó y la fructificó. El problema con la normativa actual es que ambos derechos, el del causante y el de los herederos forzosos son iguales al momento de hacer la valoración legal, el causante está obligado a transmitir sus bienes a un grupo de personas en razón de un parentesco simple, y el heredero forzoso tiene el derecho de beneficiarse de él sin que medie ninguna otra razón de peso, el contrapeso es legal, pero muchas veces termina siendo injusto en razón a merecimiento.

Este juicio de valor, al no poder ser amparado por la normatividad de forma específica deberá ser realizado por el causante tomando en cuenta criterios personalísimos que no son mensurables legalmente y donde la ley poco tiene que opinar, pues se trata del fuero interno de un individuo que está tomando la última decisión legal de su existencia, la norma debiera poder brindarle la mayor libertad de hacerlo sin atender cuestionamientos de terceros ajenos al patrimonio.

Pero ¿por qué privar a un grupo de personas de beneficiarse de un patrimonio que les corresponde obtener por derecho y parentesco, por qué una persona ajena al círculo familiar directo obtiene la propiedad de los bienes de una persona con la que no la une vínculo de parentesco alguno?

La respuesta es difícil de dar, y solo la podrá realizar aquella persona que encuentre las mejores razones para hacerlo, dichas razones serán las correctas más allá de la respetable opinión legal, que solo debiera ser un complemento que coadyuve a una mejor decisión del causante. Con esto no se pone en situación de indefensión a los herederos forzosos ya que la institución de la sucesión no tiene como trasfondo la ayuda social, sino la correcta transmisión del patrimonio del causante a la persona o personas con más derecho para hacerlo.

El presente trabajo propone ampliar esa cuota a cualquier persona idónea, tenga o no tenga un vínculo de parentesco directo, simplemente se ampliarían las opciones del causante, y se le propondrían mejores alternativas legales. ¿Qué seguridad existe de que la transmisión patrimonial será la correcta y de que personas ajenas al círculo familiar no terminarán dilapidando el patrimonio del causante?

Para la ley el destino último de los bienes del causante, la forma como se aprovechen o desaprovechen, no tiene mayor relevancia en este caso, ya que estamos frente a las consecuencias de lo decidido por el causante, es decir frente al resultado de la valoración ética funcional que realizó en vida. Las consecuencias son escasamente mensurables legalmente, lo que importa es que la voluntad última se respetó y se beneficiaron aquellos que para el causante eran los indicados, más allá de que sus acciones no se correspondan con lo planeado en vida.

### **3.2.2 Salvedades a esta propuesta**

Esto no quiere decir que los hijos tengan, por necesidad que ser excluidos de forma automática de la transmisión principal de bienes, se deberá de hacer las salvedades respectivas cuando entre los hijos figuren personas menores de edad y personas que siendo mayores de edad no puedan valerse por sí mismas, requiriendo una protección especial de parte de la ley. En el caso de hijos discapacitados, deberán contar con una minusvalía probada de forma que no quepa la menor sospecha sobre su condición, pues al hallarse en total estado de indefensión social se hacen necesarios tomar los recaudos pertinentes para que la ley contemple la necesidad superlativa de garantizarle una estabilidad económica más allá de la voluntad simple de sus padres o causantes.

El principal problema para ésta permisividad se halla en los fundamentos que debe tomar el legislador a la hora de determinar el grado de discapacidad de la persona, es decir, ¿qué se entiende legalmente por una persona que no puede proveerse el sustento de manera independiente?, consideramos que en este caso se debería de tomar en cuenta a aquella persona que tenga total y evidentes deficiencias mentales y físicas, congénitas o sobrevenidas que hagan imposible cualquier grado de independencia. Estos casos debemos de diferenciarlos de aquellas personas que aun teniendo grados severos de discapacidad han sabido encontrar los medios para valerse por sí mismas y que no necesitan de ningún tipo de amparo especial además del estrictamente necesario.

Todo dependerá del estado de necesidad y de su clara voluntad. Convenimos que los criterios al respecto deben ser unificados pues el presente trabajo no tiene el ánimo de plantear situaciones que puedan generar injusticia a personas con necesidades urgentes de reconocimiento de derechos.

Es así que, en este orden de cosas, sostenemos la importancia de poder ofrecer una alternativa que sirva para poder ofrecer a las personas mayor control sobre la disposición de sus bienes, este control equivaldría al mayor grado de libertad que la ley puede darle, como no es posible brindarle una libertad ilimitada o irrestricta, desde el punto de vista legal, al menos brindar el espacio necesario para un pleno ejercicio de éste derecho. Ya que dicho ejercicio de libertad le pertenece al ser humano en su más profunda esencia por la misma necesidad humana de regir el destino absoluto de la vida propia, y de no verse coactado por la voluntad ajena, representada por la ley.

La mejor forma de ejercer la libertad dentro del marco legal es pudiendo ejercer de la mejor manera nuestras libertades como ciudadano, el poder de ser capaz de cumplir las voluntades propias bajo el manto de protección del mismo Estado; sin embargo, la sociedad, amparada en la legalidad tiende a desarrollar condicionamientos y límites, que traban la potestad de elección del individuo, si lo analizamos desde el punto de vista filosófico. La Ley, en su aplicación, puede causar perjuicios a un individuo o

a un colectivo social sin tener una intencionalidad meditada, y muchas veces ésta termina colocándose del lado de quien se vale de ella para cumplir propósitos reñidos con la ética.

La intromisión legal que daña las libertades comunes de disposición patrimonial de las personas encuentran su justificación en la protección general que el derecho brinda como sistema. “La individualidad debe gobernar aquella parte de la vida que interesa principalmente al individuo, y la sociedad esa otra parte que interesa principalmente a la sociedad” (John Stuart Mill, 1859 p. 88).

Si bien es cierto, los criterios éticos no se establecen en los códigos o se señalan por contrato, sin embargo la colectividad social desea recibir la protección que el Estado brinda por el solo hecho pertenecer a ella, los cuerpos legales en principio deben tender a delinear los parámetros legales por los cuales debe transitar la voluntad de las personas, esto sin duda alguna posee también un factor ético subyacente pues trata de ser lo más objetiva posible a la vez que se trata de mostrar como una herramienta beneficiosa para los intereses generales, y también busca protegerla de las conductas nocivas de algunos de sus miembros.

La sociedad, como ente colectivo, tiene la necesidad de constituir normas que contribuyan a ordenarla, los individuos pertenecientes a ella pueden cuestionarla y modificarla cuando crean que éstas les resultan contrarias a su voluntad por perjudiciales, la intervención del individuo al

juzgar la ley no presupone una intromisión indebida, sino que se hace en función de buscar un mayor nivel de bienestar social general, no solo buscando satisfacer sus propios intereses sino el de los demás; cuando este clamor se vuelve colectivo es necesario atenderlo. La reforma legal, en este sentido, se hace necesaria porque dotaría a las personas de una mejor alternativa legal para satisfacer su voluntad.

El control legal bajo el que nos regimos está amparado por la necesidad de protección social que el Estado nos brinda a través de la norma, sin embargo, las reformulaciones de ésta es necesaria por el hecho de que vivimos bajo ella, pero esta deben de ajustarse de forma que vaya en consonancia con las necesidades de los nuevos tiempos; la norma, en la actualidad, por principio y en su práctica debe de evaluar los perjuicios causados por su aplicación cuando no toma en consideración aspectos subjetivos como el bienestar personal.

Se tiende a pensar que los resultados de la aplicación de la norma no deberían de ser evaluados en función singular, pues eso la podría desvirtuar; estamos hablando de los intereses de una sociedad proyectada en diversos individuos con diversas necesidades, la pregunta sobre si este enfoque singular de la transmisión patrimonial es beneficioso solo se responderá si se cumple con las expectativas deseadas sin trastocar la ley actual, es solo una mejora de su aplicación para satisfacción de pequeños grupos sociales a los cuales la normatividad, como está, no le alcanza a satisfacer.

Desde el preciso momento en que los efectos negativos de la aplicación legal son divisados, el individuo en sociedad tiene la potestad de poder juzgarla, en base a sus resultados, lo que, entendemos, termina siendo discutible. Pero estamos hablando de la libertad de disposición de personas que poseen el libre ejercicio de sus derechos, que cumplen con sus obligaciones y que sopesan las consecuencias de sus decisiones, ¿por qué no ayudarlas a tener mejores criterios para decidir?

No hacerlo significaría darle la espalda a la evolución natural de nuestra vida en sociedad, convirtiendo a nuestra legislación en una prisión legal, donde lo primordial es el cumplimiento de un dogma, dejando en un segundo plano al ser humano como ente individual. La ley se modifica en el tiempo de acuerdo a las conductas de los individuos y esta no debería de resquebrajarse por eso, sino evolucionar continuamente siempre buscando la mayor satisfacción social como norte.

Desde el punto de vista utilitarista propender a que ley sea mucho más amplia en términos sociales, respecto de la transmisión patrimonial que beneficia a la persona a nivel individual, la ley no debería poder decidir por un individuo en términos generales, prejuzgando sobre lo que más le beneficie, ya que es el propio individuo el más indicado para saber lo que más se adecua a su bienestar.

La normatividad actual sobre transmisión patrimonial, en específico sobre la legítima, enfoca su influencia de manera sesgada e indirecta, la

intromisión legal que de forma subrepticia realiza la ley se funda en presunciones simples, las que pueden ser equívocas cuando se desconoce el trasfondo de la real voluntad individual y de los efectos de la misma en función a su patrimonio. Como vemos, es bastante alta la probabilidad de que la ley cometa errores que muchas veces se convierten en injusticias.

Hasta aquí nos preguntamos ¿por qué reconocer legítimo interés a las personas de continuar disfrutando o de recibir beneficio económico alguno? Es menester establecer la relación entre los conceptos de igualdad ante la ley de todos los herederos legitimarios por un lado y la libertad de disposición por el otro, y cómo ambos conceptos deberían conciliar adecuadamente de tal suerte que de dicha relación se extraigan ventajas para todos los partícipes de esta relación jurídica, y la consiguiente respuesta que podría dar el legislador al respecto. ¿Son todos los herederos legitimarios iguales ante la ley?, la respuesta está en establecer qué significa “iguales”; dependería de la connotación a nivel legal, y de lo que se especifique preliminarmente como igualdad ante la ley.

Partiendo de este presupuesto se deberá indicar en qué son iguales los herederos legitimarios. Es difícil distinguir estos conceptos, y que la solución siempre será objeto de discusión, si pretendemos hallarla desde un ángulo filosófico y desde un punto de vista estrictamente jurídico.

El concepto de igualdad frente a la ley debe ser ponderado respecto de la condición de individuos, de ciudadanos ante ésta. Ciertamente esta

categorización debería partir del legislador, observando no solamente lo normativo sino la subjetividad de cada caso. En principio, el derecho a la igualdad de todo heredero forzoso ante la ley, sin ningún tipo de especificación alguna, es erróneo en mi consideración, pues este concepto carece de autonomía, ya que existen expectativas y realidades distintas respecto del destino del patrimonio.

No basta con demostrar que la norma ampara un derecho, sino que se precisa demostrar la existencia de una necesidad, y del consecuente perjuicio al que se llegaría si se tomara una decisión diferente. Dicha necesidad no deberá ser abstracta sino patente, es así que se configuraría la verdadera protección de la persona, buscando no solamente su bienestar, sino logrando un objetivo directo, de alcance global, no solo legal sino humano. El fin de la figura del heredero forzoso de manera irrestricta (y de sus consecuencias), sirven para alcanzar un verdadero grado de igualdad, de tal manera que no se podrá hablar de libertad mientras este concepto no sea entendido.

La igualdad de los herederos ante la ley, como derecho fundamental, no debería ser una igualdad en abstracto, debería ser exigida al legislador una ponderación de esa igualdad, tomando en consideración el perjuicio en el futuro de la persona privada por voluntad de la misma. Es así que la igualdad ante la ley de los herederos forzosos como instrumento para la cautelar sus intereses, no debe ser interpretada de manera exacta como un propósito unívoco, si bien es cierto, el propósito legal era de alcance general

sin que se busque privilegiar ninguna circunstancia especial, el objetivo era el bienestar por sí mismo.

Entendemos que la igualdad ante la ley de los herederos forzosos no debería ser un espacio reconocido sin mayores atenciones, sino como un espacio mucho más diverso donde se priorice el derecho de la persona como individuo; al cambiar la figura de heredero forzosos por un “heredero potestativo”, se asegura la prestación adecuada de la ley, pues ésta podrá brindar igualdad de trato, pero con un reconocimiento de las circunstancias personalísimas que no son ajenas al derecho en cuanto a finalidad. Como se aprecia, la variación de la norma rígida hacia una con connotación social, la vuelve mucho más justa.

Pero podría surgir la duda: ¿de modificarse la norma sobre la reducción de herederos forzosos ésta se convertiría en una norma discriminatoria? En absoluto, solo se hace más diversa y funcional, si partimos del hecho de que la mayoría de personas ignoran aspectos básicos legales sobre sucesión no se puede garantizar la comprensión absoluta de la norma, y se puede correr el riesgo de calificarla de injusta para determinados casos; la norma debe ser capaz de garantizar justicia para las personas, favoreciendo las mejores circunstancias, dejando al causante regular él mismo sus propias directrices.

Ahora bien, también podríamos considerar la idea del reconocimiento tácito de un derecho, solo por el cumplimiento de una condición natural, en

este caso el simple vínculo familiar, un derecho dado por la naturaleza donde no interviene ningún tipo de criterio legal y sobre el cual la ley no posee ningún tipo de control directo, en el caso de la legítima se establece que esta beneficia a los herederos forzosos solo por este único hecho, lo cual no es motivo de observación del presente trabajo, simplemente se pretende tender un puente para quienes éste solo requisito no sea suficiente para constituir una transmisión patrimonial acorde a la verdadera voluntad, ya que dentro de este acto de disposición concurren infinidad de factores objetivos y subjetivos, de los cuales la norma no es totalmente consciente, en principio porque no tiene esa función y porque le correspondería exclusivamente al individuo.

El objetivo no es disciplinar, ni usar a la legítima como instrumento de venganza por cuestiones personalísimas, buscamos un campo mucho más neutro, en la medida que el individuo haga una elección correcta, para lo cual la valoración ética del problema es necesaria, una valoración que le permita cuestionar la estructura legal de la norma sobre sucesiones, este trabajo parte de una premisa abierta, de que hay un problema ético que merece ser resuelto.

El reconocimiento legal que se hace de este tipo de derecho, en principio no es cuestionable porque es innegable, somos los sucesores naturales de nuestros padres por una cuestión biológica, en principio, por una sucesión natural, que tiene como único factor al tiempo, en consecuencia es lógico seguir con esa línea temporal para no alterar el

orden natural de las cosas, si es que deseamos que estas continúen de esa manera, es decir, si es que parte de nuestra voluntad hacerlo; ¿pero qué se hace en el caso contrario? cuando nuestro deseo es alterar esta sucesión natural por razones personalísimas, sobre las cuales el derecho no tiene control porque es materialmente imposible que las regule. Es aquí donde se abre la posibilidad de poder brindar al causante un poco más de libertad que implique coadyuvar a la ley a mejorar su alcance, donde la limitante no venga de un presupuesto como el parentesco, sino de que el abanico de posibilidades se abra en orden de que la transmisión patrimonial cumpla una función legal, ética y utilitaria.

En primer lugar, abordemos el tema del derecho innato, si bien es cierto que el vínculo de parentesco genera derechos y obligaciones no es menos cierto que estos cumplen un fin moral, que tiene como protagonista a la familia, o al sentido de familia tradicional que conocemos. El amor y deber filial como aspecto legal, están presentes de forma tácita en este tipo de derechos.

