



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho

“La institución de la Legítima como restricción de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Jorge Gabriel León Zevallos

Asesor:

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Cajamarca – Perú

2019

DEDICATORIA

Para Alicia y Zoilo, autores de la VIDA, modelos de trabajo, sencillez y honestidad.
Para Marlene y Chiara Francesca Thaíz, con ellas el AMOR ha triunfado.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis profesores y compañeros de la primera promoción de Derecho WA-UPN Cajamarca, por sus enseñanzas y colaboración

Tabla de contenidos

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	5
ABSTRACT.....	6
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA.....	24
CAPÍTULO III: RESULTADOS	27
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	42
REFERENCIAS	85
ANEXO	89

RESUMEN

La legítima, reconocida por el derecho de sucesiones de la legislación peruana, al establecer herederos forzosos y cuotas para la distribución de la masa hereditaria, restringe principios constitucionales claves como el respeto a la autonomía privada y las características de la propiedad privada.

Desde una perspectiva de necesaria adecuación a los cambios sociales y de la misma concepción y administración de la justicia, consideramos necesaria una reforma que asuma un modelo que legitime la total y libre disposición de bienes por parte del causante. Un modelo hereditario de estas características estaría más acorde con el diseño constitucional peruano y sería más favorable para resolver problemas sociales y económicos de nuestra sociedad contemporánea, como de aspectos específicos como la sobrecarga en la administración de la justicia peruana.

Palabras clave: Legítima, Herederos forzosos, Derecho de Sucesiones, Derecho Civil.

ABSTRACT

The legitimate, recognized by Peruvian law's right of successions, by establishing compulsory heirs and quotas for the distribution of the hereditary estate, restricts key constitutional principles such as the respect for private autonomy and the characteristics of private property.

From a perspective of necessary adaptation to social changes and the same conception and administration of justice, we consider it necessary a reform that assumes a model that legitimizes the total and free disposition of property by the deceased. A hereditary model of these characteristics would be more suitable with the Peruvian constitutional design and more favorable to solve social and economic problems of our contemporary society, as well as specific aspects such as the overload in the administration of Peruvian justice.

Keywords: *Legitimate, Forced Heirs, Inheritance Law, Civil Law.*

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

La legítima es una institución clave en el Derecho de Sucesiones del ordenamiento jurídico peruano, y de otros sistemas jurídicos de origen latino – germánico. El contexto socio - cultural y económico de los orígenes de esta figura jurídica han mutado considerablemente.

A lo largo de la historia académica y jurídica, peruana y de otras latitudes, han existido discusiones, polémicas, cuestionamientos, y propuestas de reforma a esta institución jurídica, buscando de responder a los requerimientos y necesidades de nuestra sociedad peruana.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La ley, y el ordenamiento jurídico en su conjunto, deben responder a la realidad, problemática, aspiraciones e ideales de una sociedad. El vínculo ley-realidad es fundamental para la oportunidad y legitimidad de un sistema de justicia. En la jerarquía jurídica, la Constitución es la carta fundamental o referente obligatorio de todo instrumento jurídico. Si en la Constitución Política del Perú se consagran derechos de la perna humana y su dignidad, todo recorte o restricción de los mismos, debe ser revisado o formalmente justificado.

El artículo primero de la Constitución peruana, otorga a la persona humana la más alta jerarquía política, económica, legal y moral. Inclusive de acuerdo a la Constitución, la persona humana está sobre el Estado y la propia sociedad. Todos sin excepción tenemos la obligación de respetar y proteger a la persona humana. En la dignidad humana encuentran su razón de ser, las libertades reconocidas como derechos, por nuestro ordenamiento legal positivo. Para facilitar la plenitud de los derechos de la persona humana se debe garantizar, sin restricciones, libertades dentro del Estado de Derecho, como: libertad a la vida, a la dignidad, al trabajo, a la contratación.

En el ámbito del Derecho de Sucesiones, el artículo 726 del Código Civil peruano norma la institución llamada legítima básica como la cuota indisponible o intangible de la herencia. Según Aguila Grados & Capcha Vera (2013), una de las

consecuencias de este modelo hereditario es que: *“El testador no puede, aunque así fuere su deseo, privar de ella a los herederos forzosos, a excepción de los casos de indignidad y desheredación”*. (p. 207).

Ahora bien, esta figura jurídica de la legítima responde a un modelo de sociedad, economía y razonamiento jurídico totalmente distinto al nuestro, e inclusive caduco. Además de alentar una serie de ilícitos jurídicos y una importante carga en la administración de justicia del país. Un dato que agrava esta situación es que en nuestra realidad peruana es muy reducido el número de ciudadanos que elabora y

registra su testamento. Legislaciones en otros espacios geográficos y contextos socio-económicos, han realizado esfuerzos doctrinales y de administración de justicia, para que el sistema sucesorio sea más acorde al contexto contemporáneo.

Por tanto, la legislación sucesoria peruana, necesita un *aggiornamento* que refleje la respuesta del ordenamiento jurídico a las necesidades de la sociedad actual y al orden constitucional vigente.

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La Constitución peruana, en el artículo segundo, inciso 16, reconoce el Derecho a la propiedad y a la herencia. En la redacción del mismo, se ha unido el derecho a la propiedad al derecho a la herencia, dando cuenta que es el causante quien deberá plantearse el destino de sus bienes. Pero, en la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, ¿el causante tiene plena libertad para disponer del destino de su patrimonio?.

Uno de los especialistas más connotados del Derecho Civil peruano, Augusto Ferrero Costa (2013), expresa su acuerdo con las afirmaciones de Rómulo Lanatta cuando señala que, *“si bien es cierto que la sucesión tiene como antecedente el Derecho de Personas y el Derecho de Familia, presupone y comprende, precisamente, como*

En ámbitos académicos peruanos encontramos cuestionamientos a la institución jurídica de la legítima, tanto sobre sus fundamentos y pertinencia, como sobre sus impactos en el sistema de administración de justicia del país.¹ Es más fácil seguir aplicando un modelo existente y clásico, que buscar una respuesta renovada para contextos sociales y económicos diferentes. Por ello, no llama la atención que algunos especialistas, como Guillermo Luca de Tena,² consideren que el Derecho de

Sucesiones en la legislación peruana, es de los libros menos desarrollado y actualizado.

En la esfera nacional también han existido algunas iniciativas que han buscado modificar la institución jurídica de la legítima. Uno de ellas ha sido el Proyecto de Ley 2653-2011-DR del 3 de setiembre de 2008, que pretendía ampliar la libertad de disposición y restringir la legítima, pero que por la finalización del periodo legislativo no llegó a ser debatida en el pleno del Congreso. También ha sido importante el Proyecto de Ley N° 582/2011-CR, del 1 de diciembre de 2011.

En el ámbito académico, se han encontrado trabajos de investigación sobre aspectos relacionados con la institución de la legítima. Casi en su totalidad los trabajos de investigación han sido realizados en el marco de la obtención del grado académico de Abogado. Así tenemos:

¹ Hay posiciones conciliadoras con el *status quo*, que sólo llegan a plantear algunas reformas específicas; como por ejemplo, Augusto Ferrero Costa, en: *Inquietudes* publicadas en el Homenaje a Javier Vargas. Academia Peruana de Derecho (2000). Lima, al presentar su concepción sobre los Herederos Forzosos: *“hemos propuesto en el seno de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de reforma del Código Civil –de la que somos miembro-, en el sentido de disminuir la cuota legítima, en todos los casos, a la mitad de la herencia. Significaría un avance importante en el camino de relieves la autonomía de la voluntad. En efecto, con el alargamiento de la vida humana, el derecho sucesorio cede cada vez más su campo al contrato de donación.”*

² *Derecho de Sucesiones en el Código Civil Peruano de 1984. Entrevista al maestro Guillermo Lohmann Luca de Tena*. Centro de Estudios del Desarrollo Iuris Albus. CEDEIA. Cajamarca. 10 noviembre 2009; pp. 1-2. El entrevistado llega a afirmar: *“Juzgo, por tanto, que es recomendable una reconstrucción completa del actual Libro Cuarto del Código... En materia de legítima se imponen importantes cambios. En primer lugar debe normarse con propiedad la naturaleza de la legítima, distinguiéndola del concepto de ‘heredero forzoso’, porque el legítimo puede no llegar a ser heredero y viceversa. Ciertamente, conviene establecer con claridad que la legítima es una cuota de valor, y no una cuota de la herencia relicta, ni cuota de bienes –activos- relictos”*. (p. 3).