Sin embargo al ser un tema subjetivo difícil de ponderar es necesario establecer salvedades cuando la ley se encuentre ante una circunstancia diferente, como podría ser la ausencia de voluntad para la transmisión patrimonial de la legítima al heredero forzoso; no con el animus de causarle perjuicio, sino por un tema estricto de ausencia de motivos de peso, como podría ser la falta de urgencia económica que reste el interés inmediato del heredero forzoso por convertirse en propietario de los bienes de su

causante, lo que podría repercutir en beneficio de terceros quizás con una necesidad impostergable.

Este es solo un ejemplo de lo que podría darse en la realidad, una situación que escapa al control legal pero que sin embargo acontece, entendemos que el derecho no puede soslayar estas circunstancias en aras de mantener el orden legal, vale decir el deber de hacerlo por encima de las apreciaciones singulares, es decir aislar el derecho de la vida del individuo y de la conexión casi orgánica que lo une con la ley.

### **3.2.3 ¿Estamos ante una figura anquilosada en el tiempo?**

En principio no, no del todo, pero sus bases necesitan ser reformuladas, porque, como lo adelantamos líneas arriba, no se está cumpliendo, en muchos casos, con la voluntad de la persona. En primer lugar, la ley, de forma indirecta, restringe la libertad. Estas prohibiciones, sin embargo, no son infalibles. La ley decide por un todo, de forma conjunta, y es muy difícil cuestionarla, se le concede una certeza absoluta en sus juicios, y es sobre sus fundamentos que cualquier litis empieza y termina.

Ese carácter de infalibilidad hace que el argumento individual se diluya, eso en la teoría, pero sabemos muy bien que la ley está en permanente cambio y va en consonancia con los profundos cambios históricos por los que atraviesa la sociedad. Su falibilidad es comprobada a menudo con la experiencia práctica y es en este sentido que radica su

importancia de tomar las medidas necesarias que faciliten su modificación, al ser un conjunto de juicios unívocos. El individuo, en sociedad, le concede una confianza implícita y es por esa razón que se hace evidente atender a todos los argumentos posibles que sugieran su evolución hacia una ley con espíritu más justo.

Las leyes están basadas en argumentos y opiniones de individuos que en su momento se han estimado prudentes, pero con el devenir del tiempo esas opiniones son normalmente desechadas, por anacrónicas y absurdas, de acuerdo a los cambios sociales; pretender mantener las estructuras que les dieron forma originalmente es mantener a la norma en error, la facultad de poder modificarla está en manos de los legisladores, en ciertos casos esto implica un deber por parte de ellos en aras de evitar resultados perjudiciales, obrar de acuerdo al cúmulo de convicciones que permitan complementar la norma para hacerla más segura, y en el caso de la modificación de los alcances de la figura de la legítima se hace urgente. Pues la norma en su aplicación debe generar los mejores resultados posibles.

### **3.3 Libre disposición patrimonial y prohibiciones legales, libre albedrío y norma, un enfoque utilitarista.**

Stuart Mill (1859), desde la racionalidad positiva cree necesaria la influencia de la moral en el orden económico, según el autor esta influencia

es buena simplemente porque es beneficiosa, de allí se desprende su fin utilitario.

El simple hecho de vivir en sociedad impone a cada uno una cierta línea de conducta hacia los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, sea por una disposición legal expresa, sea por un acuerdo tácito, deben ser considerados como derechos (p. 88).

Si analizamos como punto de partida las consideraciones que nos llevan a tomar decisiones, ya sea de índole moral o jurídicas, éstas se realizan buscando la felicidad (entiéndase como satisfacción de pretensiones, en términos legales); y se entienden de tal manera porque son buenas en sí mismas, basta con que nos hagamos una idea mental de lo que significaría su aplicación para saber que es buena, no necesita una confrontación con la realidad, es buena per sé. “las cuestiones relativas a los fines últimos no son susceptibles de prueba directa” (John Stuart Mill, 1984, p 46).

La finalidad de la figura de la legítima no esconde un fin egoísta, sino un fin utilitario donde la funcionalidad de su uso, vale decir el tránsito en armonía del patrimonio del causante, lo satisface y a su vez satisface al conjunto de personas que se van a beneficiar directamente de éste. El cometido de esta parte del trabajo, es analizar desde la teoría utilitarista el problema de la conceptualización y de la aplicación taxativa del ordenamiento legal en el caso de la legítima, donde, como es obvio no se

trata de hacer una valoración puntual de casos prácticos, sino que se enfoca en comprender por qué una norma, diseñada con un fin benéfico, no siempre consigue su cometido.

Buscamos encontrar una vía para encausar la norma a lo requerido y deseado por el causante y por los beneficiados y de esta manera lograr englobar un estado de bienestar máximo para ambas partes, no solo porque se cumple con los requerimientos predispuestos en la norma, sino porque es lo más justo. Debemos de observar que la ley posee una estructura racional en su fundamento, esta racionalidad no tiene por qué estar divorciada del beneficio mutuo, del bienestar que su aplicación causaría, el bienestar que la norma ha de traer a partir de la satisfacción de las voluntades de los individuos que recurren a ella.

Entendemos que la norma, hablando específicamente de la legítima, tiene la misión de proteger a los miembros de un grupo social, en este caso una familia, de cualquier elemento que la ponga en zozobra económica; en este orden de ideas, debe de establecerse que estas precauciones que toma la ley se hacen colocando a la norma sobre el individuo, lo que observado desde una concepción utilitarista resulta perjudicial.

En palabras de John Rawls, es menester *imponernos un sacrificio momentáneo con objeto de obtener una ventaja mayor*, establecer qué es lo correcto, qué es lo más conveniente, con la finalidad de obtener un beneficio general. La ley, desde su estructura pretende ejercer su influencia en la vida

social de un individuo, ordenando de alguna manera, sus decisiones: la ley se interesa por el ejercicio de su libertad, y en este caso específico, por el destino de su propiedad (Rawls, 2006).

El legislador al analizar las consecuencias de la aplicación de la norma apela a situaciones hipotéticas, que muchas veces no tienen correspondencia con la realidad. El legislador ignora al individuo, ignora las particularidades de su patrimonio, *atisba* a creer que la norma es eficaz sin detenerse a pensar en si es suficiente. Los herederos forzosos, en su calidad de forzosos no alcanzan a comprender la situación legal exacta en la que están, muchas veces no pueden tomar conciencia general de la responsabilidad que van a asumir. En ese sentido, la imparcialidad de la ley sobre el patrimonio del causante, creemos, se convierte en un problema.

El patrimonio del causante peligra por un exceso de racionalidad legal, distinto sería, si el legislador fuese consciente de la gran diferencia y matices existentes entre los herederos forzosos (descendientes) y las personas que, no siendo herederos forzosos poseen un grado de complicidad y responsabilidad con el mismo; no es nuestra intención forzar a que el legislador profundice en estos conocimientos subjetivos. La realidad nos plantea una figura más compleja: armonizar el precepto legal con la correcta distribución de los bienes de una herencia. Se trata de hacer prevalecer el merecimiento sobre el automatismo legal. Que el legislador contemple en su razonamiento legal, factores subjetivos sobre los herederos, teniendo en cuenta las características de los mismos.

La realidad económica de los herederos se presenta como un tema a contemplar, desde el enfoque sobre la teoría de libertad e igualdad. Según Rawls, se debería buscar la protección de los menos favorecidos socialmente y tender a una distribución igualitaria de las posibilidades de beneficio patrimonial. La ley parte del principio de que todos los componentes de la sociedad están en igualdad de condiciones al momento de acceder a ella, pero deberíamos enfocarnos en establecer las diferencias existentes en los individuos que solicitan su amparo. Con qué desventajas llegan unos en relación a los otros. Identificar esas diferencias también es competencia legal. Si al amparar un derecho no se está interfiriendo con otro.

La igualdad ante la ley, según Rawls (2006), supone que los individuos que conforman la sociedad y que se sujetan a ella, estén dispuestos a beneficiarse y a resignar privilegios, si lo que se busca es el bien común; la ley funcionaría como herramienta para distribuir los recursos de forma equitativa en función a la satisfacción de necesidades básicas, y en el caso del destino del patrimonio hereditario supondría la satisfacción de las necesidades de los herederos forzosos en relación a sus diferencias económicas, es decir, priorizando su bienestar individual en busca de un beneficio general. Enfocar la teorización de la legítima desde un ángulo racional utilitarista.

El legislador comprenderá que es necesario modificar la figura de la legítima procurando que ésta abarque el máximo bienestar posible. Comprender la concepción utilitarista permitirá al legislador incorporar a la figura de la legítima la elección de los herederos en función a sus necesidades como elemento social. La sociedad y su ordenamiento jurídico deben de estructurarse desde el principio utilitarista, al menos en lo que concierne a la legítima.

### **3.4 El legítimo interés: derecho adquirido o sobreprotección legal**

Entiendo que la legítima, al ser más un derecho que un conjunto de bienes, tiene la intencionalidad de proteger al legitimario de verse disminuido en lo que, por derecho, le corresponde: “Lo que quiere la ley no es tanto prohibir actos de disposición, sino actos cuyo resultado económico final-lo que solamente se sabrá al abrirse la sucesión-sea la afectación lesiva de la legítima” (Lohmann, 2003, p. 284)

Si bien es cierto que, del análisis de lo dispuesto en el Código Civil, se aprecia que lo que está en juego no es la disposición de los bienes del causante, sino del derecho irrestricto a disfrutarlos teniendo pleno derecho a ello. El presente análisis se centra en establecer la justicia en esta decisión legal.

La protección brindada al legitimario de verse privado de la herencia, no es tal si de por medio la urgencia no existe. Este derecho del legitimario

está protegido de forma adecuada, lo que varía, en mi apreciación, es la correspondencia entre necesidad y derecho que también debiera observar el legislador. Podemos decir, que la normatividad sobre la legítima no establece una diferenciación entre los legitimarios, que se hace necesaria; los parámetros para ello, es decir, la evaluación de recursos o necesidades, la conducta, el grado de discapacidad, proporcionarán el equilibrio necesario entre el libre albedrío y la satisfacción de necesidades de las personas vinculadas al causante, que no necesariamente tengan una relación familiar directa.

No atender a esta modificación solo permitiría mantener y fomentar de manera indirecta las desigualdades económicas y sociales en detrimento de los miembros menos favorecidos de la sociedad. Soy de la posición de que la norma debe de reconsiderarse en términos equitativos, y no como instrumentos monolíticos de alcance general.

¿El derecho adquirido de los legitimarios es justo?, podría decirse que su principal defecto radica en su suficiencia, que no presta garantía alguna de que la norma sea representativa en términos de alcance social. Factores como la moral, y sus límites al momento del consentimiento para recibir de la herencia, deben de ser mensurados, no como una obligación, sino como garantía de la concreción del beneficio mutuo. La protección legal que se le brinda al heredero forzoso por sí misma no garantiza la justicia de la funcionalidad de la figura de la legítima.

Hume (2001), sobre el tema de la moralidad decía que, ya que ésta tiene profundo impacto sobre las acciones humanas, no puede derivar de la razón, porque no es suficiente, no existe una concatenación lógica: “Puesto que la moral tiene una influencia sobre las acciones y afecciones, se sigue que no puede derivarse de la razón, y esto porque la razón por sí sola, como ya hemos probado, no puede tener esta influencia” (p. 332).

La intencionalidad protectora de la norma sobre la legítima es incapaz de prever el trasfondo moral que se esconde en una sucesión patrimonial, el aspecto volitivo de las acciones del causante para con su patrimonio muchas veces discuerdan con los hechos fácticos, por consiguiente, no podemos estimar que esta protección sea conveniente por el solo hecho de la existencia de una relación familiar directa de descendiente (en la mayoría de los casos), ascendientes y cónyuge.

La norma se ampara en la razón, en la cercanía a un supuesto, es decir, que el patrimonio estará a buen recaudo, entre aquellos que tienen una relación, no solo personal, sino familiar con el causante. Ingresamos a la dicotomía de si esto se presenta como falso o verdadero. El mérito obtenido por el legatario, según la ley, está amparado por la razón práctica, por lo tanto, la norma debe producir efectos inmediatos para protegerlo de verse privado de un derecho, no se puede argumentar la eficacia de la norma en mérito a la razón, ya que produce juicios erróneos. Precauciones que son hijas de la suspicacia y que nublan los razonamientos sobre las verdaderas acciones, sobre las circunstancias que rodean el acto de transmisión de

propiedad y que a la larga son fuente de errores, pues se hacen en base a falsas conclusiones.

El derecho a la legítima no puede ser considerado como un derecho inmutable y protector de la razón, el causante debe tener las herramientas suficientes para poder disponer de manera libre de su patrimonio pudiendo valorar los efectos de sus acciones, lo que se logrará aplicando consideraciones de orden moral que sean una alternativa a la firmeza de la norma.

### **3.5 La legítima como recompensa moral, ¿sirve para premiar?**

La virtud, es demostrable en la práctica, y se demuestra en la ética de las relaciones; los individuos juzgamos a nuestros semejantes en función a los méritos o deméritos mostrados, la moralidad que buscamos encuentra sentido en la real intención de nuestros actos. Dicha virtud va de la mano con la racionalidad, y la racionalidad con lo justo. Y es esta justicia la que debe primar en las relaciones humanas.

La norma debe crear el espacio para que el causante pueda discernir sobre el merecimiento de la persona que está obligado, por ley, a favorecer. Es así la propuesta apuesta por ayudar a que, además de la norma, concurren otros principios que permitan al causante realizar dicha distinción. La moralidad, en la aplicación de la norma supone una medición subjetiva de nuestros deseos, que van, más allá de los meros juicios racionales, la

experiencia nos lo ratifica constantemente y nos dice que los individuos que se guían solo por el deber se apartan de la justicia.

No podemos negar el efecto que tiene la moralidad aplicada a la razón; la razón como tal, ejerce su poder de manera taxativa si no es apoyada por la moral. Por consiguiente, la norma sobre la legítima no es susceptible de un análisis completo si no implica estimaciones sobre los hechos y la realidad.

La propiedad como derecho irrestricto, no permite cuestionamientos, más allá de los legales, y este derecho al ejercerse de forma libre por parte del causante funciona como continuación de la relación filial, más allá de la muerte, con todo lo que esto implica, suponemos que la interpretación de la ley sobre la legítima apunta a este hecho, es una interpretación entendible pero incompleta. La protección que la norma brinda a los herederos forzosos está basada en la justicia de un derecho, en una concepción asistencialista de la norma, que no pretende hacer el ejercicio de ver más allá, pues solo se limita a salvaguardar un derecho de los parientes más cercanos.

La fundamentación de esta forma de pensamiento encuentra su raíz en la protección familiar, en la vida conjunta de padres e hijos que pertenecen a un grupo humano cerrado. El patrimonio generado, según interpretación de la ley, no debe salir de él, es por eso que la normativa lo protege encerrándolo entre individuos que compartan un vínculo sanguíneo, “La más antigua de todas las sociedades y la única natural es la de la

familia, aun cuando los hijos no permanecen unidos al padre sino el tiempo en que necesitan de él para conservarse.” (Rousseau, 2007, p.36)

Rousseau, en el contrato social manifiesta, con toda razón, que el vínculo se deshace con el paso natural del tiempo y que los cuidados mutuos se van difuminando, los hijos adoptan diversos grados de independencia, y aunque permanecen unidos por los vínculos sanguíneos la familia desaparece como grupo y queda como convención. Se entiende que la norma sobre legítima debe amparar la conservación de la familia; garantizar la conservación de su patrimonio es garantizar su subsistencia, pero solo hasta que los miembros de la misma sean capaces de garantizar su propia independencia económica. (Rousseau, 2007)

Al mantener los principios que rigen la figura de la legítima la norma suplanta la voluntad del padre, pero coaccionado, de alguna manera su libertad. El estado del concepto de la legítima no puede seguir sin reformularse, la voluntad que exige a los individuos no debe solo asegurar el beneficio de un grupo social sino se debe tender a ampliar ese beneficio hacia uno general. La ley está por encima de la voluntad, pero sin racionalidad ética moral solo queda como una muestra autoritaria del poder de coerción de un Estado.