- a) Saravia, R. (2005). *Unión de hecho y derecho de sucesiones en el Perú*. Es una investigación que desde su mirada a las uniones de hecho, se plantea aspectos relacionados a la legítima.
- b) Bolaños Rodríguez, M. A. (2008), *El ocaso de la legítima hereditaria. Retrato de una banalidad*. Una investigación atrevida y renovada desde una perspectiva filosófica, económica y política del Derecho, que plantea un vuelco en el modelo peruano de sucesiones y el superar la visión moralista de la institución de la legítima. Es de resaltar el estudio de la legítima que realiza el autor desde el Análisis Económico del Derecho (AED).
- c) Bellido Béjar, L. M. (2012) *Reconocimiento de derechos sucesorios a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente en Lima, durante el período 2004-2008*. Si bien no tienen como objetivo fundamental la legítima, al analizar las uniones de hecho y sus derechos en el ámbito sucesorio, aborda aspectos generales de la legítima.
- d) Arechaga Navarro, F. & Rivera del Aguila D. (2014). *La legítima y la porción disponible*. Es una investigación de aspectos muy generales de la legítima y termina proponiendo una reforma de las cuotas de la legítima.
- e) De la Fuente-Hontañón, R. (2014). *Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil Peruano*. Es un trabajo muy sugestivo por el enfoque de análisis de la legítima, en sus aspectos sociológicos, económicos y jurídicos.
- f) Vásquez Natividad, J.E. (2015). *Fundamentos actuales de la legítima y propuestas para ampliar la libertad de testar*. Si bien el título parece proponer un análisis crítico de los fundamentos de la institución jurídica de la legítima, su propuesta final se reduce a una propuesta de cambio en las cuotas de la legítima.
- g) Moler Belón, K. M. (2017). *Análisis comparativo de los límites jurídicos en la libertad de disposición testamentaria del código civil peruano y el Common Law*. Esta tesis es un estudio sobre la legítima y la porción de libre disposición. Su aporte no sólo se ubica en el plano conceptual, sino

Un dato muy importante que facilita Moler Belón (2017) en su tesis es la realidad actual peruana en relación a la materia testamentaria: son muy pocos los ciudadanos peruanos que acceden, elaboran o registran su testamento, ocasionando no sólo un alto nivel de informalidad en asuntos sucesorios, sino de un alto índice de procesos legales ocasionados por estos vacíos en la práctica jurídica cotidiana de nuestra sociedad peruana. La estadística recogida de la SUNARP, en su Registro de Personas Naturales indica que, transcurrido el primer semestre del año 2016 se habían inscrito sólo 53,458 testamentos, mientras que las sucesiones intestadas tramitadas por los herederos alcanzaban la fuerte cantidad de 517,521. El porcentaje global de trámites por sucesión o herencia inscritos ante la SUNARP apenas llega al 9.36%.

La originalidad de nuestra propuesta de investigación radica en articular el diseño y argumentación de la legítima como parte del Derecho Civil y el Libro de Sucesiones, y el Derecho Constitucional y sus principios fundamentales, apostando por un cambio del actual modelo por un sistema de libre disposición de bienes por parte del causante.

Esta propuesta, que no es nueva ni ya resuelta, supone la defensa de la libertad para testar que toda persona debe poseer y de la plena facultad de disposición respecto de sus bienes. Moler Belón (2017) sitúa adecuadamente esta discusión académica en el marco del quehacer jurídico peruano:

La libertad para testar está tratada en los sistemas jurídicos en el campo de derecho privado, en la vía civil, con relación al derecho sucesorio, ya sea **directamente desarrollándola como libertad, o de forma indirecta, con relación a las legítimas**, que en su contracara (de esta libertad) establece ciertas proporciones que deben respetarse en la sucesión para ciertas personas llamados legitimarios, que por el sólo ministerio de la ley, vienen a ser beneficiarios de los bienes del causante, por lo que de otra forma este

puede disponer libremente sólo de lo restante, que denominamos de libre disposición. (p. 15, resaltado nuestro)

En el esquema general de nuestro trabajo será importante no sólo el estudio de las raíces jurídicas de la institución de la legítima, la historia académica que se ha tenido alrededor de esta figura, pero también los alcances que el Derecho Comparado puede proporcionarnos para una propuesta de cambio o renovación, gradual pero real, en el marco del Derecho de Sucesiones peruano.

1.3. BASES TEÓRICAS

1.3.1. Definición y fundamento de la legítima

En el ordenamiento jurídico peruano, la institución de la legítima se encuentra ubicada en el Libro IV (Derecho de Sucesiones), Sección Segunda (Sucesión Testamentaria), Título III (La Legítima y la Porción disponible). Así encontramos que en el artículo 723, se define la legítima de la siguiente manera: *“La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”*.

El abogado César Fernández Arce (2008), especialista en Derecho Civil, y de manera específica en el Derecho de Sucesiones, define la figura jurídica de la legítima como aquella parte de la herencia de la que el testador no puede disponer. Por tanto corresponde de modo exclusivo y excluyente al denominado heredero forzoso. Más aún, la legítima es intangible tanto cuantitativa como cualitativamente.

Una de las definiciones más desarrolladas de la legítima nos la ofrece el especialista en Derecho de Sucesiones, Guillermo Lohmann Luca de Tena (1996), al considerar que:

es simplemente atribución legal consistente en derecho a recibir del causante una parte de su fortuna, que se expresa en el derecho de participar en un monto proporcional de valor del patrimonio neto relicto, más el valor del patrimonio donado. Este monto proporcional es una cierta

cantidad ideal que la ley considera que debe transmitirse (o haberse transmitido) a los familiares que llama como forzosos, y que si no se ha perdido previamente de otro modo, debe concretarse preferentemente en bienes hereditarios por un valor que cubra la legítima”. (p. 35, resaltado nuestro).

Sin embargo, dentro de la óptica de nuestro estudio, será el enfoque de la docente en Derecho, Amado Ramírez (2013), -recuperando la propuesta conceptual del abogado chileno Manuel Somarrivía-, quien elaborará una propuesta conceptual de la legítima en función de la libertad constitucional del testador, asumiendo que la legítima comprende:

Las asignaciones forzosas, que significa que **en nuestro país no existe libertad absoluta de testar**, pues ella está limitada precisamente por estas asignaciones que el testador está obligado a efectuar y que aún se suplen en contra de sus disposiciones expresas. Su nombre da una idea muy exacta de la institución, es decir, estas asignaciones forzosas, obligatoriamente deben hacerse. (p. 229, resaltado nuestro).

La mayor parte de los especialistas consideran que son dos los argumentos o razones sobre los cuales se fundamenta la figura jurídica de la legítima. El primer argumento esgrimido, en el ámbito del orden natural, es la solidaridad o comunidad familiar o los deberes y obligaciones de la relación familiar cimentadas por el titular; mientras que, el segundo argumento invocado, en el ámbito económico, será la búsqueda por evitar que el patrimonio forjado por el titular se fragmente o atomice.³

Una voz discordante es la del jurista francés Michel Grimaldi (1989) quien propugna una posición más cuidadosa respecto a las restricciones alrededor de la transmisión hereditaria, para no perjudicar a la pequeña y mediana empresa en un marco de

³ Entre los autores que adoptan esta línea de argumentación tenemos: (i) Lanatta Ghilhem, Rómulo (1985). *Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Editorial Desarrollo. Lima; p. 236; (ii) Ferrero Costa, A. (2013), *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica. Lima; p. 531.; (iii) Echeopar García, L. (2000). *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica. Lima; p. 106.; (iv) Lohmann Luca de Tena, Guillermo (1996). *Derecho de Sucesiones*. Sucesión en General. Fondo PUCP. Lima; p. 35.



La institución de la legítima como restricción de derechos constitucionales sucesión en materia de propiedad. El jurista Max Arias Schreiber (1991) será más tajante al afirmar que la legítima “*opera como freno a la libertad dispositiva del causante... freno que se expresa no sólo por disposiciones testamentarias sino también por donaciones en vida*”. (p. 175).

Sin embargo, la discusión de fondo será si determinado ordenamiento jurídico, como el peruano, otorga al titular la posibilidad de transmitir su patrimonio forjado a lo largo de una vida, en el respeto a la libertad humana fundamental, al derecho de propiedad, y a la posibilidad de libre disposición de sus bienes hasta el final de sus días. Y también, en qué medida estos aspectos fundamentales de la condición de persona humana, y de los principios constitucionales recogidos en nuestra carta fundamental, son respetados, o restringidos por la figura de la legítima.

1.3.2. La legítima en el derecho romano.

El estudio de la legítima amerita un análisis básico de los principales aspectos que están relacionados con su concepción, práctica y efectos en la vida de la sociedad y la administración de la justicia. Es innegable la influencia de la concepción latina que prioriza la igualdad del derecho hereditario de los descendientes a la muerte del causante. Al respecto, Aguilar Llanos (2011) desde una visión diacrónica señala que la legítima es una institución que se remonta al derecho romano, y que en su momento estaba ligada a la figura de la querrela de inoficiosidad de testamento; la misma que se verificaba cuando era imposible impugnar el testamento de un *pater familias*, es decir del causante, al no haber considerado a alguno de sus hijos en su testamento, dejándolo en la pobreza y el desamparo.

Efectivamente, en el primitivo derecho romano la voluntad del testador era totalmente soberana y sin ningún tipo de restricción. De la Fuente-Hontañón (2014) afirma: “El *pater familias* era el único que podía causar la herencia, al ser el *dominus* de todo el patrimonio. Los *alieni iuris*, los sometidos en la familia, tanto los hijos como los esclavos tenían un deber jurídico de aportar sus bienes al patrimonio familiar. Incluso en el caso del peculio, cuando moría el hijo o el esclavo, se reintegraba de nuevo al patrimonio del padre, no por herencia sino porque en realidad, él era el verdadero propietario. Es por esta razón, que el *pater familias* a través del testamento, dispusiera de lo suyo para después de la muerte” (p. 690). Por su parte César Fernández Arce (2014), considera que la libertad del causante

La institución de la legítima como restricción de derechos constitucionales para decidir sobre su patrimonio era tan igual en vida que al momento de la muerte y su voluntad expresada en su testamento. La ley de las XII tablas era explícita: “*uti legassit pater familias super pecunia tutelare rei sue, ita jus est*”. (p. 241).

Más tarde tomará preponderancia la corriente que establece la exigencia de dejar un patrimonio obligatorio a los unidos por vínculo de sangre (porción legítima); siendo en la República la consagración de la “querella de testamento inoficioso por preterición”, por la cual los parientes más próximos al no ser favorecidos, consideraban al acto sucesorio como un acto impío. Posteriormente Justiniano establecerá la legítima de los descendientes en un tercio, para imponer al *pater familias* el deber moral de garantizar la subsistencia de los suyos.⁴

Según Bolaños Rodríguez (2008), la doctrina romanista distingue dos tipos de sucesiones: (i) la *sucesión necesaria formal*, “que daba el derecho a ciertos familiares de no ser preteridos por su causante, facultándoles para que pidan su parte de la herencia aun cuando ellos no hayan sido instituidos herederos formalmente. Este es un ‘deber de mención’ que obligaba al testador”; y, (ii) la *sucesión necesaria sustancial*: “el testador estaba obligado a disponer de su patrimonio de tal manera que siempre haya una porción del mismo a favor de ciertos familiares señalados por el *ius civile*.” (pp. 6-7).

Sobre los fundamentos de la legítima en el marco del derecho romano, el jurista francés de la Universidad de Poitiers, Eugène Petit (2007), afirma:

Al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de clientes, bajo la protección del jefe, que es su patrón. Es probable que los clientes formasen parte de la *gens* del patrón, y que tomarán el *momen geintilium*. Lo que es cierto es que la clientela crea entre ellos derechos y deberes. **El patrón debe a sus clientes socorro y**

⁴ Según Guillermo Lohmann de Tena (1995): “...las influencias de costumbres no romanas incidieron sobre el antiguo derecho romano, que no reconocía porción legítima alguna y sí plena libertad para testar. La jurisprudencia se orientaba a resolver que la preterición de los parientes más cercanos en favor de los lejanos o en favor de simples extraños, era debida a voluntad testamentaria viciada, motivo por el cual era preciso declarar la invalidez del testamento y proceder a la sucesión *ab intestato* en la cual sí habría de participar el preterido.” (p. 32).

asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras,

para que puedan cultivarlas y vivir de su producto. (p. 30, resaltado nuestro).

Es claro que el fundamento inicial era familiar (protección entre *pater familias* y *parientes*), social (como una derivación de *lo anterior*) y económica (ya que ayudan a la formación del patrimonio del *pater familias*); evolucionando a una justificación o fundamentación idealista de la solidaridad familiar (el patrimonio se reparte sólo con quien ha colaborado a su creación).

1.3.3. Los fundamentos de la legítima en el derecho germano

Por su influencia en la legislación peruana, y en general en el ordenamiento de la mayor parte de países de Latinoamérica, es importante considerar lo establecido por el derecho germano. Esta legislación acoge la concepción de la legítima como reserva legal, fuera de la facultad de disposición del testador. La legítima era un derecho hereditario a favor de los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, y cónyuge.

César Fernández Arce (2014), al exponer sobre el derecho germano y su influencia en la concepción de la legítima afirma que esta figura era una herencia *ab intestato*; es decir, se trataba de una transmisión hereditaria que tenía la característica de ser forzosa y legal, estando compuesta por bienes de la herencia. Sobre esta transmisión el testador no podía imponer ninguna modificación, carga o gravamen. Al ser el receptor un heredero, se lo calificaba como de *pars hereditatis*.

1.3.4. La Constitución Política del Perú

La Constitución es reconocida como la Carta Magna de toda sociedad. Es la Ley de Leyes. Más aún, Landa Arroyo & Velazco Lozada (2013), afirman que: “*la Constitución no es una hoja de papel, sino una forma de gobierno y una forma de vida*”. (p. 12).



El connotado constitucionalista Rubio Correa (2012) define la Constitución como *“aquella norma legal que declara los derechos más importantes de las personas y que organiza el poder del Estado señalando quiénes lo ejercen y con qué atribuciones. Por ello es norma legal suprema del Estado”*. (p.14).

En el Perú, entre los años 1823 y 1993 se han aprobado doce constituciones. En el análisis de cada una de ellas, y en una mirada cronológica de su configuración, se puede identificar las diversas ideas y corrientes que las han fundamentado, tanto sobre los derechos ciudadanos, como la organización misma del Estado peruano, respondiendo siempre a situaciones y coyunturas políticas e históricas muy concretas.

Según el Artículo 51 de nuestra Carta Magna, ella goza de suprema fuerza normativa. Es decir, es obligatorio su cumplimiento por los órganos del Estado, así como su respeto por todas las personas. Es reconocido que la Constitución prevalece sobre los tratados, estos sobre la ley y toda otra norma inferior.

En un ordenamiento jurídico de un modelo político democrático, la supremacía constitucional es el principal fundamento de la constitucionalidad y consiguientemente del control constitucional. Por dos simples razones: porque las normas constitucionales son básicas y fundantes del ordenamiento jurídico y por consiguiente de ellas derivan gradual y jerárquicamente las demás normas de inferior rango y por otra parte, porque provienen de un órgano extraordinario como es el Poder Constituyente.

Si en el orden jurídico partimos de la supremacía constitucional, las normas legales o las normas administrativas, no podrán contradecir a las normas constitucionales, bajo el riesgo de caer en violación de las normas superiores y por consiguiente de poder ser invalidadas.

1.3.5. Principios fundamentales de la Constitución peruana

Una Constitución no es solamente el conjunto de normas básicas del ordenamiento jurídico de un Estado (constitución formal), sino también y sobre todo el canal principal que debe encausar esos factores reales de poder (constitución material). La Carta Magna requiere de ciertos muros de contención, como son los valores constitucionales que sirvan no solamente de guía para gobernantes y gobernados, sino de seguridades de su vida en comunidad. Es decir, así como es exigible fundamentos constitucionales para el resto del ordenamiento jurídico, los principios deben ser fundamentos de la propia Constitución. Bien puede afirmarse que, los principios fundamentales, otorgan fuerza normativa a la Constitución y establecen ciertos límites para el ordenamiento constitucional.

Los derechos fundamentales, no solamente favorecen a la persona o titular, sino cumplen una función social, ya que si el titular es protegido en sus derechos, sabrá respetar los derechos de los demás, o cuando menos vivir en armonía con ellos. De ello se deduce que el goce de los derechos fundamentales, no se realiza en forma aislada, por el contrario están condicionados por la existencia de la comunidad y también cada bien jurídico está condicionado por la existencia y el respeto a los otros bienes jurídicos que tienen el nivel de derechos fundamentales.

La Comisión de Estudio de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú⁵, esbozó y puntualizó con acierto, que los principios fundamentales, tienen las siguientes funciones constitucionales:

- a) Establecen un conjunto de principios y valores que dan sentido y unidad al pueblo, a través de la Constitución.
- b) Otorgan fuerza normativa al texto constitucional, operando en unos casos como cláusulas interpretativas y en otros como normas jurídicas vinculantes directamente.

⁵ Ponencia de la Sub-Comisión I, de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Lima, 2001.

- c) Operan como límites insuperables-cláusulas pétreas- del ordenamiento jurídico nacional y de la propia reforma constitucional.
- d) Sirven de base integradora del sistema de fuentes del derecho ante los vacíos del derecho.

En el Prólogo de su obra, Landa Arroyo & Velazco Lozada (2013), plantean una mirada integral sobre la Constitución, su función social y la importancia de los principios que la iluminan para una vigencia temporal y social. En este sentido, la Constitución expresa la articulación entre la *ratio* -como la dimensión racional de la organización jurídica de la sociedad-, y la *emotio* –como las tradiciones culturales e históricas de un pueblo-. Por tanto, el ejercicio de interpretación normativa no sólo implica la dimensión jurídica sino también el entorno histórico y social de una sociedad.

Sobre el principio de la libertad de la iniciativa privada el Tribunal Constitucional sentencia: *“Toda personan natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”*.⁶

En su obra sobre la función interpretativa del Tribunal Constitucional sobre la Constitución Política del Perú, Marcial Rubio Correa (2013), identifica los elementos constitutivos de la libre iniciativa privada y los enumera de la siguiente manera:

- a) El derecho de emprender y desarrollar la económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajará. Eso tiene que ver con el ámbito de la libertad.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre de 2003 en el Exp. 008-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del decreto de urgencia 140-2001.

- b)** La autonomía plena, que significa que la decisión de emprender y desarrollar la actividad económica es libre para el sujeto de derecho.
- c)** La libre iniciativa privada supone la asignación de bienes a la actividad productiva. Estos bienes deben ser adecuadamente protegidos, porque se afectan en ejercicio de una libertad constitucional, de un derecho constitucional.
- d)** La libre iniciativa privada permite dedicar los bienes tanto a la producción como al intercambio. Por eso se habla de libertad de empresa, comercio e industria... y se las identifica en sus características.
- e)** La libre iniciativa privada, como derecho, también supone obtener una utilidad por la labor desplegada. El beneficio o ganancia material es parte de ese derecho. (p. 177)

Sobre el derecho a la propiedad, si bien han existido voces que pretenden invocar que éste es un derecho absoluto y no es posible limitar las potestades del propietario, hoy es un lugar común en la doctrina, el reconocer el derecho a la propiedad en concordancia con la potestad del Estado para regular y limitar los derechos de los propietarios por aspectos fundamentales y democráticos como el bien común y el bienestar social.

Al respecto, el connotado jurista Jorge Avendaño (1994), participará de convicciones jurídicas tan importantes como que no existe propiedad absoluta y que, en todo caso, este derecho encuentra su limitación allí donde comienza el interés de la sociedad; en tal sentido, afirmará con vigor, que la propiedad ha sido tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Absoluto, porque otorga al titular las facultades de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Exclusivo, porque el derecho de propiedad no deja lugar para otro titular, excluyendo otro derecho incompatible con él. Perpetuo, porque el derecho no se extingue por el solo no uso, no pudiendo ser afectado por las prescripción extintiva y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.