Los herederos forzosos tienen una cuota de participación legal necesaria, pero en vista de los nuevos tiempos, dicha apreciación es discutible por la forma en cómo se conforman los grupos familiares, donde

los roles de sus miembros son mucho más permeables a los cambios sociales. Las relaciones jurídicas, por lo tanto, merecen ser compaginadas con estas nuevas formas familiares, donde la protección del sustento económico está contemplada, pero los lazos familiares son más distendidos, si los comparamos con las formas de núcleo familiar tradicionales, que como vimos, ha sido la base fundamental en la que se ampara el concepto de legítima.

Hegel (1968) lo explica de esta manera:

La familia no sólo tiene una propiedad, sino que, para ella, como persona universal y perdurable, se presenta la necesidad y la determinación de una posesión permanente y segura de una fortuna. El momento arbitrario en la propiedad abstracta de la necesidad individual, del mero individuo y del egoísmo de los deseos se transforma aquí, mediante el abastecimiento y la adquisición para una comunidad, en algo ético (p.163).

La familia, como unidad económica, está orientada a proveer el sustento y a satisfacer las necesidades básicas de sus miembros, así como también la administración del patrimonio común, es un derecho y un deber a la vez. Esta prerrogativa legal de protección entra en conflicto cuando llega el momento de disponer de él, cuando es el causante (por lo general el jefe de familia) quien debe de efectuar la correcta distribución del patrimonio amasado, y es aquí donde el factor ético, moral entra en juego; esta moral,

es producto de la conciencia existente, de la relación entre la realidad y su voluntad.

La propiedad del causante, en términos monetarios, está en estrecha conexión con su relación familiar, es decir, con la relación que mantenga con sus hijos, con su cónyuge, inclusive con sus padres, al existir esta obligación familiar de protección, de padres a hijos, se establece una dinámica de merecimiento subjetiva. Se premia al hijo según el comportamiento, así como también se castiga. Esta dinámica de merecimientos es extrapolada a la relación entre familiares cuando ya no comparten un solo techo, cuando cada uno ya formó un propio destino y un propio patrimonio.

### **3.6 La legítima: ¿es el bienestar general el único fin?**

Dentro de la doctrina utilitarista lo es; la búsqueda de la felicidad o del bienestar colectivo tiene rasgos estoicistas porque suprime la satisfacción netamente personal por un propósito mucho más general y noble. Y no solo eso, se logra alcanzar el objetivo primordial cuando la voluntad del causante trasciende lo meramente patrimonial y se transforma en un acto moral.

“¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional? ¿O, por el contrario, si realmente la solidaridad intergeneracional es el fundamento de las legítimas, debe modificarse el sistema legitimario para adecuarlo a dicha finalidad?”  
(Vaquer, 2007, p.10)

En las limitaciones a la libertad patrimonial para las sucesiones, podemos encontrar como fundamentos concepciones morales que ya no se ajustan a las necesidades contemporáneas, donde solo existe la guía de la norma estricta y la de los vínculos familiares claros, dejando de lado la proporcionalidad, la racionalidad y la funcionalidad que debería de implicar esa decisión.

Para la norma sobre la legítima, el orden familiar era estricto, y respetable. Pero hoy en día, ya no es suficiente para garantizar la supervivencia del patrimonio familiar o la administración del mismo, pues de él depende el bienestar de gente del mismo círculo familiar como de personas ajenas a ella. Pensar en el patrimonio del causante como en un vehículo para poder favorecer la continuación de un proyecto de vida que continuará aún después de la muerte pero a través de los legitimarios, esto me lleva a sugerir la modificación de la legislación civil actual tratando de establecer un panorama mucho más amplio que permita proporcionar a los causantes alternativas normativas (que muchas veces se convierten en el principal obstáculo) para la continuación de un proyecto del que dependen personas, seres humanos; a nuestro modo de entender, el bienestar general no es el objetivo principal de las consecuencias de la normatividad sobre la legítima, pero sí lo es desde el punto de vista ético.

Los beneficiados, no tendrían por qué ser familiares directos del causante sino personas que tengan un alto compromiso con los objetivos de

éste y que representen la continuación natural de sus ideas. Y que esto contribuya tanto a su bienestar como al cumplimiento de la real la voluntad del causante.

La legítima, al no ser necesariamente parte de la herencia, tiene particularidades que deben de ser evaluadas al momento de materializarse, si la observamos sin el halo legal, nos queda un tema de merecimiento, de premio. La legítima, si bien es cierto, custodia un bien, su finalidad es económica, pues acrecienta el patrimonio de quien lo recibe, por lo tanto, estamos hablando de un merecimiento más que de un derecho. Es así que las relaciones naturales y la norma deben converger en los mismos puntos, y que la norma además garantice el aspecto moral de las mismas. De lo contrario, según nuestro entender la ley debilitaría a la esencia subjetiva de la legítima, puesto que un legitimario sin merecimiento moral, al tener la calidad heredero forzoso se hará con el control patrimonial de los bienes del causante.

### **3.7 Calidades de legitimarios en relación con el patrimonio del causante**

¿Qué supone que una persona haya conseguido independencia económica? Supone que ha conseguido los recursos económicos suficientes para poder garantizar su subsistencia y la de los suyos, que ha podido evadir el factor de riesgo que supone ser dependiente económicamente de terceros. En caso de que sea hijo, ha podido emanciparse del padre de

familia, ya no solo por una cuestión de edad, sino por autosuficiencia económica. Este trabajo no desea, profundizar en el tema social familiar. Lo que importa es analizar la problemática que enfrentan una parte no muy visible del componente familiar, que además de necesitar recursos económicos y materiales, necesitan ayuda personal de terceros para poder desenvolverse.

Es absolutamente normal que, en sociedades post-modernas las personas con discapacidades diversas, ya sea por enfermedad, causas congénitas, o edad necesiten ayuda para subsistir. Estas personas, por su condición, urgen del auxilio permanente de su núcleo familiar, por lo tanto, el amparo a futuro se hace necesario en relación al tema de legítima que nos avoca, ya que no es un concepto solamente legal sino moral.

¿Cómo definir que una persona necesita auxilio personal de terceros?, empezaremos diferenciando entre discapacidad e incapacidad:

- La Discapacidad: puede ser adquirida o congénita, en determinados casos podría impedir que la persona trabaje, y, por ende, no pueda mantenerse por sí mismo.
- La incapacidad: se da en el ámbito de trabajo, puede ser superada y no representa un obstáculo para que la persona trabaje con normalidad, vale decir que pueda conseguir su propio sustento.

Para efectos del presente trabajo, es la norma la autorizada a hacer la diferenciación calificando y ordenando el grado de dependencia de estas personas a fin de establecer cuál es la forma de protección más adecuada para las personas discapacitadas y de qué forma se les va a proveer. Así, desde la perspectiva legal, la situación de dependencia significa colmar el grupo de necesidades que un individuo, afectado por determinadas características (discapacidad); y asimismo definir cómo se les puede ayudar, toda vez que la estructura normativa sobre la legítima y sobre los herederos forzosos no hace diferenciación alguna sobre este asunto, porque aún no es tomando en consideración.

Los causantes debieran tener la amplia libertad para legar su patrimonio a las personas que más lo necesiten, no solamente a aquellas a las que les corresponda porque así lo dicta la normativa; replantear el tema de la legítima más allá, no solo como protección del derecho de los herederos forzosos sino como un derecho del mismo causante a encauzar su patrimonio para quien tenga mayor necesidad de él, por un tema de edad, salud y merecimiento.

Se necesita construir la sensibilidad necesaria como punto de partida para analizar el tema del merecimiento y la condicionalidad de la legítima, sin hacer distinciones entre el grupo de herederos forzosos, ni establecer diferencias que los pongan en diferentes escalas, sino simplemente deducir, de la realidad de las personas, el grado de urgencia económica que tengan por su condición disminuida.

El merecimiento, desde el punto de vista moral, reviste un tema de reciprocidad ya que enmarca conceptos como la responsabilidad y la racionalidad como elementos importantes en la consideración del estado de necesidad de un individuo; la importancia de la percepción del merecimiento como parte del fundamento de la norma sobre la legítima permitirá la ponderación de procesos emocionales y racionales haciendo que nuestro ordenamiento legal sirva de tamiz y permita la exclusión del patrimonio de herederos que no se encuentren aptos para ser beneficiados con el patrimonio del causante ya sea porque no lo necesitan desde lo económico o porque éticamente no están en condiciones de hacerse con él.

No sería justo, ni moral, que alguien sea objeto de un beneficio sin que éste pueda dar las necesarias justificaciones para ello; razones que enmarcan una conducta global hacia su causante. Ser merecedor de un beneficio implica el cumplimiento subjetivo de requisitos, es un camino cuya conclusión es el favorecimiento con un beneficio, en este caso, la legítima. De otro lado, esta consideración sobre el merecimiento pone luz sobre la actividad silenciosa que muchas personas desarrollan y que con su trabajo ayudan a la concreción de objetivos del causante, y que no son recompensados en la justa medida.

De manera contraria, si la norma sobre la legítima no toma en cuenta el criterio de merecimiento, se provocaría una situación de injusticia, bajo un manto de legalidad; es la norma la que debe de ayudar al causante, a partir de su realidad a determinar los grados de merecimiento y recompensa,

cuando se debe de dar y cuando no. La norma al ser taxativa puede prestarse a contribuir a que el causante no cumpla su real voluntad sobre el destino de su patrimonio.

### **3.8 El bien común en sociedad como elemento filosófico de la voluntad del causante, una aproximación desde el perfeccionismo y el iusnaturalismo.**

En esta parte del trabajo analizaremos nuestro planteamiento objeto de la tesis, tomando como referencias doctrinas filosóficas que estudiaron el bien común y su búsqueda como fenómeno social y legal, a diferencia o en contraposición del utilitarismo para tratar de hallar puntos en común que abonen a nuestra tesis.

#### **3.81 Perfeccionismo**

En primer lugar abordaremos al Perfeccionismo, doctrina caracterizada por definir de antemano lo que es bueno para la persona sin que se tome en consideración su propia voluntad, este tipo de doctrina social define el rol del Estado como guía principal en la vida social, o como lo define Vilajosana cuando explica su concepto: "...el Estado debe, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores, que en definitiva se entiende que corresponden con los de la moral crítica" (2008, p.153).

El perfeccionismo se basa en la restricción de derechos en apariencia, pero esta restricción a priori, debe entenderse como el camino necesario para lograr un bien común que no solo tenga un fundamento legal sino moral, es así que se puede entender como la intervención estatal para regular las normas que rigen una sociedad no importando la libertad plena del individuo sino la búsqueda del bien común. Así lo explicaba Horacio M.Spector “La política perfeccionista, invade la libertad de acción de una persona con la justificación de que la interferencia es necesaria para que el carácter y el comportamiento de esa persona se adecuen a una pauta de virtud o excelencia moral” (1989, p.4).

Entendemos el perfeccionismo pero desde el punto de vista de Joseph Raz, que reinterpreta esta definición estableciendo que el perfeccionismo es necesario si se analiza desde el pluralismo, es decir, solo desde el pluralismo el hombre puede ser más autónomo en la toma de decisiones, o lo que explica mejor nuestro postulado: solo desde el pluralismo de la norma, el causante podrá ejercer plenamente su voluntad y lograr el bienestar general de sus herederos, sea que les corresponda heredar o no. (Spector, 1989)

Empezar a reformular la norma no pensando en la infalibilidad de la misma sino en su incidencia en la vida de las personas, tratando que ésta contemple el mayor número de alternativas que aseguren su utilidad. Así lo entiende Martha C. Nussbaum, en su obra *Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político* (Parte I), cuando analiza el pluralismo moral de Joseph

Raz: “Uno debe entender el hecho de que existen muchas formas incompatibles de vivir, y todas ellas son moralmente buenas” (2016, p.371).

Lo que significa que nuestro planteamiento legal abarca distintas realidades y distintas voluntades que en la práctica no son amparadas de forma concreta, sino que tienen que ceñirse a lo establecido en la norma, que, por lo general, no cumple con la totalidad de las expectativas del causante, esto es que su patrimonio tiene un destino que no era el realmente deseado. La plena autonomía con la que cuenta el causante al momento de disponer de su patrimonio no solo está justificada por la simple libertad que tiene para hacerlo sino que también requiere que del ejercicio de esa libertad se produzca un bien común, o como citaba Nussbaum sobre lo argumentado por Joseph Raz: “La vida autónoma es buena solo si es usada en búsqueda de proyectos y relaciones buenos y aceptables” (2016, p.276).

Dicha autonomía requerirá que la norma no solo se entienda como un reglamento taxativo que debe ser cumplido sino como una herramienta que permita evitar inequidades e injusticias, la norma debe contener una variedad de posibilidades y no limitar oportunidades que contribuyan a lograr un mejor fin, pues la autonomía enmarcada en una normativa poco permeable a cambios solo complica los verdaderos fines de la voluntad.

Es así que podemos extrapolar a nuestra propuesta, la teoría del pluralismo aplicada por Joseph Raz cuando habla de la necesidad de que existan diversas doctrinas que guíen a los gobiernos y que estas doctrinas contengan propósitos morales que busquen objetivos positivos para todos,

no existe una sola receta legal que sea funcional a todos los casos y que genere un estado de bienestar pleno en los que la invocaron para la solución de sus predicamentos legales o como acota Nussbaum sobre John Rawls, citado en su trabajo antes referido, cuando habla sobre liberalismo político: “Su razonabilidad es ética: respetando a su prójimo, quiere darle bastante espacio para buscar su propia forma, aún si creen que las conclusiones a las que la mayoría de personas llega son erradas” (2016, p. 380).

Así también lo entiende Spector analizando el pensamiento de Joseph Raz: “El pluralismo moral asevera la existencia de una multitud de formas de vida incompatibles, pero moralmente valiosas; esto no implica que toda forma de vida sea valiosa” (1989, p.4).

Fortalecer la voluntad del causante implica dotarlo del mayor número de alternativas posibles dentro de la norma que le permitan ejercer de forma autónoma los destinos de su patrimonio, buscando caminos específicos para tal propósito; aquí no se analiza el carácter moral de las consecuencias de esta determinación, ya que es un hecho subjetivo, sino el propósito de lograr un estado de bienestar generalizado a través del uso pleno de la libertad dentro de un marco normativo pragmático y funcional.

La norma intervendrá suprimiendo la posibilidad de que el patrimonio termine en manos de personas que puedan tener un derecho, pero no la necesidad del mismo, es decir la norma debe valorar el aspecto humano de las consecuencias de su aplicación, (Kant bien decía que la humanidad es

un fin en sí misma) y que así debe ser tratada. La autonomía de la voluntad del causante debe ejercerse persiguiendo el bien, la norma solo complementa y ayuda a esa consecución. Restar derechos a los descendientes que no se encuentre en estado de necesidad como consecuencia de la edad o discapacidad, podría resultar discutible desde el punto de vista formal y legal, pero tenemos que anteponer el perjuicio causado a personas que parten de una situación de desigualdad evidente, desigualdad acrecentada por la aplicación de la norma misma.