Avendaño aduce que los cuestionamientos al carácter de perpetuidad se dan para salvaguardar que los bienes no permanezcan improductivos, porque la sociedad y el mercado necesitan que los bienes generen riqueza. Asimismo, considera que hay razones para poner en tela de juicio el carácter de derecho absoluto, en especial por estimaciones de interés público y del concepto social de dominio.

Moler Belón (2017) al recordar que la Constitución peruana en su artículo 70 consagra la inviolabilidad de la propiedad, sin otorgarle el carácter de absoluto, sino en un marco de razonabilidad y de armonía o concordancia con otros principios de igual o superior grado, como es el bien común, de manera oportuna y precisa afirma que, cualquier limitación que se pretenda establecer a toda persona sobre su facultad de disponer del patrimonio que ha generado a lo largo de su vida, debe tener un fundamento basado en la utilidad y la paz social. Sin embargo, indica la autora: *“En cambio en lo que respecta a la disposición de sus bienes para después de su muerte parece que el principio se invierte. Ya no es la persona la que goza de libertad sino la ley la que determina lo que debe hacerse con muy escaso margen para la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad.”* (p. 16).

Más aún, Katherine Moler no dudará en cuestionar las limitaciones que la legítima conlleva al principio de la inviolabilidad de la propiedad, sino que llega a cuestionar esta figura porque atenta a la misma dignidad de la persona humana. Y lo expresa así:

Hablando de la legítima, concepción, en la cual quiere defenderse al máximo el derecho de los herederos forzosos, y que lleva como lógica consecuencia el limitar enormemente el derecho de las personas para disponer de sus bienes para después de su muerte, sea por actos entre vivos o por medio del testamento.

Sólo se privilegia la autonomía de la voluntad de aquellas personas que no tienen herederos forzosos. El derecho testamentario parece dirigirse sólo a ellos. Los demás, que son mayoría, sólo pueden hacer lo poco que el

legislador dispone. Hay otro que piensa por él. En el fondo yace aquí un mensaje descalificatorio para la persona. No se cree en ella o bien se presume su mala conducta, su ánimo de perjudicar al núcleo familiar. Y como todos son tenidos por sospechosos a todos se les priva de libertad. Como se puede ver, **el restringir la libertad del testador, atenta contra su propia dignidad, limitando constitucionalmente a toda persona.** (p. 17, resaltado nuestro).

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son los fundamentos que sostienen el actual sistema de reserva hereditaria (legítima) y que podrían poner en riesgo derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú?

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Identificar los fundamentos de la institución de la legítima y verificar si garantizan los derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Individualizar los fundamentos de la legítima, establecidos para regular a favor de los herederos forzosos en el Código Civil peruano.
- b) Analizar si la institución de la legítima restringe derechos protegidos por la Constitución Política del Perú.
- c) Comparar otros sistemas jurídicos sobre el derecho de sucesiones y la figura de la legítima.

Los fundamentos de la legítima no responden a la realidad de la sociedad peruana contemporánea, y restringen derechos constitucionales. Es necesaria una renovación en el sistema de reserva hereditaria que configure un modelo que garantice principios constitucionales peruanos.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. De acuerdo al fin que se persigue

La Investigación ha sido de tipo **básica**, pura o fundamental. Es decir, la finalidad académica fue la obtención y recopilación de información ya existente sobre el tema identificado, para ir construyendo de manera metódica la base de un conocimiento que se articule a la información previa existente, responda a unas variables planteadas y pueda servir de plataforma para la elaboración de una propuesta de alternativas en el campo de la práctica jurídica en nuestro país.

2.1.2. Por el enfoque

La investigación ha sido de carácter **cualitativo**, buscando de identificar el diseño conceptual y la práctica jurídica de la institución jurídica de la legítima en el Derecho de Sucesiones.

2.1.3. Por el alcance

El Proyecto ha tenido la pretensión de hacer un trabajo **descriptivo** de la institución jurídica de la legítima, como de los principios constitucionales peruanos, para entender su funcionamiento y límites en la sociedad actual.

En base a un análisis de derecho comparado se trata de presentar el funcionamiento del Derecho de Sucesiones en otros ordenamientos jurídicos y planteará alternativas de reforma al sistema peruano.

El presente trabajo también ha recurrido a la investigación **explicativa**, la misma que se orienta a establecer las causas que originan un fenómeno determinado. Este tipo de investigación no sólo persigue describir o acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo.

2.2. MÉTODOS

Entre los métodos de investigación a aplicar se consideraron los de tipo dogmático y hermenéutico; como también los tipificados como argumentativo, deductivo y analítico.

Método **Dogmático** porque a partir de las fuentes primarias y antecedentes de la legítima se hizo un análisis conceptual de la mencionada institución jurídica; como también su mirada en el derecho comparado.

También se ha recurrido al método **argumentativo**, cuyo objeto fundamental es ofrecer una información lo más completa y veraz posible, fruto de datos obtenidos con rigor científico, y expuestos técnicamente con la pretensión de convencer al destinatario por la calidad y solidez de su razonamiento. De manera general, la investigación argumentativa se orienta a dar una visión general de un fenómeno, hecho o institución, y trata de probar que algo requiere una solución.

Gracias al método **hermenéutico** se ha tratado de hacer un enfoque analítico, crítico e interpretativo de la institución de la legítima en su relación y articulación con los derechos constitucionales peruanos, para terminar proponiendo un modelo de libre disposición en el Derecho de Sucesiones.

De manera general, el método **deductivo** permitió acercarse a la legítima concebida como un proceso mediante el cual se parte de uno o más juicios que expresan conocimientos adquiridos, o al menos postulados, y a su vez se deriva otro juicio más particularizado.

En virtud del método **analítico**, la legítima ha sido sometida a un proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada uno de los componentes de esta realidad. De esta forma se estableció la relación causa – efecto entre los elementos que conforman esta institución.

2.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

La investigación fue **no experimental**. Se centró en el estudio dogmático de la institución de la legítima, dentro del Derecho de Sucesiones. Con este fin, la técnica a utilizar fue la recolección de datos de fuentes primarias, su ordenamiento y comprensión jurídica.

Desde el método hermenéutico, la técnica usada fue el análisis documentario, que permitió la identificación de variables que ayudaron a comprender el impacto de la legítima en la vida de la sociedad y de la administración de justicia.

En el manejo general del método deductivo se postuló la técnica que, en base a la identificación de documentos doctrinales correspondientes al Derecho de Sucesiones, permitieron analizar la institución de la legítima.

El método analítico ha manejado la técnica del análisis crítico documental sobre los orígenes, contenido y aplicación de la institución de la legítima en la administración de justicia.

De manera general, el proceso ha contemplado la realización de un análisis documental de fuentes primarias y secundarias, su respectiva sistematización, elaboración de conclusiones y sugerencias.

2.4. PROCEDIMIENTO

La investigación ha sido no experimental, centrada en el estudio de la institución de la legítima dentro del Derecho de Sucesiones. Ha considerado una etapa de recolección de datos de fuentes primarias y secundarias, de identificación de variables que ayuden a comprender su impacto en la vida de la sociedad y de la administración de justicia, y plantear desde el ámbito académico potenciales reformas al ordenamiento jurídico para una mejor calidad en la administración de la justicia en nuestro país.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

La legítima es una figura jurídica que está presente en el ordenamiento jurídico peruano desde las bases del derecho colonial y se ha sistematizado en la época republicana. Existe una larga historia de discusión, aportes y críticas sobre sus orígenes, su relación con otros ámbitos del derecho, más allá del derecho de sucesiones, como su vigencia y pertinencia como respuesta a la problemática de la sociedad peruana contemporánea.

En este capítulo damos cuenta de los hallazgos sobre la legítima en el ordenamiento jurídico peruano, las propuestas de reforma que se han verificado en las últimas décadas; como también una aproximación sobre el derecho de sucesiones y la legítima en el derecho comparado.

3.1. LA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

De manera general, en la fundamentación de la Casación N° 427-2005-Ancash, encontramos el desarrollo conceptual de lo que implica una sucesión jurídica como transmisión patrimonial. Fundamentalmente se identifica dos características: (i) una relación jurídica entre dos sujetos, uno que abandona el bien y otro que lo reemplaza; y, (ii) un patrimonio o conjunto de bienes que tienen la virtualidad de transmitirse de una persona a otra. Se transmite la propiedad y también la posesión real y material.

En la sistematización de los fundamentos del derecho de suceder, se suelen distinguir teorías que han cimentado distintas posiciones, y propuestas de instituciones e instrumentos jurídicos que conforman los distintos ordenamientos jurídicos; así tenemos entre los más importantes:⁷

- a) **Teoría del Derecho Natural.** Sustentada por Santo Tomás de Aquino. Es derecho natural que los padres alleguen riqueza para los hijos y éstos sean

⁷ La siguiente tipificación ha sido tomada literalmente de: Amado Ramírez, E. (2011). *Derecho Civil VIII. Sucesiones. Notas de clase.* USMP.

sus herederos. Esta teoría es apoyada por la Iglesia Católica en las Encíclicas *Rerun Novarum* (Papa León XIII) y *Cuadragesimo Anno* (Pío XII). Es un deber natural de los padres de familia atender a sus hijos, a facilitarles los medios para defenderse en la vida mediante la herencia.