El Estado al ser el único ente superior con capacidad de pensar y delinear la normativa correspondiente para tratar la problemática que genera la transmisión de la propiedad y a su vez el único encargado para formular todas las posibles soluciones, puede errar al transportar esas soluciones a la práctica, ya que solo cuenta con un punto de vista unívoco y corre el riesgo de quedarse estancada al no reformularse.

Que los gobiernos a través de los cuerpos normativos fomenten objetivos generales sobre intereses particulares es lo usual, lo que de alguna manera tiende a discriminar de forma indirecta unos objetivos en favor de otros, vulnerando el estado de necesidad de un sector de la población que merece un tratamiento mucho más puntual por su especial realidad; entonces, lo que se observa de la regulación normativa actual, tal y como está, es que tiende a debilitar la autonomía del causante si es que observamos esta problemática desde el punto de vista del perfeccionismo.

La mayor autonomía enfocada a generar el mayor bienestar general posible deberá ser entendida como la posibilidad de elegir y discriminar. Como lo explica Blanco al analizar un trabajo de Steven Wall “El perfeccionismo es la idea de que las autoridades políticas deben tomar parte activa en la creación y mantenimiento de las condiciones sociales que permitan a sus ciudadanos desarrollar en ellas vidas buenas, logradas” (1999, p.116).

Esta tesis perfeccionista está muy ligada a la idea de Tomás de Aquino del deber del gobierno de buscar el bien común, vale decir que se puede obedecer el contenido de la norma para cumplir un propósito necesario, pero no puede tomársela como único camino pues de esta manera se atentaría contra el objetivo moral de la norma. El error es interpretar a la norma como el “non plus ultra” tutelar con que se deben mensurar las diferentes situaciones que la realidad propone.

La coerción implícita en la normativa es a la vez lo que le da sentido a la norma a la vez que la limita. Se entiende el carácter tutelar protector de la norma que trata en la medida de sus posibilidades de evitar el perjuicio de la colectividad que la acata, buscando el bien común y despersonalizando sus alcances, cuando lo que proponemos es la devolución de esta mirada y ubicamos al sujeto menos favorecido en la cadena como la prioridad, como el pivote a través del cual debe llegar la actualización de la norma, de esa manera el resultado será más justo.

### **3.82. Iusnaturalismo**

Doctrina que considera que el derecho natural proviene de Dios o el universo. Como explica Boronino y Peña (2006) "... que existen por encima de las leyes creadas por el hombre, ciertos principios de derecho natural" (citados en. Hinestroza, 2014 p.191). El objetivo del derecho natural es averiguar las motivaciones humanas y cómo se reglamentan, una forma de definir el constructo moral social, tomando en cuenta la ley divina o la razón humana, como ideas supremas de donde emana el derecho común. Aceptarlos como máximas superiores a la norma social, el derecho natural o iusnaturalismo sirve de enlace entre esta ley suprema y las personas.

En ese sentido, desde un óptica iusnaturalista y aplicada a nuestra tesis podemos decir que las leyes, como producto humano, no son valederas por su carácter coercitivo sino porque tras ellas existen principios morales superiores, en este caso principios que protegen a un sector especial de la población; nuestra propuesta de limitar los derechos de determinados herederos forzosos, tal y como rige el actual ordenamiento sucesorio, se ampara en la concepción tradicional iusnaturalista que entiende que detrás de la norma existe una motivación altruista (sea divina o no), es decir, que el legislador al pensar la ley debe intentar hacerla funcional para el grupo social que la acoge y además debe fundamentarla en conceptos supraleales que rigen la armonía del pacto social, no por deber sino por principio.

Nuestra motivación es buscar justicia para el causante sin desamparara a quienes tengan un estado de necesidad demostrable, y que la norma se abra hacia alternativas mucho más amplias en cuanto al bienestar común se refiere Hocevar (2005) "...las normas jurídicas obligan en conciencia del mismo modo que las normas morales, no distingue entre deber jurídico y deber moral y solo las normas justas obligan, mientras que las normas injustas no lo hacen". (citado en. Hinestroza, 2014 p.192).

El derecho cumple con su función normativa amparado solamente en la legalidad y en el ejercicio de poder estatal que busca el bien común. El derecho es la representación, el summum del razonamiento del hombre conspicuo, pensamiento construido de manera formal y moral, se infiere que su validez para la resolución de conflictos es la adecuada; el derecho en palabras de Finnis (1980) "... está dirigido a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para el bien común de esa comunidad". (Citado en Hinestroza, 2014 p.194).

Tenemos entonces que El derecho, como herramienta social, es el producto de las necesidades de toda persona que vive en sociedad, por lo tanto, es necesario que esté en permanente dinámica a fin de transformarse y adaptarse a nuevas exigencias que la realidad impone; la convivencia social en libertad genera constantemente nuevos problemas y desafíos a la norma, la adaptación constante de la norma debe ser entendida como natural, tanto para asegurar el resguardo del bien común y también asegurar su propia vigencia.

Al ser el derecho el instrumento regulador de la vida en sociedad, es natural que su construcción tenga dos elementos naturales, por un lado, la valoración moral de las conductas humanas y por el otro la correcta regulación de la misma en una norma que la contenga. De la conjunción de ambos elementos se puede obtener el instrumento formal idóneo para la búsqueda del bien general. En palabras de Finnis (1980) "...una norma es válida si fue proferida por el órgano adecuado bajo el procedimiento correcto." (citado en Hinestroza, 2014 p.194). El derecho es el resultado de la interacción social; la problemática social obliga al derecho a seguir transformándose.

En esta línea nuestro postulado se enmarca dentro del concepto de derecho de John Finnis, tomando a esta ciencia como una amalgama entre "justicia y bien común", como bien define. Para Finnis, a diferencia del concepto clásico iusnaturalista que validaba una norma por estar inspirada en ley natural o divina, la validez del derecho está dada por la razonabilidad de la misma, de modo que es el ser humano, la persona, el verdadero protagonista, la norma parte de él y hacia él va dirigida en una constante retroalimentación, si bien es cierto es la autoridad la que dispone los lineamientos de la conducta humana, la autoridad debe tender a reafirmar la condición de ser individual y libre del ser humano para lograr, a la vez, una mejor convivencia social.

Finnis (1980) "se basa en la razonabilidad práctica que le permite escoger opciones al ser humano". (Citado en Hinestroza, 2014 p.197). El

bien común es la meta de toda conducta inteligente en el iusnaturalismo finnisiano, y el objeto del derecho natural según esta visión es mostrar cómo mejor se satisface esta meta. El ser humano en sociedad tiene el deber de ayudar a la conquista del bien común, y es la razón la que debe guiar hacia esta actividad; la comprensión por parte del legislador de este hecho tiene el objetivo de poner de manifiesto la imposibilidad de concebir al derecho como un principio inerte, sin capacidad de oír, se debe ponderar la importancia de la participación activa de diversos factores más allá de lo expresado en la doctrina o en la legislación vigente.

Así lo esbozaba Rodríguez – Toubes (1993) en su trabajo sobre Finnis: “Un conjunto de principios mediante los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social hacia la más plena realización de ciertos valores autoevidentes que conforman un bien común objetivo.” (p. 376). No solo buscar el bienestar social como resultado de buscar el bien propio como propone el utilitarismo, pues esto vuelve a la norma más impersonal ya que se arroga la capacidad de establecer la opción que más se acerca a la verdadera voluntad del causante.

Es así que, no se cuestiona la validez legal de la norma por injusta, se la debe entender de dos formas a saber: como el instrumento social convenido para resolución de conflictos y como el instrumento capaz de generar convencimiento de justicia en quienes son encargados de aplicarla, y que el error de la tradición legal es no hacer modificaciones necesarias

cuando la realidad lo reclama bajo el supuesto de no alterar el sistema legal, a lo que John Finnis se refería como obligación colateral.

Far from 'denying legal validity to iniquitous rules', the tradition explicitly (by speaking of 'unjust laws') accords to iniquitous rules legal validity, whether on the ground and in the sense that these rules are accepted in the courts as guides to judicial decision, or on the ground and in the sense that, in the judgment of the speaker, they satisfy the criteria of validity laid down by constitutional or other legal rules, or on both these grounds and in both these senses. The tradition goes so far as to say that there may be an obligation to conform to some such unjust laws in order to uphold respect for the legal system as a whole (what I called a 'collateral obligation': see XII.3). p 365.

El estatus de ley debe ser comprendido en todo su sentido. La ley que se siente como injusta tiene origen en el criterio interno, en una premisa moral, y cuando el legislador advierte ese conflicto interno entre lo que es y lo que debería ser, mantener el orden de las cosas no es lo correcto desde una perspectiva ética. La ponderación de la justicia de una norma a sabiendas que esta colisiona con el bien común la trastorna, y es su deber reformarla en virtud de que es la única persona que trasciende el ámbito ciudadano y puede usar ese poder que la sociedad le encarga para buscar una mejor respuesta legal a los intereses universales.

Si bien es cierto, nuestra tesis toma al utilitarismo como base filosófica, lo es en tanto busca establecer la preponderancia del cumplimiento voluntad del causante como eje central de la problemática. “El bien es simplemente la meta de toda conducta inteligente, y el objeto del derecho natural es mostrar cómo mejor se satisface esa meta.” (Rodríguez-Toubes, 1993, p. 376).

## **CAPÍTULO IV: EL TRÁNSITO DE UNA SUCESIÓN FORZOSA A UNA MAYOR LIBERTAR DE TESTAR EN EL DERECHO COMPARADO**

### **4.1 Francia**

El Código Civil francés, no obstante, a que recibió el impacto de las ideas liberales e individualistas de la Ilustración, que exaltaron la autonomía de la voluntad y las facultades omnímodas de disposición, estableció la obligación de reservar parte importante de la herencia a favor de determinados parientes por considerar que la libertar de testar constituía un alto riesgo de enriquecer a un extraño a expensas de la familia o concentrar la riqueza en pocas manos promoviendo las desigualdades.

Sin embargo, en los años 2001<sup>26</sup> y 2006<sup>27</sup>, se reformó en profundidad su derecho sucesorio, modificando más de 200 artículos del Código Civil que

---

<sup>26</sup>Loi n°2001-1135 du 3 decembre 2001 relativo los derechos del cónyuge superviviente y los hijos nacidos fuera del matrimonio y la modernización de varias disposiciones de la ley de herencia.

<sup>27</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 sobre la reforma de sucesiones y donaciones. Esta reforma fue precedida por estudios por parte de la doctrina -jurídicos y sociológicos, en conjunción con la ayuda de notarios, a través de una encuesta realizada en el año 2004, que permitió detectar las necesidades de reforma que se daban en la práctica.

no había sufrido ningún cambio desde 1804, fecha en que se publicó dicho cuerpo normativo. Esta reforma buscó adecuar la institución de la legítima denominada reserva a los cambios y necesidades sociales (aumento de las expectativas de vida, multiplicación de las familias recompuestas, con hijos procedentes de diversas uniones), introduciendo novedades legislativas a favor de la libertad de testar.

La reforma del 2001 mejora la posición del cónyuge viudo, estableciendo que si a una herencia en la que no haya descendientes concurren los padres del fallecido y el cónyuge supérstite, cada uno recibirá la mitad, y en el supuesto que no concurren ni padre ni madre el cónyuge recibirá la totalidad de la herencia con preferencia de los demás ascendientes (Núñez, 2007).

La ley de 2006, sin abandonar los principios fundamentales del derecho de sucesiones, trata de aumentar claramente la libertad de testar, disminuyendo la eficacia de la reserva y afectando su naturaleza al permitir la adjudicación preferente bienes por razón de protección especial de hijos discapacitados o para la conservación y continuidad de las unidades económicas de tipo familiar que a menudo constituye el patrimonio esencial del causante.

Esta reforma elimina la legítima de los ascendientes, reconociendo únicamente como legitimarios a los descendientes y cónyuge del causante.

---

Los ascendientes solo seguirán contando con el derecho de reversión de donaciones hechas al causante que haya fallecido sin descendencia.

Por su parte, la legítima de los descendientes varía en función a los hijos del causante, será la mitad si hay un solo hijo, dos tercios si deja dos hijos y tres cuartos si deja tres o más hijos. Respecto a la legítima del cónyuge sobreviviente en caso no existir descendientes su legítima será de un cuarto del caudal hereditario, y si tuviera que concurrir con los descendientes tendrá derecho a la parte de libre disposición según el número de hijos o bien al usufructo de la herencia o bien a una cuarta parte en nuda propiedad (Ángeles, 2009).

Finalmente, es importante destacar que la reforma realizada en el año 2006, en un afán de asegurar la sucesión al frente de la empresa familiar entre una generación y la siguiente permite la celebración de pactos de familia, también conocidos como acuerdos familiares. Asimismo, a través de los llamados contrato de fiducia encuentra un modo particular de regular los procesos de sucesión en la empresa familiar, permitiendo temporalmente confiar la administración de la empresa en forma de fiducia a terceros expertos.

Al respecto Valmaña (20013) afirma:

Este mecanismo permite paliar la ausencia de directivos familiares entre dos generaciones, o durante un período de fragilidad, evitando que la empresa se vea perjudicada e incluso desaparezca, como consecuencia

de la falta de sucesores preparados en el momento de que la generación precedente cede la administración social (107).

## 4.2 Italia

Al igual que en Francia la cuota legitimaria en el derecho sucesorio italiano varía en función del número de herederos que existan. Tal es así que, si solo concurre un hijo, le corresponde la mitad del patrimonio del causante, la otra mitad puede ser dispuesta libremente. Lo misma regla se aplica cuando concurre solo el cónyuge, salvo que concorra con otros descendientes, en cuyo caso la ley le reserva además el usufructo de la vivienda familiar. También se tendrá la libre disposición de la mitad de los bienes cuando concurren solo los ascendientes.

En el caso que existiera a la muerte de la persona más de un hijo les corresponde las dos terceras partes de la herencia, que será repartida en partes iguales, quedando un tercio a la libre disposición. Si existiera el cónyuge con un hijo a cada uno le corresponde un tercio, sin embargo, esta cuota variará si concurre con más de un hijo, a quienes les corresponderá los  $\frac{2}{4}$  del patrimonio mientras que al cónyuge supérstite  $\frac{1}{4}$  y el  $\frac{1}{4}$  restante será de libre disposición.

De concurrir solo el cónyuge con los ascendientes, la mayor parte del patrimonio,  $\frac{2}{4}$ , le corresponderá al cónyuge y solo  $\frac{1}{4}$  a los ascendientes, quedando  $\frac{1}{4}$  a la libre disposición.

La legítima existe en beneficio de los ascendientes, descendientes y cónyuge. Prevalciendo, sin duda, la posición del cónyuge cuya cuota varía entre la mitad y un cuarto del patrimonio del causante, además del derecho de usufructo sobre la vivienda familiar.

Pero la novedad más destacable del derecho sucesorio italiano lo constituye la incorporación de los pactos sobre herencia futura mediante la Ley 55/2006, del 14 de febrero. No obstante, a estar prohibidos con carácter general, el legislador italiano los admite excepcionalmente, con el objetivo de facilitar la sucesión generacional y evitar la fragmentación o disolución de la empresa familiar.

El pacto de familia, el mismo que se configuran como una categoría negocial, típica, nueva y nominada, regulándose en el artículo 768-bis del Código Civil (dentro del Título IV del Libro II, dedicado a la división en materia sucesoria) se define como el contrato con el que, en conjunción con las disposiciones de empresa familiar y respetando las distintas tipologías societarias, el emprendedor transfiere, en su totalidad o en parte, la empresa o las participaciones sociales a uno o más de sus descendientes. Con esta figura se da validez excepcional a los contratos sobre herencia futura para disponer de la empresa familiar.

### **4.3 País Vasco**

Desde el 3 de octubre del año 2015<sup>28</sup> se introducen modificaciones sustanciales al Derecho Civil aplicable en la Comunidad Autónoma Vasca, especialmente en materia de sucesiones, apartándose de los principios y de la regulación del Código Civil vigente hasta entonces en la mayor parte de su territorio, y terminando hasta cierto punto con la fragmentación normativa al establecer un régimen uniforme aplicable a toda la Comunidad Autónoma Vasca.

Una de las principales novedades es la ampliación de la libertad de testar al establecer una legítima única para los hijos o descendientes de un tercio del caudal hereditario, no obligando al futuro causante a repartirla de manera igualitaria entre sus herederos, pudiendo incluso privar a unos de la legítima y atribuírsela íntegramente a los demás o a uno solo sin alegar ninguna causa para ello (figura del apartamiento). Así como también puede nombrar a sus nietos en defecto de sus hijos, aunque éstos vivan.

Otra modificación sustancial que abre un camino más amplio a la libertad de testar, es la extinción de la legítima en favor de los ascendientes, estableciéndose que solo tendrán la condición de legitimarios los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o superviviente de la

---

<sup>28</sup> A través de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco que deroga la Ley 3/1992 de 1 de julio y la Ley 3/1999 de 26 de noviembre, que regulaban el Derecho Civil aplicable en los Territorios Históricos de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa.

pareja de hecho<sup>29</sup>. Por lo tanto, los ascendientes únicamente heredarán si así lo dispone el causante, a excepción de las sucesiones intestadas.

Con la reducción de la cuota legitimaria y extinción de los padres de la categoría de herederos forzosos se amplía el porcentaje de libre disposición del causante, teniendo la oportunidad de poder beneficiar con su patrimonio a quienes no necesariamente sean familiares directos.

Asimismo, se mejora la posición del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, quienes según sea el caso tendrán derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriese con descendientes, el mismo que se incrementará a dos tercios, en defecto de estos últimos. Además de su legítima, tendrán derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, siempre y cuando se mantenga en estado de viudez, no haga vida marital, ni constituya una nueva pareja de hecho, mucho menos tenga un hijo extramatrimonial.

También con una preocupación especial de mantener la continuidad de la empresa familiar, se introducen los pactos sucesorios<sup>30</sup> como una tercera fuente de vocación sucesoria que se hace extensivo a todo el País Vasco, buscando con ello evitar que la aplicación rigurosa del derecho sucesorio provoque su desaparición.

---

<sup>29</sup> Artículo 47º Son legitimarios: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

<sup>30</sup> Acto jurídico bilateral (contrato) en el que los firmantes, vinculados siempre por un grado de parentesco, acuerdan mediante escritura pública el nombre de los herederos y las condiciones en las que se harán cargo del negocio u otro patrimonio. Estuvo pensado para la conservación de la empresa familiar que forma la mayor parte del tejido empresarial español.

Este nuevo régimen sucesorio vasco, cuya finalidad ha sido armonizar el ordenamiento civil vasco, ha diseñado un sistema que, sin perjuicio de la conservación de determinadas instituciones forales singulares en determinados ámbitos geográficos, busca ajustarse a las reformas normativas de otros derechos civiles forales y europeos, que tienden a eliminar las trabas existentes a la libertad de testar y permiten ordenar la sucesión desde un plano de mayor igualdad.

#### **4.4 Cataluña**

En Cataluña con la última reforma en el año 2008<sup>31</sup>, y con una tendencia hacia la libertad de testar, se disminuye la importancia de la legítima, no obstante a mantenerse inalterable su cuantía en una cuarta parte del valor de la herencia.

Con la reforma esta cuantía puede reducirse por verse mermado el caudal hereditario sobre el que se calcula, ya que solo se computan las donaciones efectuadas 10 años antes del deceso del causante, salvo que sean donaciones en beneficio de los legitimarios e imputables a la legítima, en cuyo caso no hay límite temporal. Asimismo, el plazo de prescripción de la acción para exigir la legítima se reduce de quince a diez años.

---

<sup>31</sup> Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Esta ley deroga el Código de Sucesiones regulado por la Ley 40/1991 del 30 de diciembre.

Otra medida que muestra un intento de dotar de mayor libertad al causante, es la supresión de la legítima de los ascendientes en concurrencia con los descendientes y la inclusión de la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, como causal de desheredación, siempre y cuando obedezca a una causa exclusivamente imputable al legitimario. Con ello se otorga al causante la posibilidad de favorecer al legitimario que más atenciones le haya brindado durante su vejez.

Del mismo modo, en el artículo 412-3 del Libro Cuarto del Código Civil se introducen dos nuevas causas de indignidad sucesoria. Por un lado, no podrá heredar aquél que cometa delitos de lesiones graves, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral, incluyendo los delitos de violencia familiar y de género, o contra la libertad o la indemnidad sexual en agravio del causante o cualquier otra persona de su núcleo familiar. Tampoco podrá heredar quien cometa delitos contra los derechos y deberes familiares, como por ejemplo la falta de pago de prestaciones económicas impuestas en procesos matrimoniales, incumplimiento del deber de custodia, sustracción de menores, entre otros.

Esta reducción de derechos a los legitimarios se ajusta a la realidad social contemporánea, en el que se viene prevaleciendo el interés en preparar académicamente a los hijos sobre el interés en procurar un patrimonio para cuando los padres ya no estén presentes.

La modificatoria, si bien no se aparta de los principios sucesorios que han venido rigiendo el derecho de sucesiones en Cataluña, como son: universalidad del título de heredero, necesidad de heredero, incompatibilidad de títulos sucesorios, el prevalecer del título voluntario y la perdurabilidad del título sucesorio, está enfocado a actualizar el derecho sucesorio catalán a los cambios que ha experimentado la sociedad con posterioridad a la promulgación del Código de Sucesiones en 1991 (Bufete Escura, 2008).

#### **4.5 Galicia**

En Galicia con una opción clara a favor de la libertad de testar, en el año 2006<sup>32</sup> se introduce diversas reformas al sistema legitimario siendo quizá uno de sus aspectos más novedoso y relevante, a igual del País Vasco, la eliminación de los ascendientes de la categoría de herederos forzosos (Art. 238).<sup>33</sup>

Otra innovación novedosa y de repercusión social es la modificación de la legítima de los descendientes, sustituyendo el tradicional sistema de tercios por el sistema de cuartos. De tal forma se reduce cuantitativamente a la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que será distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes (At. 243). Análoga reducción se produce en la cuantificación de la legítima del cónyuge viudo que cuando concorra con descendientes le corresponderá el usufructo vitalicio de un

---

<sup>32</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, con 170 artículos, 2 disposiciones adicionales y 4 disposiciones transitorias se sustituye la anterior Ley 4/1995, de 24 de mayo.

<sup>33</sup> Quedando únicamente integrado por los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y el cónyuge viudo no separado legalmente o pareja de hecho que cumpla con los requisitos del apartado 2 de la Ley 10/2007 de 28 de junio que reforma la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006.

cuarto del valor del caudal hereditario (Art. 253) o de la mitad si no existiendo descendientes la concurrencia es con extraños (Art. 254) (Rebolledo, 2008).

En cuanto a las reglas para su fijación, se conserva el sistema de computación de las donaciones y demás disposiciones a título de liberalidad con la posibilidad de que se reduzcan las mismas por inoficiosas, pero con la novedad de que ya no se valoran al tiempo de la partición o pago de la legítima, sino que se computarán por el valor que tuvieran los bienes en el momento de la transmisión, actualizado monetariamente al tiempo del pago de la legítima (Rebolledo, 2008).

Se establece la legítima como un derecho de crédito debido a que su naturaleza jurídica pasa a ser de *pars bonorum* a *pars valoris*, configurándose como una parte del valor del haber hereditario líquido. En tal sentido, el legitimario pasa a ser considerado, a todos los efectos, como un acreedor, teniendo únicamente acción personal y no real para reclamar su legítima que prescribe a los 15 años del fallecimiento del causante (Rebolledo, 2008).

Aunque todavía alejado del sistema de la absoluta libertad de testar propio de los países anglosajones, el Derecho Civil gallego centrándose en una profunda y relevante modificación del régimen jurídico de la legítima, apuesta a favor de la mayor libertad de testar.

#### 4.6 Navarra

Navarra es otro de los ordenamientos forales caracterizados por una mayor libertad de testar. La legítima la encontramos definida en la Ley 267 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. Según esta disposición normativa, los únicos herederos forzosos son los hijos, propios y adoptivos, y en defecto de los mismos sus descendientes de grado más próximo, no teniendo éstos más prerrogativas económicas en la herencia de sus padres que las que éstos quieran otorgarles. Solo se obliga al causante a utilizar la fórmula rituarial de la institución dejando por lo menos a cada hijo cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles<sup>34</sup>.

Por lo tanto, su legítima carece de contenido patrimonial exigible y no poseen la cualidad de heredero, no pudiendo ejercitar las acciones propias del mismo, ni responder de las deudas hereditarias. De la interpretación de esta regulación se infiere que se puede designar libremente heredero y disponer con libertad de los bienes para después de la muerte.

---

<sup>34</sup> “El sueldo era una moneda antigua que equivalía a medio real. El sueldo carlín era una moneda navarra de plata y vellón de la Edad Media. Había carlines blancos y negros; los blancos tenían mayor valor, mientras que los negros poseían un menor valor debido a su contenido de plata de menor ley. Con el paso del tiempo, las acuñaciones fueron a peor y los carlines negros, con una calidad o ley de plata cada vez menor, se subdividieron a su vez en fuertes y febles o débiles, siendo estos últimos de un valor ínfimo. Pero el significado de esta herencia hay que mirarlo con lupa, pues el sueldo carlín no es de curso legal y, por tanto, su valor es igual a cero. Asimismo, la robada de tierra en los montes comunales carece de la más mínima eficacia, ya que los ayuntamientos, como titulares que son, pueden disponer del uso y disfrute de las tierras del común. En definitiva, el valor económico de estos sueldos es casi inferior a la nada más absoluta y dejar en herencia una robada en los montes comunales es como regalar el aire que se respira, en un alarde y un derroche inaudito de generosidad” (Platero, 2017, p.300).

Sin embargo, el derecho a la libertad de testar del causante navarro tiene dos grandes limitaciones: a) *El denominado usufructo de fidelidad* sobre todo el patrimonio del difunto que goza el cónyuge o conviviente sobreviviente. Derecho que estará vigente mientras no se renuncie al mismo o se celebre nuevo matrimonio, salvo que se incurra en causa de separación por abandono del hogar familiar, infidelidad conyugal, incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares o haber atentado contra la vida del otro; y b) *La reiteración de nupcias*, dejando hijos del primer matrimonio, en cuyo caso no puede desprotegerlos por imperio de la ley. (Fernández & Fernández, 2010).

#### **4.7 Aragón**

El Código Civil aragonés ha sufrido reformas por varias leyes, actualmente se encuentra vigente el Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, Texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

Entre las leyes que se han refundido se encuentra la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que en su artículo 171 regulaba la denominada *legítima colectiva*<sup>35</sup> para los descendientes a los que se les reservaba la mitad de la herencia. De acuerdo a esta disposición normativa el causante tenía amplia libertad para

---

<sup>35</sup> El carácter colectivo de la legítima significa que, aunque no todos los legitimarios tienen la misma consideración legal, todos están legitimados para recibir la legítima y ninguno, salvo que sea el único, tiene derecho individual a parte alguna. Es una manifestación de la libertad de distribuir la legítima entre el grupo de descendientes.

distribuirla entre los legitimarios, pudiendo dejarle todo a un solo descendiente o distribuirlo de manera equitativa. Esta figura ha sido trasladada al nuevo Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo 486. Lo más rescatable es que se mantiene la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios como se regulaba anteriormente.

En la misma línea de los demás regímenes forales, en la presente regulación, no ostentan la condición de legitimario ni los ascendientes ni el cónyuge viudo. No obstante, como un sistema alternativo de protección a la segunda figura, se reconoce el derecho de viudedad adquirido con el matrimonio, que será expectante, mientras no se produzca el fallecimiento del otro cónyuge, y se convertirá en vitalicio y universal tras el fallecimiento del mismo, el mismo que existirá, aunque se pacte separación de bienes entre los cónyuges (Platero, 2017).

Con la reducción de la cuota legitimaria, la norma aragonesa amplía notablemente la libertad de disposición con una tendencia hacia una mayor libertad de testar en congruencia con el principio de solidaridad intergeneracional.

#### 4.8 Cuba

En su afán de reformar el sistema legitimario, en pos de una legítima de corte asistencial que dinamice las sucesiones y que atienda las necesidades del individuo más allá del mero tránsito intergeneracional del patrimonio familiar, el legislador cubano del Código Civil<sup>36</sup>, abandonando el clásico sistema legitimario español, heredado de Roma, ideó un sistema de protección legitimaria que suprime la existencia de herederos forzosos, reduciéndolo al concepto de herederos con especial protección, condicionado su reconocimiento a la incapacidad para trabajar y la dependencia económica del causante. Si bien, para del derecho sucesorio cubano los vínculos de sangre y conyugales importan, pero no son suficientes para arroparse la condición de legitimarios (Cobas & Pérez, 1997).

El parentesco, en el territorio cubano, hoy en día, no es un requisito sine qua nom para superar el test de especial protección, además deberá demostrarse no estar apto para el trabajo y depender económicamente del testador. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de numerosas resoluciones, como la sentencia N°232 del 24 de marzo del 2003, que en su primer considerando dejó sentado que *la cónyuge accionante no aportó ninguna prueba encaminada a demostrar tener la calidad de heredera especialmente protegida de su cónyuge fallecido, según el Tribunal no basta con ser la cónyuge sobreviviente del causante, sino que*

---

<sup>36</sup> Entró en vigor 12 de abril de 1988 dando fin a casi un siglo de dominio español en la regulación de las relaciones jurídicas civiles en territorio nacional.

*además no debe ser apta para el trabajo y debe haber dependido económicamente de él (Pérez, 2013).*

Mucho más explícito aún son los fundamentos recaídos en la sentencia N°484 del 31 de julio del 2013, que en su segundo considerando, frente a un caso similar, precisó que *para encajar dentro de la categoría de heredero especialmente protegido, se requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en ese caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, siendo que la omisión de uno de ellos invalida el proceso de reconocimiento de legitimario asistencial (Pérez, 2013).*

Siguiendo la expresión literal del artículo 493 del Código Civil cubano pueden ser considerados herederos especialmente protegidos, los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; el cónyuge sobreviviente, y; los ascendientes. Las circunstancias para reclamar ésta condición son coyunturales y por regla general transitorias, como la minoría de edad, discapacidades de tipo intelectual, sensorial o física o psíquica que impidan al individuo ejercer sus potencialidades y capacidades, y la situación de dependencia o vulnerabilidad económica.

Estas circunstancias deben coincidir con el momento del fallecimiento de la persona de la cual se reclama la condición de legitimario. Por tanto, si antes de la muerte del testador cesan los presupuestos legales del reconocido como especialmente protegido, no podrá adjudicársele la

legítima porque habrá perdido tal condición, lo mismo ocurre si cesan los requisitos a la muerte del testador.

La existencia de herederos especialmente protegidos limita la libertad de testar a la mitad del caudal hereditario, no pudiendo el testador imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que les corresponde. Se trata de una limitación excepcional que procederá solo por causas especiales y fehacientemente demostradas, como son la no aptitud para trabajar y la dependencia económica, Cobas & Pérez (1997) afirman:

La no aptitud para trabajar implica la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva que le permita vender su fuerza de trabajo y recibir a cambio una remuneración con la que pueda obtener los recursos mínimos monetarios para emprender una vida económica con la solvencia necesaria (p.19).