- b) **Teoría de la Ley.** Derecho Sucesorio no es expresión del Derecho Natural sino de la Ley Civil creada por el Estado. El Derecho Natural crea la obligación de los padres de familia a alimentar a sus hijos, pero el Derecho Civil determina quiénes son los herederos.
- c) **Teoría de la propiedad.** Sustentada por Grocio. La propiedad al encontrarse garantizada, otorga al propietario del bien a disponer de la cosa a través del testamento como expresión de su última voluntad.
- d) **Teoría de la copropiedad.** Sustentada por Cimbali. La propiedad desde su origen hasta su desarrollo se caracterizó por tres elementos: individual, familiar y social. Cónyuge e hijos apoyan y contribuyen de alguna manera al padre y al esposo en la consecución de bienes y la formación del patrimonio familiar. Es social porque la Ley como expresión del Estado protege al patrimonio familiar otorgándole las características de inembargable e inalienable.
- e) **Teoría biológico-jurídica.** Sustentada por José de Aguano. Que si la ley admite y garantiza para el individuo el derecho de propiedad, también debe reconocerle el derecho de transmitir sus bienes a sus descendientes que son la continuación biológica y psicológica. La herencia resulta ser un elemento natural de la herencia biológica y los vínculos de sangre deben servir de base a las sucesiones legítimas, puesto que, si una persona hereda a su descendencia algún tipo de enfermedad genética, de la misma forma debe heredar su patrimonio.
- f) **Teoría familiar.** Sustentada por Francisco Ricci. La familia es la célula constitutiva de la sociedad, creando entre sus miembros principales, padres e hijos, lazos de mayor perennidad y duración. El hombre no vive para sí sino para su familia. Se estudia y se encuentra como fundamento el elemento económico-social puesto que se da permanencia a la familia y

reconoce la propiedad privada sobre la que descansa una sociedad civilizada.

- g) Teoría de la autonomía de disposición.** El titular de un derecho de propiedad tiene autonomía y libertad de disponer de sus bienes, sin embargo se halla limitado cuando hay descendencia. A esta teoría surge una crítica de carácter socialista que señala que la herencia perpetúa los medios de explotación y la riqueza en manos de pocas familias, en detrimento de las grandes mayorías. De ahí que se propugnan la supresión de la propiedad privada, en especial de los instrumentos y medios de producción, y en consecuencia la extinción del derecho sucesorio.

En el ámbito nacional, desde una perspectiva histórica es importante mencionar que la institución jurídica de la legítima ya está presente en el Código Civil peruano de 1852; eso sí, con las limitaciones propias de la sociedad de la época. Basta mencionar que no consideraba al cónyuge sobreviviente como heredero forzoso.

Más tarde, en el Código Civil de 1936, la figura de la legítima entre las limitaciones más notorias que presentaba tenemos que: (i) no resolvía el problema de la concurrencia, participación y exclusión de herederos; y, (ii) supeditaba injustamente el derecho legitimario del cónyuge sobreviviente al monto de sus gananciales.

Una síntesis general sobre la naturaleza de la legítima, o reserva hereditaria, en el actual ordenamiento jurídico peruano, y de manera específica en el Código Civil de 1984, podría resumirse en los siguientes puntos fundamentales:

- a) La legítima es una restricción imperativa de la ley que limita la libre disposición de bienes en la figura de los herederos forzosos.
- b) La legítima es un freno a la voluntad del testador.
- c) La legítima es una norma legal de orden público; es decir, es imperativa y de valor absoluto.
- d) La legítima es inherente a la calidad de heredero forzoso e inseparable de ella.

- e) En la actualidad, los concubinos tienen acceso a la herencia como herederos forzosos (Ley N° 30007).
- f) La legítima se adquiere desde la apertura de la sucesión, de manera incondicional
- g) Las cuotas de la legítima y de libre disposición más que instituciones complementarias son excluyentes.
- h) La legítima es intangible cuantitativa y cualitativamente.
- i) La legítima está protegida aún durante la vida del titular de los bienes.
- j) Las excepciones a la legítima son: la desheredación y la indignidad.
- k) El fundamento de la legítima es la relación familiar, filial o conyugal, que se rige por deberes y obligaciones.
- l) A la legítima no se le puede imponer ni gravamen ni sustitución alguna.
- m) Las acciones legales que se deben tomar en caso se vulneren los derechos sucesorios son: la acción petitoria y la acción reivindicatoria.

En la actualidad, la cuota legitimaria está prevista de la siguiente manera:

- a) Si solo hay hijos y demás descendientes, la legítima es de dos tercios.
- b) Si solo hay padres y demás ascendientes, la legítima es la mitad.
- c) Si hay sólo cónyuge, o concubino, es de dos tercios.
- d) Si el cónyuge, o concubino, concurre con descendientes es de dos tercios.
- e) Si el cónyuge, o el concubino, concurre con ascendientes es de dos tercios.

Andrés Eduardo Cusi (2013) al exponer las clases de legatarios, según nuestro Derecho de Sucesiones, establece las siguientes diferencias entre herederos y legatarios:

- a) Los herederos tienen derecho a heredar por voluntad del causante y por la ley, el legatario hereda sólo por voluntad del causante.
- b) Los herederos son personas naturales, en cambio, los legatarios pueden ser personas naturales o jurídicas.
- c) Los herederos pueden ser forzosos y no forzosos, los legatarios son voluntarios.

- d) Sobre los herederos recae la legítima de la herencia, sobre los legatarios recae la cuota de libre disposición.
- e) A los herederos se le aplica la figura de la desheredación o la indignidad de heredar, en cambio, a los legatarios sólo se les declara indignos de heredar.
- f) Los herederos forzosos siempre tienen un vínculo consanguíneo, parental de sangre con el causante, en cambio los legatarios pueden ser personas ajenas a la consanguinidad.
- g) Los herederos heredan a título universal, los legatario heredan a título particular.

La legítima, en su condición de norma de orden público, no puede ser modificada por la voluntad de las partes. Su contravención acarrearía la nulidad del acto jurídico. Por su naturaleza, la legítima es para los herederos forzosos un derecho y para el testador o causante es un deber. Más aún, para los herederos forzosos es un derecho expectatio, y el sistema lo protege con tres normas legales: la donación inoficiosa, la prodigalidad y la mala gestión. El propósito es evidente: preservar el futuro derecho legitimario de los llamados herederos forzosos para de esta manera evitar su merma o desaparición injustificada.

Desde el punto de vista conceptual, es muy ilustrativa la exposición que hace Guillermo Lohmann Luca de Tena (1995), al plantear si la legítima, siguiendo la definición del artículo 723 del Código Civil, es “parte de la herencia”. Al preguntarse el jurista si esta afirmación es correcta, responde que “no siempre”, ya que no debe confundirse la legítima con la herencia. Considera que hay varias razones. Según este jurista, la primera razón y la más importante, es que la institución de la legítima adquiere la condición de derecho y el contenido de la misma es la herencia. La segunda razón es que la legítima es un acervo patrimonial y no siempre es parte del conjunto universal que el causante transmite. La herencia está constituida por el conjunto universal de bienes, derechos y obligaciones que se transmite a los sucesores; sin embargo, la legítima no se calcula sólo sobre la herencia legada. Más aún, la legítima no necesariamente son bienes concretos, sino que su contenido puede ser la participación en el patrimonio del causante; y opera incluso contra la voluntad que el testamento exprese.



El autor de los artículos sobre la legítima en el Código Civil de 1984, el connotado jurista Rómulo Lanatta, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma, fundamenta la institución de la legítima en dos razones: (i) de orden doctrinario, al ser *pars hereditatis*, al ser un derecho de sucesión que corresponde a quienes tienen la calidad de herederos forzosos; y, (ii) de orden práctico, por la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones “transmisibles” por sucesión a partir de la muerte del causante. Y de manera pedagógica –citado por César Fernández Arce (2014)-, dará cuenta de cómo se determina la legítima: “*deduciendo de la masa hereditaria total (herencia bruta) las cargas y deudas de la herencia y los gananciales del cónyuge sobreviviente, agregando el valor de los bienes colacionables (si los hubiera), así como el valor de las donaciones otorgadas a terceros cuando han excedido la cuota de libre disposición...*” (p. 234).

En el desarrollo doctrinal alrededor de la comprensión de la institución de la jurídica es sumamente importante señalar que se ha logrado establecer tres clases de legítimas:

- a) **Legítimas *pars hereditatis***: cuota intangible del patrimonio hereditario que los herederos forzosos adquieren en bloque y en forma automática al abrirse la sucesión.
- b) **Legítimas *pars bonorum***: el legitimario es cotitular del activo hereditario líquido, que en su cuantía sólo se determina por la liquidación del patrimonio del causante, y su cuota no se concreta en bienes determinados sino en la partición.
- c) **Legítimas *pars valoris bonorum***: derecho personal del legitimario respecto del valor que le corresponde de la herencia.

Justamente, parte de los debates jurídicos en el ámbito peruano giran alrededor de la naturaleza de la legítima: ¿es parte de la herencia (*pars hereditatis*) o es una parte de los bienes (*pars bonorum*)?. El consenso mayoritario de especialistas y doctrinarios es considerar que en nuestro ordenamiento jurídico, la legítima es *pars hereditatis*.

3.2. INTENTOS DE REFORMA EN EL DERECHO PERUANO

Según nuestro actual Código Civil, el testador no podrá disponer libremente del total de los bienes que forman parte de su patrimonio, estando reservada una parte para sus herederos forzosos, si lo hubiese. Y sino, hereda el Estado.

La legislación peruana forma parte de la corriente que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de algunos; para sus hijos u otros ascendientes, o cónyuge, hasta el tercio de sus bienes (artículo 725 del C.C.). O el que tiene sólo padres u otros ascendientes, hasta de la mitad de sus bienes (726 del C.C.). Recién el que no tuviese conyugue ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, podrá disponer de la totalidad de sus bienes.