Por su parte la dependencia económica implica un déficit económico que conlleva a vivir a expensas del causante.

La implantación del régimen asistencial busca proteger a aquellos que queden en un estado de vulnerabilidad tras el fallecimiento de su causante. No obstante, como se ha visto los vínculos de sangre y conyugales no son suficientes para tener la condición de legitimario, además deberá probarse la no aptitud para trabajar y la dependencia económica. Con la exigencia de estos dos requisitos concurrentes que prescribe el artículo 493 del Código

Civil se reduce el número de beneficiarios con la calidad de heredero asistencial.

La institución del heredero especialmente protegido, es exclusiva de la sucesión testamentaria, esto es que no tiene cabida alguna en la sucesión intestada. Por tanto, como señala Alfaro (2011):

...Así tenemos no sólo que en la sucesión intestada los herederos especialmente protegidos en caso de ser descendientes, cónyuges o padres con especial protección adquirirán porciones iguales al resto de los sucesores legales que no ostenten tal condición, sino además que pudieran no recibir nada si se trata de ascendientes a partir del segundo grado en caso de que existan parientes más próximos por la aplicación de la exclusión de grados que informa a la sucesión sin testamento (p.237).

No existe conexión alguna entre los preceptos que sistematizan la legítima cubana y los que regulan la sucesión intestada, situación que da lugar a que los especialmente protegidos queden indefensos cuando su causante no ha otorgado testamento, salvo la interpretación de los artículos 514.2 y 516 del Código Civil que reconoce a los padres del causante una posibilidad de heredar en el primer llamado sucesorio junto con los hijos y demás descendientes y cónyuge supérstite, siempre que no se encuentren en aptitud para trabajar y dependencia económica de éste, con la salvedad que heredarán a partes iguales como un heredero más y no la mitad de la

herencia como les correspondería, si hubiesen sido instituidos como herederos especialmente protegidos.

El que sea una institución omisa en la sucesión intestada, ha conllevado a que la mayor parte de la doctrina cubana y extranjera la considere como la más connotada antinomia. Por una parte, de existir herederos especialmente protegidos, se limita la disponibilidad patrimonial del testador en su testamento a la mitad de su caudal hereditario, y sin embargo de otra, en la sucesión intestada omite la consagración de los propios herederos, provocando que en esta sucesión las mismas personas protegidas si su causante hubiese testado, queden desamparadas (Cobas & Pérez, 1997).

Si bien, la circunscripción de esta figura a la sucesión testamentaria ha provocado confusiones e imprecisiones en su interpretación y aplicación, no podemos dejar de reconocer que su regulación reviste gran importancia porque reserva una parte de la herencia a un grupo de sucesores del fallecido que se encuentran en una situación especial respecto de este. Con el reconocimiento del heredero especialmente protegido, el derecho sucesorio cubano transita de un sistema de legítima parental a un sistema de legítima asistencial, manteniendo un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía, priorizando las atribuciones patrimoniales con fin asistencial en beneficio de las personas que a la muerte del causante quedan desamparadas.

#### 4.9 Argentina

Antes que entre en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>37</sup>, los causantes solo podían disponer del 20% (un quinto) del total de sus bienes cuando concurrían a su fallecimiento herederos forzosos. Hoy en día, esta cuota considerada excesiva por la doctrina, en comparación con el derecho comparado de corte romano, se ha reducido a los  $\frac{2}{3}$  en el caso de la legítima de los descendientes y de los  $\frac{2}{3}$  a  $\frac{1}{2}$  en caso de los ascendientes, permitiendo al causante tener una mayor disposición de su patrimonio, ya sea para mejorar a algún heredero forzoso, o a un nieto, sobrino, biznieto, según sea el caso, o a un tercero que a pesar de no tener un vínculo sanguíneo lo une un fuerte vínculo afectivo.

Con esta disminución de las legítimas hereditarias, el derecho sucesorio argentino, compatibilizando la autonomía de la voluntad del causante con los derechos hereditarios de los herederos forzosos, apuesta por un destino más flexible al momento de distribuir el patrimonio para después de la muerte, posibilitando a las personas disponer libremente a favor de cualquier persona, o de uno o alguno de sus herederos del 33,33 % de su patrimonio cuando tiene hijos, y del 50 % cuando tiene ascendientes o cónyuge.

Si bien, con esta modificación se fortalece la autonomía de la voluntad como fuente de vocación sucesoria, acogiendo la evolución del comportamiento social, no obstante, continúa siendo una de las cuotas legitimarias más altas en Latinoamérica, que se establece en beneficio de

---

<sup>37</sup> Vigente desde el 1° de agosto del 2015.

los herederos forzosos. Solo se ha equiparado a la cuota legitimaria regulada en nuestro derecho sucesorio por años.

Una de las mayores novedades introducidas por este código es la norma que protege a los descendientes y ascendientes con discapacidad, al permitirles obtener mayor beneficio económico en atención a su condición. Según prescribe el artículo 48 del Civil y Comercial de la Nación, se considerará que una persona es discapacitada cuando padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Por su parte el artículo 2448 del Código Civil y Comercial prescribe que el causante puede disponer por el medio que considere conveniente, además de la porción disponible, de un tercio de la legítima (del 66%) para aplicarlas como mejora estricta a los ascendientes o descendientes con discapacidad. Esto es, a modo de ejemplo, que un causante por vía de testamento, deje a favor de un hijo con discapacidad un tercio del 66% de la legítima (cuyo equivalente es el 22%), pero además puede beneficiarlo con el tercio del libre disposición y sobre el 44% restante dividirlo entre los demás hijos por igual, incluido aquel que tiene discapacidad.

El legislador argentino, basándose en el principio de solidaridad familiar y acorde con los tratados internacionales que ha ratificado en defensa y protección de los discapacitados, ha previsto que el padre pueda utilizar una

tercera parte de la porción legítima para igualar, aunque sea solo económica, las desigualdades que la vida depara a los hijos.

Esta mejora no procede de pleno derecho, ni tampoco puede ser solicitada por el interesado, toda vez que no es un derecho por sobre el resto de herederos, sino un acto discrecional del causante, quien puede decidir no hacer uso de esta institución jurídica. Por tanto debe entenderse que la discapacidad no otorga un mejor derecho, pero sí es condición necesaria para ser mejorado por el causante.

## **CAPÍTULO V: REDUCCIÓN DE LAS PERSONAS CON DERECHO A HEREDAR**

### **5.1 La legítima de los descendientes ante la actual realidad del concepto de solidaridad familiar**

El principio de solidaridad familiar, si bien no está conceptualizado expresamente en la norma, lo encontramos consagrado en innumerables instituciones que forman parte fundamentalmente del derecho de familia y sucesorio, como por ejemplo, citando algunos, el deber de los padres de prestar alimentos a los hijos, la autonomía de la voluntad de los contrayentes al momento de celebrar el matrimonio de elegir el régimen patrimonial de acuerdo a sus intereses, los legados y el tema que nos ocupa la legítima de los herederos forzosos.

La solidaridad lleva implícita la idea de reciprocidad, de ahí que, en el caso de la legítima, es entendida como el apoyo mutuo entre los miembros

de la familia. Sin embargo, sin ánimo de juzgar las conductas que se alejan de la reciprocidad, que debe primar en la relación padre e hijo, como la falta de relación afectiva y comunicación entre ambos, el abandono sentimental sufrido por el padre durante su última enfermedad, la ausencia de interés del hijo, en relación con los problemas del padre; dan lugar a que este principio se quiebre, quedando en el campo de la moral calificar el actuar de los legitimarios, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos que no tienen causas de desheredación ligadas al abandono material y afectivo (Vaquer, 2017).

Incluso en aquellos ordenamientos jurídicos donde se reconoce el abandono material y afectivo como causas para apartar de la legítima a los herederos forzosos, la dificultad de probar la existencia de estos comportamientos hace que la solidaridad dentro de la familia como fundamento de la legítima muchas veces sea unidireccional para el causante con los legitimarios, lo que permite dudar de que la legítima responda verdaderamente a una finalidad solidaria.

Es importante también mencionar que si bien la legislación vigente se preocupa de sancionar al hijo que no presta alimentos, socorro, o comete un delito o acto moralmente incorrecto, pero en ningún caso contempla el reconocimiento del hijo que siendo uno de varios, es el único que se hace responsable de los padres, cubriendo los gastos de alimentos, asistencia médica, prestando vivienda, etc., mientras que los demás se desentienden por completo, pero a la muerte de los padres, de acuerdo a la ley y a la poca moral heredan por igual. Me pregunto si, bajo el fundamento del principio de

solidaridad, podría evaluarse que la cuota legitimaria pase por un proceso de previa liquidación del reembolso de pago a uno o más de los herederos, o incluso a un tercero que acredite haber otorgado alimentos, en el amplio sentido de la palabra.

La mayoría de la doctrina considera que el fundamento legal de la legítima es el reparto igualitario en función del número de legitimarios, careciendo de relevancia cuál es la situación particular, las necesidades o dificultades de cada uno de los hijos. En este sentido, al margen de la finalidad solidaria que postula la legítima, constituye una limitación a la libertad del testador para poder dejar por testamento, los bienes que estime conveniente, a los sujetos que él considere idóneos para sucederlo.

Refiriéndose a la solidaridad en el derecho sucesorio Magariños (2016) nos dice:

La solidaridad no puede constituir fundamento razonable para imponer el reparto o atribución forzosa a favor de personas a las que después de haber dedicado atenciones y desvelos durante media vida, de ayudarles en las necesidades de la niñez, sufrir las preocupaciones de la adolescencia, soportar los gastos y dedicación que requiere su formación integral, tengan, además, que dejarles forzosamente buena parte del resto que quede de su patrimonio. En tal caso no se puede hablar de solidaridad, en cambio sí de falta de equidad (p.10).

Si bien, la legítima es una institución acertada, ya que su fin último es garantizar la estabilidad de lo más importante de la vida de un ser humano,

su familia; sin embargo, recorta uno de los principales derechos del hombre, la libertad, y más aún no tiene cabida en una concepción de la persona y familia propias del siglo XXI, que nada tienen que ver con la que existía en el tiempo de la codificación.

Por tanto, reflexionando sobre el principio de solidaridad que inspira la legítima, debe evaluarse cambios en su configuración que permitan a la persona ejercer su libertad de decisión, dejando a salvo, sin lugar a duda, cuando de descendientes se trate, la protección de los menores de edad y en los casos de discapacidad siempre y cuando no puedan sustentarse económicamente de forma autónoma. (Platero, 2017).

Pues bien, la finalidad de la legítima es la supervivencia de la familia y, principalmente, de los descendientes, por ello la restricción a la libertad del testador debe orientarse a garantizar la continuidad de la familia respecto de quienes están en potestad del padre de familia y no colocar en un pie de igualdad a todos los herederos, es decir, de quienes a la muerte del causante aún no están en condiciones de garantizar su independencia económica ya sea por no haber alcanzado la mayoría de edad o porque habiéndola obtenido se encuentren siguiendo estudios superiores, o porque no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual

Sin ánimo de abrir un cuestionamiento respecto a quiénes ampararía este beneficio, la legítima debe responder a la necesidad de protección de los descendientes como consecuencia de la edad y discapacidad. Esto es que, cuando de descendientes se trate, solo tendrían la calidad de herederos

forzosos los hijos menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual.

De esta forma el testador tendrá mayores probabilidades de distribuir sus bienes en función a sus preferencias, pues nadie conoce mejor que él las necesidades y las habilidades de sus descendientes, pudiendo sopesar todas las circunstancias y ejercer la equidad con mayor aproximación. Solo estaría obligado a reservar las dos terceras partes de su patrimonio cuando, a pesar de no tener hijos en situación de vulnerabilidad, concurren sus demás herederos forzosos como los padres y demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

Por lo expuesto, sin apartarnos del principio de solidaridad que debe primar en la relación familiar, es necesario una reforma del derecho sucesorio, que pasa necesariamente por replantear la condición de legitimario, proponiéndose que en el caso de los descendientes solo se consideren como herederos forzosos los hijos y demás descendientes menores de edad y los hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentren en situación de dependencia y no puedan autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual.

Esto aumentará la porción de libre disposición, permitiendo que otras personas (físicas o jurídicas) aunque no sean parientes, pueden recibir parte del patrimonio luego de la muerte del testador en mayor porcentaje del que

se establece actualmente, incluso el testador puede optar por repartir su patrimonio igualitariamente a sus descendientes por propia voluntad y no porque así se le imponga.

Lo que se busca es que se le reconozca a la persona mayor libertad al momento de ordenar su patrimonio y no dejar que el Estado siga interfiriendo en la decisión personalísima de la persona de qué hacer con sus bienes para después de su muerte. Debe ser el afecto y no la ley que dicte el destino de los bienes de una persona cuando no concurren a la herencia descendientes que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad y dependencia.

## **5.2 La legítima como limitación excepcional a la libertad de testar**

Nuestra propuesta es que el derecho sucesorio esté regido por la libertad de testar como regla general, y por excepción por la cuota legitimaria de los herederos forzosos, los mismos que en el caso de los descendientes, el parentesco, por sí solo, no será suficiente fundamento ético para adquirir tal condición, sino que, en atención a la función social de la legítima, deberán además coincidir especiales situaciones de necesidades derivadas de la edad o discapacidad.

La necesidad de la extensión gradual de la libertad de testar no solo se justifica y fundamenta en una mejor adaptación a las circunstancias cambiantes de la sociedad, sino principalmente al respeto del principio

fundamental de la libertad tanto inter vivos como mortis causa, fortaleciéndose así la voluntad del testador como fuente del derecho sucesorio, que si bien puede ser influenciable y manipulable por parientes o extraños que estén cercanos al testador, quienes en su afán de sacar algún provecho, se esfuerzan por dirigir su voluntad; sin embargo, la norma no permitirá el abuso de derecho cuando concurren los herederos forzosos.

Debemos tener en cuenta que el peligro de influencias afectivas es latente en todos los actos de la vida, cualquiera que sea la edad y la situación de la persona. Por lo tanto, pretender que la legítima sea un freno para evitar la captación de la voluntad de los padres de avanzada edad y los comportamientos oportunistas, sería una injusta solución generalizadora, que sin duda afectaría a todos los testadores. Lo normal es favorecer a los hijos y si el testador los distingue o atribuye la herencia a otra persona sus legítimas razones tendrá (Magariños, 2016).

La imperatividad de la ley no debe ocultar la causa de la disposición que es el amor y el afecto, por ello la legítima de los descendientes será una limitación a la libertad solo en la medida que necesiten protección, y no debe restar valor a la generosidad ni privar un derecho tan sustancial como el de poder disponer libremente de los bienes teniendo en cuenta comportamientos, afectos y méritos que solo el testador está en condiciones de conocer.

La legítima no debe constituir un límite a la autonomía de la voluntad cuando no exista un deber de asistencia basado en la necesidad de atender

a los descendientes por su edad o discapacidad. Debemos partir de una libertad de testar en el mayor grado posible, que no solo contemple el acto de otorgar testamento, sino también de decidir su contenido, cuando no concurren hijos y demás descendientes menores de edad, ni hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentren en situación de dependencia y no puedan autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual, así como tampoco los demás familiares determinados por ley a recibir un concreto valor del patrimonio.