El jurista Lohmann Luca de Tena (2014), plantea la necesidad de modificaciones al Libro IV, Derecho de sucesiones del Código Civil, y específicamente sobre la legítima. Su propuesta parte de un aspecto conceptual. Considera que la legítima debe distinguirse del “heredero forzoso”, dado que el legitimario no necesariamente puede llegar a ser heredero y viceversa; y en sentido estricto, la legítima es una cuota de valor y en absoluto una cuota de la herencia relicta, ni cuota de bienes – activos- relictos. Más adelante Lohmann Luca de Tena propugna una reducción de los porcentajes establecidos para la legítima, estableciendo que debería estar en relación con el número de legitimarios. Además considera que debe revisarse los derechos de habitación y de usufructo inmobiliario a favor del cónyuge supérstite, como también una reducción de donaciones inoficiosas y legados.

3.2.1. Proyecto de Ley Nº 2653 – 2008

Este Proyecto de Ley fue presentado por la entonces congresista Rosario Sasieta. Fue el único proyecto que cuestionó los actuales fundamentos de la legítima. Aduciendo razones de tipo sociológico y filosófico, intenta mostrar que habiendo cambiado el contexto en el cual se instituye la legítima en el ordenamiento jurídico nacional, también correspondería el plantear una reforma que esté acorde a la problemática y expectativa de la sociedad contemporánea.

Sasieta plantea que tradicionalmente se ha justificado la legítima como defensa del modelo de familia nuclear y otorgando al patrimonio del causante un carácter familiar. Por lo tanto así se ha venido justificando la figura de los herederos forzosos. Sin embargo –aduce- estos conceptos se han elaborado en relación a un contexto histórico obsoleto, cuya ideología y supuestos filosóficos ya no rigen la sociedad

3.2.2. Proyecto de Ley Nº 528 – 2011

Esta propuesta legislativa estuvo presentada por el Congresista Alberto Beingolea Delgado. Pretende, dentro de la enmienda de otros libros del Código Civil, incluir la modificación de la legítima, en sus artículos 723 y 729, y la derogación de la cuarta falcidia, artículo 771 del Código Civil.

La nueva redacción que en su momento se ha planteado mediante este proyecto de Ley es la siguiente:

La legítima constituye la parte del valor del patrimonio del causante, calculando como se establece el inciso siguiente: El patrimonio del causante sobre el que se determina la legítima es el resultado de sumar al valor neto de la masa sucesoria el valor de todas las donaciones u otras liberalidades efectuadas por el causante con excepción de a) las efectuadas verbalmente, b) las no colacionables a que se refieren los artículos 837, y 838 y 839 y c) las efectuadas a no legitimarios 10 años antes de la sucesión. Para calcular el valor neto de la masa sucesoria no se incluyen en los pasivos las cantidades por los conceptos a que se refiere el artículo 869.

Lo dispuesto en el artículo 835 también se aplica para calcular el valor de las liberalidades a no legitimarios.

Las disposiciones de este título se aplican a la sucesión legal.

Pues bien, la propuesta legislativa plantea pasar a ser lo que se denomina una legítima *pars valor bonorum*.

3.2.3. La legítima y aspectos sucesorios en el Decreto Ley 21621

Quesnay (2009), en un breve análisis sobre la familia y los rasgos de la sociedad contemporánea señala de manera adecuada que debe primar siempre el espíritu de igualdad entre los potenciales herederos de una familia, pues toda pretensión de favoritismo o ventaja está reñida con la conciencia democrática moderna. Y abre una segunda reflexión: *“La posibilidad de que el padre, sin otra causa que una razón de orgullo o una pretensión de poderío, desherede a varios hijos para concentrar todos los bienes en cabeza del mayor, es inconciliable con el espíritu de igualdad de que están animadas a las sociedades contemporáneas”*. (pp. 1- 2).

Es verdad que desheredar a los hijos por razones de "poderío" o de "orgullo" es deleznable. Pero, ¿sería lo mismo si se funda en razones de que esa "concentración" se diera para salvaguardar los intereses de una empresa?

Justamente, entre los aspectos más importantes que este Decreto Ley N° 21621, - Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada-, tiene respecto al Derecho de Sucesiones podemos encontrar que, en el capítulo IV: Del régimen del derecho del titular, se establece:

Artículo 26.- En caso de fallecimiento del Titular, deberá inscribirse este hecho en el Registro Mercantil mediante la presentación de la partida de defunción respectiva, bajo responsabilidad del Gerente y subsidiariamente de los herederos, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el fallecimiento.

Artículo 27.- El derecho del Titular puede ser transferido por acto inter vivos o por sucesión mortis causa.

Artículo 29.- En caso de transferencia por sucesión mortis causa, si el sucesor fuera una sola persona natural capaz, adquirirá la calidad de Titular de la Empresa.

Artículo 30.- No podrá adjudicarse a una persona jurídica el derecho del Titular.

Artículo 31.- Si los sucesores fueran varias personas naturales, el derecho del Titular pertenecerá a todos los sucesores en condominio, en proporción a sus respectivas participaciones en la sucesión, hasta por un plazo improrrogable de cuatro años contados a partir de la fecha de fallecimiento del causante.

Este instrumento legal nos permite evidenciar cómo muchos de los aspectos del ordenamiento jurídico peruano, con innegable interés de tipo económico y empresarial, tratan de adecuarse o convivir con la institución jurídica de la legítima. No puede ser de otra manera.

3.3. LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO COMPARADO

En su propuesta del análisis que sobre la legítima hace Katherine María Moler Belón (2017) desde el Derecho Comparado, es importante el aporte conceptual que realiza sobre el objetivo de esta disciplina que busca de estudiar las diversas instituciones o sistemas jurídicos de diversas épocas y lugares, estableciendo

semejanzas y diferencias. Pero más allá de este enfoque formal, la autora plantea al Derecho Comparado una tarea más epistemológica como ciencia jurídica, invocando que esta disciplina trata de hacer comprender formas de pensar y puntos de vista académicos diversos a los nuestros y viceversa.

En un mundo globalizado como el nuestro, el Derecho Comparado debe perseguir una convivencia plural, pacífica y armónica de distintos modelos, teniendo como finalidad una permanente renovación de la ciencia jurídica y de nuestros propios instrumentos e instituciones jurídicas, a partir de una mejor y mayor comprensión de la problemática de nuestra sociedad, como una respuesta más idónea por parte de la propuesta académica y la misma práctica jurídica.

Se trata entonces no de una pretensión de carácter historiográfico o de conocer diversos modelos de institucionalidad jurídica, sino de generar una reflexión sobre la necesaria actualización de las propias figuras de nuestro ordenamiento jurídico y

En este marco del Derecho Comparado, la jurista Elizabeth Amado Ramírez (2013) refiere una clasificación muy didáctica sobre los diversos sistemas legislativos con respecto a la legítima: (i) Sistemas de libertad absoluta de testar; (ii) Sistemas de las legítimas con reserva total de la herencia; y, (iii) Sistemas de legítima con reserva parcial de la herencia. (pp. 254-257)

El primer sistema defiende la completa voluntad para testar libremente; es decir, el último deseo del testador al que no se le pueden poner restricciones ni cortapisas de ninguna clase, deseo que debe cumplirse totalmente sean cuales fueren sus disposiciones y aunque olvide o postergue a cualquiera de sus parientes por cercanos, grados o necesitados. No hay herederos reservados o legítimos. Ferrero Costa (2013) da una relación de países que tiene libertad de testar, siendo estos: Código de Quebec (Canadá), así como los Códigos guatemalteco, mexicano, hondureño, salvadoreño, nicaragüense, costarricense y panameño.

Sobre el segundo sistema, señala Amado Ramírez (2013), que la reserva total con distribución forzosa no tiene hoy representantes cercanos, pero tiene antecedentes en las legislaciones de Aragón y Vizcaya. Además, señala que actualmente la Constitución Soviética, considera que no pueden ser herederos otras personas que los descendientes inmediatos del causante y que el testador no puede disponer de sus bienes para terceros, pero si distribuirlos entre sus herederos.

Sobre el tercer sistema, encontramos hasta tres variantes:

a) Distribución forzosa:

- i. Cuota variable. Según el número de hijos,
- ii. Cuota única invariable. El porcentaje a gravar es único, independientemente del número de herederos forzosos tenga.

b) Distribución libre: Donde el testador puede disponer de entre los legitimarios libremente.

c) **Con porciones de distribución forzosa** (la legítima) y con porción de distribución libre (la mejora) **y la parte de libre** disposición (libertad de testar).

Un ejemplo es el caso mexicano. Admite la libertad de testar pero con atenuantes; prevé una pensión de alimentos al cónyuge, a los parientes consanguíneos en línea directa y también incluye a la concubina.

Ferrero Costa (2013) de manera más simple pero igual de ilustrativa, considera que solo "existen dos sistemas respecto a la facultad de disposición mortis causa de una persona: aquel que otorga plena libertad de testar y aquel que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de algunos"(p. 425).