Manteniendo cierta coherencia y continuidad con el histórico sistema de legítimas, nuestra propuesta de excluir como herederos forzosos a los hijos mayores de edad que no estén discapacitados o que estándolo puedan autosostenerse, busca adecuar el sistema legitimario peruano a las necesidades del tiempo en que vivimos, en el que las condiciones sociales y económicas poco tienen que ver con las existentes al tiempo de la codificación, por lo tanto, continuar protegiendo a los hijos por igual ya no se justifica.

### **5.3 Los menores de edad y personas con discapacidad como límites de la libertad para disponer**

La institución de la legítima se sustenta en el amparo familiar y en la solidaridad, pero la actual legislación en materia sucesoria no contempla un derecho especial para los menores o para las personas con discapacidad que requieran total asistencia y apoyo, por el contrario, impone un reparto

igualitario a los hijos, sin importan las condiciones particulares que los coloca en estado de vulnerabilidad.

Hemos indicado y demostrado a lo largo de nuestro trabajo que las circunstancias existentes al tiempo de la codificación civil en materia sucesoria guardan mucha distancia con las condiciones sociales actuales, por lo tanto ya no se justifica que el Estado se siga imponiendo a la voluntad de la persona señalando ciegamente qué tiene que hacer y cuál deber ser el reparto de sus bienes, en beneficio de hijos que a su muerte no necesitan ser protegidos y que probablemente estén desvinculados del grupo familiar.

Solo se justifica que el Estado limite la libertad de disposición limitando un derecho básico, la libertad, cuando exista razón de peso, que a nuestro criterio es la protección de los derechos sucesorios de los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad con discapacidad, siempre y cuando estos últimos se encuentren en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual, ya que persona con discapacidad no es sinónimo de dependencia.

En este sentido, para modificar la determinación de la legítima de los descendientes, debemos tener en cuenta las circunstancias especiales en que se encuentra la persona como consecuencia de la edad o discapacidad. Por ello consideramos que aquellas propuestas que plantean la supresión de la legítima de los descendientes es extremista y deben ser rechazadas de plano.

No reconocer derechos sucesorios a los familiares que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como los hijos menores de edad o hijos discapacitados que no son autodependientes por razón de sus discapacidad, sería un panorama desolador, más aún si tenemos en cuenta los recientes cambios sustantivos al Código Civil relativos a la capacidad, que con el objetivo de promover la inclusión de las personas con discapacidad y garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, cambia de paradigma dejando de lado el paternalismo y el concepto civilista de protección jurídica a través de la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad y da paso a la toma de decisiones con apoyos.

Con estos profundos cambios en la regulación de la capacidad jurídica, introducidos por el Decreto Legislativo 1384, publicado con fecha 04 de setiembre de 2018, se ha buscado adaptar la legislación nacional a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 12, establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, haciendo hincapié entre otros derechos al de la herencia.

Modificar la legítima de los descendientes, no significa eliminar el sustento más importante que es la solidaridad familiar. El cambio es ¿con quién y por qué? Estamos seguros que en un tiempo no tan lejano, la regulación de la legítima será materia de análisis, en el que se busque un justo equilibrio entre el respeto a la libre disposición del testador y la

protección de los descendientes, permitiendo a la persona pueda siempre decidir a quién dejar lo que le pertenece en base a criterios subjetivos que configuran una elección personalísima, más aún si tenemos en cuenta que el Código Civil en materia de sucesiones es anterior a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no encontrándose a la fecha contempladas en las instituciones del derecho de sucesiones.

#### **5.4 Limitación de la legítima sin vulnerar la Constitución Política de 1993**

El inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la propiedad y, seguidamente el derecho a la herencia: “toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia”. El reconocimiento de ambos derechos en un mismo inciso no obedece a un simple criterio coincidente sino más bien a la consustancialidad entre ellos. Para el ejercicio del derecho a la herencia necesariamente tiene que observarse el contenido del derecho de propiedad. Por tanto, puede existir propiedad sin herencia, pero no a la inversa, desde la perspectiva del causante quien solo podrá transmitir los bienes que son de su propiedad. Pues, no es posible identificar el derecho a la herencia sin propiedad respecto de los bienes que integran el patrimonio a transmitir.

No obstante, debemos hacer hincapié que el derecho sucesorio no está limitado al derecho de propiedad, esto significa que puede haber

herencia que no conlleve el derecho de propiedad, como por ejemplo los títulos nobiliarios, el derecho a mantener un contrato de arrendamiento. Del mismo modo, pueden darse declaraciones testamentarias que no son patrimoniales, pero sí importantes para el derecho, tales como el reconocimiento de un hijo, la negación de la paternidad, el reconocimiento de una unión de hecho, entre otros.

Ambos derechos no son absolutos, están delimitados por su función social. Como es sabido, el contenido esencial del derecho de propiedad otorga a su titular la posibilidad usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia. Esto es que el derecho a la propiedad está supeditado a causas de seguridad nacional o necesidad pública, al estado de necesidad de determinados parientes, como la obligación de prestar los alimentos, así como también está gravada con diversos impuestos que aquejan el disfrute pleno de la misma con la finalidad de distribuir la riqueza.

Por su parte el derecho a la herencia que es propiamente un modo de transmisión de la propiedad a ciertos parientes del causante con ocasión de su muerte, se encuentra limitado por cuestiones de indignidad y desheredación, en cuyo caso de probarse, desaparece la obligación legal de reservar parte del patrimonio y se aumenta la cuantía de libre disposición.

De la interpretación de la norma, se entiende que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia por igual, y siendo nuestra propuesta de investigación reducir, en el caso de los descendientes,

las personas con derecho a la legítima, ambos derechos estarían colisionando entre sí, toda vez que por un lado se estaría fortaleciendo la voluntad del causante como fuente de vocación sucesoria, pero por otro, al permitirse la mayor disposición de la propiedad privada por su titular para después de la muerte, se estaría limitando el derecho a la herencia reconocido a determinadas personas. Por tanto, el problema a resolver es ¿cuál de ellos tiene prioridad?

Si bien, nuestro ordenamiento jurídico con un afán garantista busca un justo equilibrio en la protección de ambos derechos, dejando en manos del legislador fijar la cuantía máxima que puede restarse del derecho de propiedad para disponer libremente y la mínima con la que se resguarda el derecho a la herencia. Sin embargo, frente al conflicto del derecho del propietario a disponer de sus bienes y el derecho de ciertos parientes a heredarlos, deberá aplicarse el ejercicio de la ponderación para determinar cuál de ellos justifica priorizar, partiendo que la libertad de testar halla su fundamento reconocido en la Constitución como reflejo del derecho a la propiedad privada y el principio de autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo.

Teniendo claro que la finalidad del derecho a la herencia ha sido dar continuidad al patrimonio familiar y proteger a los parientes más próximos, como descendientes, ascendientes, cónyuge y en algunos casos al sobreviviente de la unión de hecho, tal y como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico desde abril del año 2013, nuestra propuesta si bien es una medida restrictiva al derecho a la herencia, se justifica en la necesidad

proteger, promover e incentivar la libertad del hombre de testar, sin desproteger los derechos e intereses de personas vulnerables del entorno familiar del testador.

La herencia es un modo de adquirir la propiedad, pero privar al causante de disponer sus bienes de acuerdo a lo que mande su voluntad cuando no tiene descendientes que atraviesen circunstancias de necesidad y dependencia derivadas de la edad y discapacidad, no solo no se está cumpliendo con la función social de la legítima, que es la protección de los que padecen mayor vulnerabilidad, sino que además los sitúa en una posición de privilegio frente al causante, afectando su desarrollo libre e independiente de decidir el destino de su patrimonio.

Se trata, sin duda, de un trato diferenciado entre los descendientes, pero justificado en causas objetivas y razonables como la dependencia y el estado de necesidad. Por tanto no se estaría afectando el derecho de igualdad, ya que como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias<sup>38</sup>, este derecho no solo supone tratar igual a los iguales, sino también distinto a las personas que estén en situaciones desiguales.

Si bien, es incorrecto pretender que la voluntad del causante se cumpla de forma absoluta sin considerar los derechos comprometidos de los demás herederos forzosos y las normas de orden público involucradas en su ejercicio, sin embargo, debemos ser consecuentes con los demás valores,

---

<sup>38</sup> Sentencia del 4 de julio del 2003, recaída en los Expedientes Acumulados N° 0001-2003-AI/TC y N° 0003-2003-AI/TC.

principios y derechos que la Constitución reconoce como: la libertad, solidaridad e igualdad, los mismos que constituyen la columna vertebral de nuestra investigación.

Acorde con los principios constitucionales y con la evolución social y cultural que ha desarrollado la sociedad peruana en las últimas décadas, consideramos que la libertad testamentaria debe constituir la base del derecho sucesorio peruano como regla principal en la sucesión por causa de muerte, reconociendo, claro, razonablemente algunas limitaciones que justifiquen la existencia de una protección especial.

#### **5.5 Análisis del principio de proporcionalidad y razonabilidad en la justificación del tratamiento**

Antes de examinar si la medida restrictiva que proponemos en nuestra investigación se justifica en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso, es importante analizar el contenido y ámbito de protección del derecho de propiedad y herencia para identificar los posibles derechos que pueden verse involucrados en su aplicación. Respecto al derecho de propiedad el Tribunal Constitucional<sup>39</sup> ha precisado que garantiza la existencia e integridad de la propiedad y a su vez guarda una estrecha relación con la libertad personal, ya que permite expresar la libertad económica que tiene toda persona en un Estado social y

---

<sup>39</sup> Sentencia del 20 de abril del 2011, recaída en el Expediente N.º 03258-2010-PA/TC.

democrático de derecho, garantizándose la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social.

Asimismo, como también ya lo ha destacado el Tribunal Constitucional<sup>40</sup>, el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: *a) un derecho pleno*, en atención a que confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente en armonía con el bien común, es decir, respetando los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, *b) un derecho irrevocable*, ya que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política, como por ejemplo la expropiación como potestad del Estado frente a causas de seguridad nacional o necesidad pública.

En lo que respecta al derecho a la herencia, como hemos indicado, al igual que el derecho de propiedad, es un derecho fundamental que está constituido por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona y que son transmitidos como consecuencia de la muerte. La protección constitucional de este derecho se extiende al derecho de adquirir por herencia en cualquiera de sus tipos de sucesión reguladas en el Código Civil, y, por ende, los intereses de los herederos son merecedores de amparo especial que conlleva a legitimarlos en aquellas acciones legales que deben tomar cuando ven vulnerados sus derechos sucesorios.

---

<sup>40</sup> Sentencia del 20 de marzo del 2009, recaída en el Expediente N.º 05614-2007-PA/TC.

Ahora bien, en aplicación del principio de proporcionalidad, determinaremos si nuestra propuesta de exclusión de determinados descendientes como herederos forzosos implica un trato diferenciado que afecta derechos constitucionales. Como sabemos este principio debe emplearse a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, pasamos a examinar cada uno de ellos:

#### **5.5.1. Idoneidad**

Aquí nos corresponde analizar la relación de causalidad de medio a fin para que la propuesta que se plantea no sea inconstitucional. En este sentido, la modificación que se propone al artículo 724 del Código Civil, que importa reducir el número de personas con derecho a heredar, por haber desaparecido la justificación que ampara una protección igualitaria a los descendientes, como era el estado de desamparo en que quedaban los hijos al morir el padre a temprana edad (35-40 años), por un lado excluye de la herencia a los hijos que no se encuentren en estado de necesidad como consecuencia de la edad o discapacidad, y por el otro, amplía la libertad de testar de las personas que no tienen hijos menores de edad ni mayores de edad con discapacidad que no puedan autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual.

Esta medida restrictiva resulta idónea en una sociedad en que las condiciones sociales de las últimas décadas son totalmente diferentes a las condiciones existentes al tiempo de la codificación civil, por lo tanto, no amerita que el Estado siga imponiéndose a la voluntad del causante cuando las circunstancias que justificó su intervención han variado notablemente.

Por lo tanto, nuestra propuesta es idónea y conduce a un fin constitucional que es la autonomía para decidir el destino del patrimonio y de esta manera optimizar el derecho de propiedad de las personas que deciden ordenar su patrimonio para después de su muerte.

### **5.5.2 Necesidad**

Habiendo analizado la idoneidad de la propuesta de reforma del artículo del Código Civil, relativo a los herederos forzosos, debemos ahora en esta etapa analizar si existen medios alternativos al que proponemos que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata de analizar una relación entre medios.

En el desarrollo de la presente investigación se barajaron más de una propuesta destinada hacia una mayor libertad de testar, y que ahora corresponde analizar para determinar si hay una solución más efectiva de la que proponemos para optimizar el derecho de propiedad y con ello la libertad de disposición.

Una propuesta alternativa que se analizó y que también podría resultar idónea es la reducción del porcentaje de la cuota legitimaria de los herederos forzosos, propuesta que ha sido recogida en otras legislaciones, como por ejemplo, en el derecho sucesorio argentino, que como hemos visto, al hacer referencia al derecho comparado, el Código Civil y Comercial de la Nación, disminuye la cuantía legitimaria de los descendientes de  $\frac{4}{5}$  a  $\frac{2}{3}$ , y de  $\frac{2}{3}$  a  $\frac{1}{2}$  en el caso de los ascendientes.

Si bien, el reducir el porcentaje de participación en la herencia de los herederos forzosos amplía el porcentaje de libre disposición del testador, debemos tener en cuenta que esta medida afectaría a los demás herederos forzosos que no son descendientes e incluso a los que siendo descendientes no hayan alcanzado la mayoría de edad a la muerte del testador y a los que habiendo alcanzado la mayoría de edad no puedan autosostenerse como consecuencia de la discapacidad que les afecta.

No podemos afectar el derecho de los demás herederos, que por su condición con el causante está justificado el derecho a heredarlo, recordemos que el reconocimiento del derecho a heredar del integrante de la unión de hecho, es una de las recientes modificaciones introducidas al derecho sucesorio peruano y que está respaldada por el derecho al trato igualitario entre la condición de ser cónyuge o conviviente.

En este sentido, esta propuesta resulta ser idónea para alcanzar el mismo fin que buscamos con nuestra propuesta, sin embargo, resulta ser

más gravosa porque afecta el derecho de los demás herederos forzosos, y mantiene en la misma línea de igualdad a los descendientes, sin tener en cuenta la transformación de las condiciones sociales actuales.

### **5.5.3 Proporcionalidad en sentido estricto**

Finalmente, debemos analizar el grado de optimización del derecho de propiedad teniendo en cuenta que los derechos humanos no son absolutos, como seres sociales tenemos que buscar la convivencia armónica. Por tanto, debemos tener claro que cuando mayor es la intensidad en la afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la optimización del otro derecho fundamental protegido.

Si bien, hay un grado de afectación del derecho a heredar de los descendientes que no se encuentren en estado de necesidad como consecuencia de la edad o discapacidad, sin embargo, esta restricción obedece a una necesaria adecuación de la norma a la realidad social imperante en las últimas décadas, no descartando la posibilidad que el testador, no obstante, a ya no estar obligado a reservarles parte de su patrimonio, los beneficie porque así manda su voluntad. Asimismo, en caso el causante no haya optado por ordenar su patrimonio, seguirán teniendo la condición de herederos forzosos por cuanto a falta de voluntad seguirán rigiendo las reglas de la sucesión intestada.

Estamos convencidos que nuestra propuesta maximiza el derecho de propiedad y permite fortalecer la voluntad del causante como fuente de vocación sucesoria, en una sociedad en donde cada vez más las personas mueren sin dejar legalmente explícita su voluntad, exponiendo la tranquilidad de la familia, quienes en la mayoría de los casos se ven involucradas en pleitos legales que resquebrajan la relación familiar.

#### **5.6 Propuesta de reforma de la regulación de la legítima en la legislación nacional**

Nuestra propuesta se centra en replantear la categoría de herederos forzosos cuando de descendientes se trate, reconociendo solo como legitimarios a los hijos y demás descendientes menores de edad y los hijos mayores de edad con discapacidad que se encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual. Debemos hacer hincapié que la propuesta se enmarca dentro de la sucesión testamentaria, ya que solo en ella el testador tiene la oportunidad de expresar su voluntad respecto al destino de sus bienes, con mayores probabilidades de distribuirlos de acuerdo a sus preferencias cuando no concurren sus herederos forzosos, salvo el tercio de libre disposición. En caso el causante muera intestado, los hijos y demás descendientes heredarían por igual.

Asimismo, estando a que la obligación de prestar alimentos, según el artículo 486 del Código Civil se extingue por la muerte del obligado, salvo que el testador estuviese obligado al pago de alimentos, en cuyo caso la

porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla, según lo dispuesto en el artículo 728 del mismo cuerpo normativo, se propone que los mayores de dieciocho y menores de veintinueve años que a la muerte del causante estuvieran siguiendo estudios superiores, pero no cuentan con una pensión alimenticia a su favor, porque su progenitor cumplía con la misma o porque ante circunstancias particulares optaron por no accionar, tendrán derecho a solicitar se les asigne una pensión de alimentos, en concordancia con el artículo 424 del código sustantivo referido.

Por tanto, la propuesta de reforma de los artículos relativos a los herederos forzosos y tercio de libre disposición sería tal como se describe:

**Artículo 724 de Código Civil (*regulación actual*)**

Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

**Artículo 724 de Código Civil (*propuesta de reforma*)**

Son herederos forzosos ***los hijos y demás descendientes menores de edad y los hijos mayores de edad con discapacidad que se***

***encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual***<sup>41</sup>, los padres y demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante de la unión de hecho.

#### **Artículo 724-A**

Los descendientes mayores de dieciocho que a la muerte del causante estuvieran siguiendo estudios superiores satisfactorios podrán acceder a una pensión alimenticia hasta los de 29 años de edad, en concordancia con el artículo 424°.

#### **Artículo 725 de Código Civil (*regulación actual*)**

El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

#### **Artículo 725 de Código Civil (*propuesta de reforma*)**

El que tiene hijos u otros descendientes ***menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad***

---

<sup>41</sup> Lo resaltado en negrita es nuestro para ilustrar la modificación que se propone al artículo.

**que se encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual<sup>42</sup>**, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

---

<sup>42</sup> Lo resaltado en negrita es nuestro para ilustrar la modificación que se propone al artículo.

## CONCLUSIONES

1. El debate sobre la libertad de testar no es un tema nuevo en el Perú, pero sí un tema actual que debe ser tomado en cuenta por el legislador peruano para flexibilizar el estricto sistema legitimario hacia una mayor libertad de testar, sin abandonar los principios fundamentales del derecho de sucesiones ni desproteger los derechos e intereses de personas vulnerables del entorno familiar del testador, en atención a que las condiciones sociales actuales poco tienen que ver con las existentes al tiempo de la codificación civil. Aunque ello implique romper el trasnochado y viejo esquema paradigmático de “legítima intangible”, que resulta ser una limitación que paradójicamente se impone a la persona para después de muerta y no en vida.
2. Si bien, el principal fundamento de la institución de la legítima ha sido proteger a la familia, sin embargo, debemos reconocer que este fin paulatinamente está perdiendo rigurosidad a propósito de la realidad emergente, en la que cada vez tiene mayor peso la configuración de nuevos grupos familiares que distan de la familia tradicional, debido al incremento de divorcios y separaciones, que según informó el Instituto Nacional de Estadística e Informática, desde el año 2016 de cada cinco matrimonios celebrados al año uno se divorcia, siendo la tendencia en la últimas décadas que se divorcien cada vez más jóvenes, entre los 40 a 45 años, datos que han llevado a calificar en el área psicológica como “la crisis de los cuarentas” tanto en hombres como en mujeres.

3. El concepto de familia viene sufriendo una mutación importante en los componentes subjetivos de sus miembros, por lo que en estas últimas décadas es casi imposible hablar de un tipo paradigmático de familia. Por lo tanto, si se pensaba que con la legítima se estaba protegiendo a los parientes más próximos al causante, al solo tener el testador la posibilidad de beneficiar a los hijos de su nueva pareja, que se han asimilado al nuevo núcleo familiar, con un tercio de la masa hereditaria cuando tiene herederos forzosos, no se estaría cumpliendo con la finalidad solidaria que debe existir entre los miembros de una familia. Por ello nuestra propuesta de mayor flexibilidad cualitativa de los beneficiarios de ella busca, no reconocer derechos hereditarios, sino ampliar la disponibilidad de testar para satisfacer la voluntad del testador, cuando las circunstancias así lo ameriten.
  
4. Teniendo en cuenta que la esperanza de vida de la población peruana ha aumentado en 15 años en las últimas cuatro décadas, y actualmente se vive, en promedio, 74,6 años (72,0 años los hombres y 77,3 años las mujeres), proyectándose incluso al año 2050 alcanzar los 79 años de edad, podemos concluir con este indicador que se debilita, sin duda, el condicionamiento a la facultad de disposición del testador sustentado en las necesidades de subsistencia y formación de los hijos, toda vez que cuando los legitimarios de una persona de 75 años reciban la herencia estarán entre los 40 y 50 años, edad en que la obligación de los padres de educar y formar a sus hijos se ha cumplido con creces,

encontrándose en la mejor edad productiva con una situación económica y social ya consolidada.

5. La propuesta de modificación que se plantea está dirigida exclusivamente a la sucesión testamentaria, en donde prima la voluntad de la persona, optando por replantear la categoría de herederos forzosos en el caso de los descendientes, reconociendo solo como legitimarios a los hijos menores de edad o mayores con discapacidad que se encuentran en situación de dependencia y no pueden autosostenerse con motivo de su discapacidad física o intelectual. De modo que solo hereden al causante los hijos que se encuentren en especiales situaciones de necesidades derivadas de la edad o discapacidad.
  
6. En armonía con los principios constitucionales y la evolución social y cultural que ha desarrollado la sociedad peruana en las últimas décadas, lo que se busca es un justo equilibrio de las normas que regulan el derecho sucesorio, otorgando mayor peso a la libertad de testar del causante, justificado en causas objetivas y razonables como la dependencia y el estado de necesidad del llamado a heredar. Esto representará una oportunidad para adaptar nuestro rígido sistema legitimario a la realidad de la sociedad contemporánea, en la que viene predominando la preocupación de los padres de formar a los hijos sobre el interés de dejarles un patrimonio que garantice su supervivencia.

7. Asimismo, estando a que la obligación de prestar alimentos, según el artículo 486 del Código Civil se extingue por la muerte del obligado, salvo que el testador estuviese obligado al pago de alimentos, en cuyo caso la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla, según lo dispuesto en el artículo 728 del mismo cuerpo normativo, los mayores de dieciocho y menores de 29 años que a la muerte del causante estuvieran siguiendo estudios superiores, pero no cuentan con una pensión alimenticia a su favor, porque su progenitor cumplía con la misma o porque ante circunstancias particulares optaron por no accionar, tendrán derecho a que se les asigne una pensión de alimentos, en concordancia con el artículo 424 del código sustantivo referido.
  
8. Finalmente, como hemos visto, en el derecho comparado cada vez más se abre un amplio abanico de posibilidades para que el testador decida a quién transmitir sus bienes, como es el caso de Francia y el País Vasco que ya no reconocen a los ascendientes como legitimarios, o en el caso de Cataluña que incorpora como causal de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, siempre y cuando obedezca a una causa exclusivamente imputable al legitimario, o las recientes modificatorias del derecho sucesorio cubano y argentino, que por un lado, suprime la existencia de herederos forzosos, reduciéndolo al concepto de herederos especialmente protegidos, donde los vínculos de sangre y conyugales importan pero no son suficientes para arroparse la condición de

legitimarios, sino que además deberá demostrarse no estar apto para el trabajo y depender económicamente del testador; y por el otro, se disminuye la cuantía legitimaria de los descendientes de  $\frac{4}{5}$  a los  $\frac{2}{3}$ , y de los  $\frac{2}{3}$  a  $\frac{1}{2}$  en el caso de los ascendientes. Sin embargo, consideramos que una reforma legislativa más que tomar como referencia la normatividad de los sistemas comparados debe obedecer a los propios requerimientos de un país.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Referencias bibliográficas

- Borda, Guillermo (2002) *Manual de Sucesiones*. 14<sup>a</sup>. Ed. Buenos Aires, Abeledo- Perrot.
- Cornejo, Héctor (1959) *Derecho de sucesiones*. Lima, Curso Universitario.
- Cobas María y Leonardo Pérez (1997) *Tratado de Derecho Sucesorio Cubano*. La Habana.
- Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón (1998) *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Tecnos. Volumen II.
- Echeopar, Luis (1999) *Derecho de Sucesiones*. Lima, Gaceta Jurídica
- Finis, John (2011) *Natural Law & Natural Rights*, 2da. Ed. Oxford University Press.
- Guastavino, Elías (1968) *Pactos sobre herencias futuras*, Buenos Aires, EDIAR S.A.
- Hegel, Georg (1968) *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Claridad.
- Hinostroza, Alberto (1999) *Derecho de Sucesiones*. 3<sup>a</sup>.Ed. Lima, Moreno S.A.
- Hume, David. (2001) *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid, Tecnos.

- Lanatta, Rómulo (1969) *Derecho de Sucesiones*, Lima, UNMSM. Tomo II.
- Lohman, Guillermo (2003) *Sucesiones Tomo IV Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica.
- Mejía, Rosalía (2009) *Estipulaciones de autotutela para la propia discapacidad: La penúltima voluntad*. Lima, Grijley.
- Mill, John. (1859) *On Liberty*. Ontario, Batoche Books Limited.
- Mill, John. (1984). *El utilitarismo*. Madrid, Alianza Editorial.
- Nuñez, María (2007) *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Madrid, Dykinson.
- Ramos, Carlos (2006). *Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Tomo V.
- Rawls, John. (2006). *Teoría de la Justicia*. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Rousseau, Jean-Jacques (2007) *El contrato social*. Madrid, Austral Ediciones.
- Zárate, Juan (1998) *Curso de Derecho de Sucesiones*. Lima, Palestra Editores.

## **Tesis**

- Magaña, Rubén (2016) *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis* (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho departamento de Derecho Penal, España.
- Valmaña, J. (2013). *El régimen jurídico del protocolo familiar*. (Tesis doctoral). Universitat Rovira I Virgili, Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero, Tarragona, España.

## **Referencias hemerográficas**

- Alfaro, Yanet (2011) “Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español”. En *Redur* 9. Diciembre, pp. 217-243.
- Blanco, Susana (1999) “Liberalismo y perfeccionismo: reflexiones a propósito de un estudio reciente” En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N°3, pp. 97-124.
- Bernad, Rafael (2015) “De la legítima romana a la reserva familiar germánica”. En *Revista internacional de Derecho Romano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Católica Andrés Bello, abril, pp. 1-63.

- Bustamante, Emilia (2004) “La legítima: noción y alcances en el derecho sucesorio peruano”. En *Cuadernos Jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica. N° 34, abril, año 3, pp. 3-13.
- Bustamante, Emilia (2013) “La Sucesión. Derechos del conviviente”. En *Revista Jurídica del Perú*. Suplemento de análisis legal. N° 462, junio, año 8, pp. 3-4.
- Campos, Cynthia. (2011) “Divorcios aumentaron hasta en más de 50%”. *La República*, noviembre.
- Hinestroza, Lisneider (2014) “El concepto de validez del derecho Una aproximación a la visión finnisiana” En *Revista de Derecho*. N°14, Barranquilla, pp. 186-204.
- Fernández, María y Marta Fernández (2010) “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”. En *Boletín JADO. Bilbao. Academia Vasca del Derecho*. N°18, mayo, año VIII, pp. 17-80.
- Ferrando, Gilda (2006) “Familias recompuestas y padres nuevos”. En *Derecho & Sociedad*. N°28, pp.311-319.
- Nussbaum, Martha (2016) “Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político” En *Revista IUS ET VERITAS*. N° 52, Lima, julio pp. 370-383.
- Parra, Ángeles (2009) “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. En *AFDUDC*. N°13, pp.481-554.
- Pérez, Leonardo (2011) “El Derecho de Sucesiones se debe atemperar a los cambios de la sociedad del siglo XXI”. En *Revista Jurídica del Perú* 120. Lima, febrero, pp. 291-299.
- Pérez, Leonardo (2013) “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de “heredero” especialmente protegido

- (Legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo de Cuba”. En *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado*. N°3, julio, pp. 51-94.
- Platero, Alejandro (2017) “Las injustas diferencias existentes en la libertad de testar dentro del territorio español”. En *Vniversitas*. Bogotá, N°135, julio-diciembre, pp. 283-324.
  - Polo, María (2013) “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en el Derecho Sucesorio Español: Precedente y actualidad”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*. Alicant, abril, PP. 331-376.
  - Rebolledo, Angel (2008) “Derecho Civil de Galicia: Presente y Futuro”. En *Revista Jurídica de Navarra*. N° 46, julio-diciembre, pp.11-43.
  - Rodriguez-Toubes (1993) “El iusnaturalismo de John Finnis”. En *Anuario de la Filosofía del Derecho*. Santiago de Compostela, pp.375-406.
  - Ronchetti, Alfredo (2011) “ Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es mas justicia”. En *Revista Oñati Socio –Legal Series*. N° 8, V.1, pp. 1-18.
  - Saavedra, Renzo (2007) “Los negocios jurídicos mortis causa en el sistema jurídico peruano”. En *Actualidad Jurídica* 165. Lima, marzo, pp.54-58.
  - Spencer, Horacio (1989) “Liberalismo, perfeccionismo, comunitarismo: examen crítico y comparativo de la posición del profesor Raz” En *Cuadernos de Investigación*. N°12, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, pp. 1-10.

- Vaquer, Antoni (2007) “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”. En *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Nº3, Barcelona, julio, pp. 1-25.
- Vaquer, Antoni (2015) “Libertad de testar y condiciones testamentarias”. En *InDret Revista para el análisis del Derecho.*, Barcelona, julio, pp. 1-40.
- Vaquer, Antoni (2017) “Acerca del fundamento de la legítima”. En *InDret Revista para el análisis del Derecho.*, Barcelona, octubre, pp. 2-28.
- Vilajosana, Josep (2007) “Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal” En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 11, pp. 145-179.

### **Referencias electrónicas**

- Bufete Escura (2008). El nuevo Derecho Catalán de Sucesiones. Recuperado de <https://studylib.es/doc/7034497/el-nuevo-derecho-catal%C3%A1n-de-sucesiones>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

- Instituto Nacional de Estadística Informática (2015). Esperanza de vida de población peruana aumentó en 15 años en las últimas cuatro décadas. Recuperado de   
<https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/esperanza-de-vida-de-poblacion-peruana-aumento-en-15-anos-en-las-ultimas-cuatro-decadas-8723/>
- Magariños, Victorio (2016). Defensa de la libertad de testar. Recuperado de   
[www.acaderc.org.ar/doctrina/defensa-de-la-libertad-de-testar/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/defensa-de-la-libertad-de-testar/at_download/file)
- Tribunal Constitucional Peruano (2007). Exp. N° 09332-2006-PA/TC. Recuperado de   
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional Peruano (2010) Exp. N° 04493- 2008-PA/TC. Recuperado de   
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.pdf>
- Código Civil Peruano (1984). Recuperado de   
<http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>