Por su parte, Moler Belón (2017), siempre en el marco del Derecho Comparado Internacional, propone una clasificación de dos grandes sistemas:

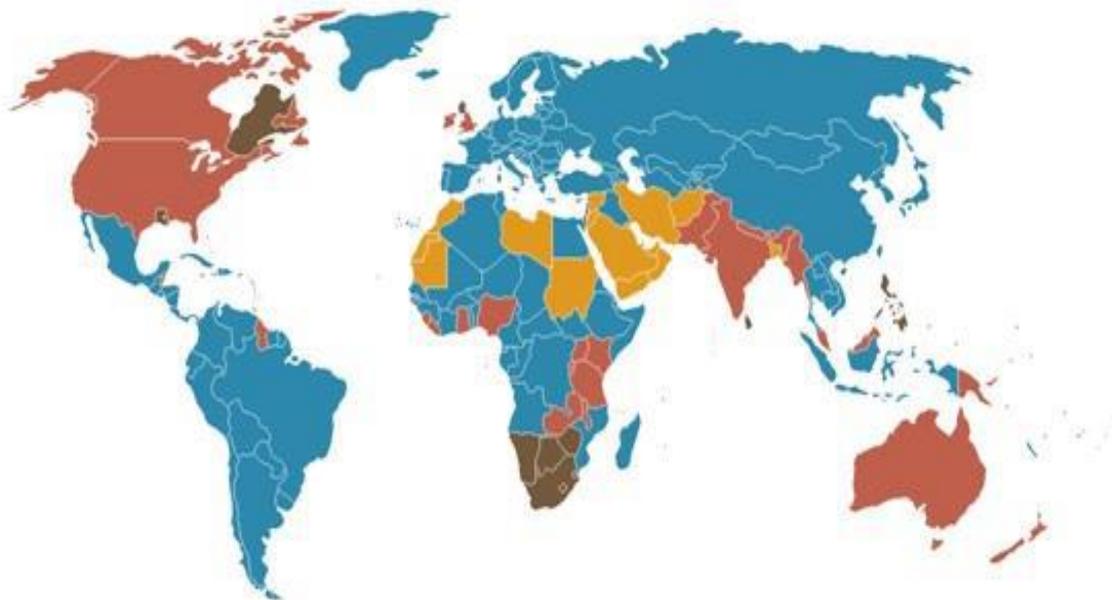
- a. **Sistema que reconoce la libertad para testar.** Caracterizado por la libertad de testar, donde se subraya que se respeta la voluntad, la libertad y la dignidad del testador, están consideradas las familias jurídicas vinculadas al *Common Law*, siendo los abanderados Inglaterra y el Estado Canadiense de Quebec, seguidos en territorios americanos por México, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Guatemala. Un caso peculiar es el de España donde coexisten ambos sistemas: *"Por un lado, se protege la absoluta libertad de testar en los municipios donde rige el fuero de Ayala, y por el otro, impera la cuota legítima en la mayoría de las regiones del estado."* (p. 18). Katherine Moler no deja de subrayar los beneficios prácticos y sociales de este sistema, en referencia a nuestra experiencia peruana, como por ejemplo el evitar el fraude por actos entre vivos, tratando de distraer, manipular o negar la voluntad del causante. Este aspecto no sólo tiene implicancias en la carga del sistema de administración de justicia sino con el principio fundamental de la transparencia. Más allá de promover que cada individuo resuelva su propio futuro, sin tener que esperar la muerte de sus progenitores como un mecanismo de ganarse la vida de manera holgazana o irresponsable.
- b. **Sistema legitimario clásico.** El de aquellos sistemas restringidos, ya sean de carácter pleno o relativo, que busca la protección de ciertos herederos o

sucesores, con la finalidad de dar continuidad al núcleo familiar y al patrimonio del causante; estableciendo cuotas a respetar en beneficio de los legitimarios y una proporción final de libre disponibilidad. Según Moler Belón (2017), la justificación de este modelo *“radica en proteger a herederos frente a posibles abusos del testador o frente a la manipulación de terceros que puedan aprovechar de la debilidad mental emocional negativa del causante. Lo anterior se resiste ampliamente por la doctrina internacional, y no se considera un fundamento sostenible jurídicamente, más aún se considera una especie de prejuicio protegido por la normativa. Es una decisión política”* (p. 20).

Entre los países que han asumido este sistema se menciona a Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Bolivia, Argentina, Perú, Uruguay y Puerto Rico. Las proporciones son diversas, muchas veces dependiendo del número de hijos o legitimarios, o del carácter del patrimonio. A propósito del modelo peruano, Katherine Moler (2017), recoge las afirmaciones del jurista Guillermo Lohmann de Tena, quien sentencia: *“Desde el punto de vista documental es exagerada la rigidez formal que se reclama para los testamentos; desde el punto de vista negocial, es estrecho el margen que el ordenamiento concede a la autonomía del testador. Nuestra regulación, sucesoria en general y testamentaria en particular, se ha quedado a la zaga, más recortada aun de lo que estaba bajo el régimen del Código de 1936.”* (p. 21).

Esta misma autora comparte un mapa desarrollado por la Universidad de Ottawa⁸, que de manera muy pedagógica ilustra sobre la distribución de países en función de los modelos desarrollados en el Derecho de Sucesiones, estableciendo que: *“El color **rojo** son los países cuyo sistema legal se basa en el Common Law y en **azul**, los países que tienen como base el Derecho romano-germánico. En **amarillo** aparecen los sistemas de base religiosa y en **marrón** los sistemas mixtos”.* (p. 24).

⁸ Fuente: University of Ottawa [Disponible en: <http://www.juriglobe.ca/esp/syst-onu/index-alpha.php>] (p. 24).



En síntesis, acogiendo las propuestas de clasificación que desde el Derecho Comparado han planteado tanto Elizabeth Amado Ramírez como Katherine M. Moler Belón, podemos elaborar el siguiente cuadro-resumen:

DERECHO DE SUCESIONES EN EL DERECHO COMPARADO	
<i>Elizabeth Amado Ramírez</i> <i>(2013)</i>	<i>Katherine M. Moler Belón</i> <i>(2017)</i>
1. Libertad absoluta de testar.	1. Libertad para testar.
2. Legítima con reserva total de la herencia.	2. Sistema legitimario clásico.
3. Legítima con reserva parcial de la herencia.	

(Elaboración propia)

De manera general, también desde la perspectiva del Derecho Comparado, podría establecerse un cuadro-resumen sobre los dos sistemas fundamentales en el Derecho de Sucesiones, con los países que adoptan cada uno de ellos y las diferentes cuotas en el caso del modelo que asume la legítima.

SISTEMA	PAÍS	CUOTAS
LEGÍTIMA	Bolivia, Argentina	4/5
	Perú, Uruguay	2/3
	Italia, Francia, Bélgica, Alemania	Legítima con reserva
	España, Puerto Rico	Legítima explícita + mejora y libre disponibilidad
LIBRE DISPONIBILIDAD	UK, Australia, Quebec, México*, Honduras, Uruguay, Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Guatemala	

* Con atenuantes: pensión de alimentos a cónyuge, parientes consanguíneos en línea directa y concubina.
(Elaboración propia)

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La formulación de nuestra hipótesis de trabajo considera que la institución de la legítima, reconocida por el derecho de sucesiones de la legislación peruana, al establecer herederos forzosos y cuotas para la distribución de la masa hereditaria, restringe derechos constitucionales.

Más aún, desde una perspectiva de necesaria adecuación a los cambios sociales y de la misma concepción y administración de la justicia, consideramos necesaria una reforma que asuma un modelo que legitime la total y libre disposición de bienes por parte del causante. Un modelo hereditario de estas características estaría más acorde con el diseño constitucional peruano y sería más favorable para resolver problemas sociales y económicos de nuestra sociedad contemporánea, como de aspectos específicos como la sobrecarga en la administración de la justicia peruana.

Como se ha dado cuenta en el capítulo anterior, durante el desarrollo de este trabajo de investigación, se ha podido encontrar y estudiar trabajos académicos, sobre aspectos relacionados con la propuesta de transmisión hereditaria en el sistema jurídico peruano o de manera específica sobre la institución de la legítima. Entre los más sugestivos están los de Rosario de la Fuente Hontañón (2014), José E. Vásquez Natividad (2015), Moler Belón, K. M. (2017); pero sobre todo, por su enfoque y densidad, el de Miguel Ángel Bolaños Rodríguez (2008). Es un auténtico aporte para salir de un análisis que sólo tiene el filtro jurídico, para abordar perspectivas de tipo filosófico y sobre todo acoger el enfoque del Análisis Económico del Derecho.

Otro de los trabajos que –a pesar de su antigüedad y su punto de vista estrictamente jurídico- ayuda a tener una mirada crítica y distinta de la legítima es el aporte de Guillermo Lohmann Luca de Tena (1995).

Para aquilatar el trabajo de César Fernández Arce (2014), recogemos un aserto de su pluma que, sin tapujos, de manera informada y tajante, medido y valorado en cada uno de sus términos expresa: *“Implica la legítima una **restricción a la libertad de disposición del testador** respecto de la cual no hay unanimidad en la doctrina ni en la legislación comparada”*. (p.239 – resaltado nuestro). De manera coincidente Benjamín Aguilar Llanos (2011) afirma:

De todo esto extraemos como conclusión que la legítima es una **restricción al derecho de propiedad**, más precisamente a la **facultad de libre disposición**, en tanto que el propietario del bien no puede disponer como mejor le parezca, pues ante la presencia de familiares cercanos (los llamados herederos forzosos) no tiene libertad para efectuar actos de disposición a título de liberalidad, ni en vida ni para después de muerto, lo que equivale a limitarlo en su derecho de libre disposición pues corre el riesgo de estar celebrando un acto jurídico que puede ser atacado si en vida dispone más allá de lo que puede disponer por testamento... (p. 225, resaltado nuestro).

Al definir la institución de la legítima, Jesús Gómez Taboada (2011), también deja constancia del carácter limitativo de esta figura jurídica en nuestro sistema legislativo peruano:

La legítima consiste en una atribución que el ordenamiento jurídico otorga, en una sucesión con título voluntario (testamento o contrato sucesorio), a determinadas personas en consideración a su relación familiar con el causante. Se configura, pues, como un **límite o un freno a la libertad de testar**. (p. 485, resaltado nuestro).

4.1. SOBRE ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA

El primer objetivo específico del presente trabajo de investigación se propone conocer los fundamentos de la institución de la legítima para regular a favor de los herederos forzosos en el Código Civil peruano. El conjunto de trabajos revisados hacen una exposición de los orígenes de la legítima, como de su modelo operativo en la legislación peruana.

El Derecho de Sucesiones en el mundo tiene distintas propuestas de tratamiento de aspectos claves, como es el establecer modelos para la transmisión de bienes del causante. Ellos obedecen no sólo a factores de tipo cultural, social, político y hasta

religioso, sino de manera específica, a raíces jurídicas distintas, a la búsqueda para el ordenamiento jurídico responda a la realidad social concreta en la cual se legisla, y a un poderoso sentimiento de justicia.

El especialista Guillermo Lohmann Luca de Tena (1995), subraya la complejidad del tema y las limitaciones que tiene en la estructura del ordenamiento jurídico peruano al afirmar:

La legítima es, probablemente, una de las áreas más complejas y polémicas del Derecho Sucesorio en general tanto por lo que toca a su justificación, como por lo que concierne a la naturaleza y tratamiento doctrinario y legal de la misma⁹... nuestro ordenamiento legal no sólo no ha sido ajeno a influencias de distinta fuente, sino que además revela insuficiencias y acusa serias deficiencias de contenido¹⁰ y sistemáticas¹¹ que dificultan una explicación (y aplicación) unitaria, coherente y adecuada de la legítima. En síntesis: está llena de sombras y nubarrones. (p. 31, resaltado nuestro)

En muchos ámbitos, y por mucho tiempo, el tema central de discusión en el Derecho de Sucesiones ha sido el modelo o sistema de disposición o transmisión de bienes.¹²

⁹ Eso sin contar el problema terminológico, que abona la dificultad de comprensión, porque las palabras acuñadas y mantenidas por la tradición contribuyen a desfigurar las ideas, posibilitando que se crea que éstas significan lo que debieran significar. Pero en esta materia, ni legítima tiene nada que ver con legitimidad alguna, ni el heredero "forzoso" tiene forzosamente que ser heredero, aunque sea legitimario. Y es que en esto, al igual que en muchas otras áreas de conocimiento, hay diferencia entre las palabras y las cosas, como amenamente enseña Michel Foucault.

¹⁰ A este respecto, particularmente notoria la indebida asimilación en el artículo 729 entre legítima y cuota de sucesión intestada.

¹¹ Sin duda alguna, desde el punto de vista sistemático el mayor reproche que se le puede hacer a nuestra regulación normativa es haber tratado la legítima dentro de la sucesión testada, pese a no ser exclusiva de ella, y regular la defensa de la legítima en los artículos 805 y 806, bajo el rótulo de "caducidad" del testamento y además de un modo fragmentario, porque la legítima puede ser afectada o menoscabada de diversas maneras, no todas ellas previstas en los artículos mencionados.

¹² Es muy ilustrativo el importante número de trabajos que alrededor de esta discusión doctrinal se verificó en el Perú en la primera mitad del siglo XX, y que nos presenta Carlos Núñez Ramos (2006). Así tenemos: (i) García, Leopoldo (1932). *La legítima en el Derecho de Sucesiones*. Tesis Lima. UNMSM; (ii) Pinillos, Víctor (1937). *De la legítima en la legislación peruana*; (iii) Moyano Wuich, Oscar (1940). *De las legítimas y de la porción de libre disposición en el Código Civil Peruano*; (iv) Villarreal Mendoza, Máximo (1919). *La herencia libre en el Perú, un medio de resurgimiento nacional*. Arequipa. Tipografía Sanguinetti; (v) Sánchez Moreno, David (1933) *Sucesión hereditaria*; (vi) Gonzáles, Guillermo (1934). *Herencia libre en el Perú*; (vii) Cornejo Chávez, Héctor (1943). *La sucesión y el derecho sucesorio*. Lima; (viii) Garrido Lecca, Teodoro (1942). *El sistema de las legítimas y la libertad de testar*. Trujillo.

En su importante aporte a la investigación de la historia del Derecho Civil en el Perú, Carlos Ramos Núñez (2006), consigna como *“En España y en América Latina... en la lucha contra la vinculación inmobiliaria , se blandió la figura de la legítima para establecer un imperfecto mercado”*, (p. 530). Diferenciándose radicalmente de la corriente anglosajona que, respetando la necesaria libertad de cada persona, y evaluando las circunstancias, distribuye sus bienes con arreglo a las verdaderas necesidades de los potenciales beneficiarios. Con una opción totalmente opuesta a la diseñada e implementada por la legítima como reserva hereditaria forzosa, el derecho anglosajón ha optado y proclamado un sistema de herencia libre o de libertad testamentaria. Ramos Núñez ratificará:

En efecto, de acuerdo con este principio, **el propietario tenía el derecho a disponer, a título de testamento, del íntegro de sus bienes sin consideración alguna a la existencia o no de hijos legítimos u otros parientes cercanos que pudieran reputarse forzosos**. Resulta, pues, perfectamente posible que el entero patrimonio o alícuotas de él sean recibidos en herencia por un extraño, ya sea de una persona natural o de una corporación, y hasta era dable, como divulgan los comics norteamericanos y la prensa humorística, que se designe como heredero universal al mayordomo o incluso al gato. (p. 530, resaltado nuestro).

Al final de la exhaustiva mirada histórica que el trabajo académico de Ramos Núñez (2006) hace sobre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, alrededor del tema de la comprensión del debate que se realizó en el Perú sobre la institución de la legítima, su juicio es lapidario al dar cuenta que las propuesta de corte liberal, de innegable interés o justificación económica, se ha impuesto a una posible influencia del modelo anglosajón en la configuración de la actual legislación peruana.

Uno de los filones de argumentación ha sido el pretender obstaculizar una corriente de un individualismo a ultranza, defendiendo la figura de una sucesión forzosa para salvaguardar una supuesta titularidad familiar sobre el dominio de la propiedad.

De manera general se puede afirmar que existen dos modelos definidos: (i) Aquellos que acogen la institución de la legítima, según la cual se busca de hacer una transmisión patrimonial del causante a herederos forzosos; y, (ii) un modelo – especialmente en el ámbito anglosajón-, de total libertad de disposición de los bienes de su patrimonio por parte del causante¹³. Cada uno de ellos tiene sus propios antecedentes históricos, sociales y jurídicos, como también su propia justificación jurídica. Será importante conocer los distintos argumentos y jurisprudencias que están involucrados en la defensa de cada uno de estos modelos.

El modelo que se adhiere a la defensa del modelo de la legítima presume que todas las personas, lo poco o mucho que se ha podido atesorar como patrimonio, sea transmitido o legado a las personas más cercanas en el afecto, especialmente en el círculo de las relaciones familiares. En el ámbito económico invocan el argumento de salvaguardar la unidad del patrimonio, cuando el diseño mismo de la figura de la legítima genera una división o atomización de la masa hereditaria.

El jurista César Fernández Arce (2014), luego de sentenciar que la legítima implica una *“restricción a la libertad de disposición del testador respecto de la cual no hay unanimidad en la doctrina ni en la legislación comparada.”* (p. 239), establece una tipificación de estas posiciones discordantes bajo la fórmula de tesis abolicionista y tesis proteccionista. Las caracteriza de la siguiente manera:

- a) **La Tesis Abolicionista**, defiende los siguientes principios o convicciones: **1.** La facultad de disposición de los bienes como un atributo del derecho de propiedad, sin existir restricciones en los actos jurídicos *inter vivos*, y nada justifica los recortes de sucesión testamentaria *mortis causa*. **2.** Las obligaciones patrimoniales fenecen con la muerte de los padres. **3.** A los padres asiste la plena libertad de disponibilidad

¹³ Al respecto, De la Fuente-Hontañón, R. (2014), considera que: “Los autores que defienden la libertad de testar frente a las legítimas impuestas por el legislador, reconocen que los hijos tienen el derecho a ser alimentados y educados por sus padres, pero no a obtener una porción de la herencia. Los padres debieran tener la libertad de dejar sus bienes a distintas instituciones o al fomento de la cultura o la erradicación de la pobreza, sin la obligación de dejar parte de su patrimonio a los herederos forzosos”. (pp. 692-693).

Más adelante asumirá una posición intermedia al afirmar: “...se comprende la necesidad de traer a debate la necesidad de una reforma en torno a la modificación de las legítimas –no a eliminarlas- que le permita al causante una mayor libertad de testar, sin dejar desatendido el grupo familiar, siempre sobre la base de la solidaridad, de manera especial con los hijos menores o con los que presentan alguna enfermedad o incapacidad.” (p. 695).

patrimonial. **4.** La abolición de la legítima hará posible que los potenciales herederos forzosos desarrollen sus propias capacidades y esfuerzo. **5.** El fraccionamiento del patrimonio atenta contra la economía.

Esta posición es recogida por ordenamientos jurídicos de países como México, Panamá, Costa Rica, Inglaterra y casi la totalidad de Estados Unidos.

- b) **La Tesis Proteccionista**, defiende la institución de la legítima con la siguiente argumentación: **1.** El patrimonio obtenido por una persona no solo es fruto de un esfuerzo personal sino familiar. Debe primar el espíritu de solidaridad familiar. **2.** En el derecho sucesorio confluyen dos intereses; el privado, del causante, como titular de su patrimonio; y, el familiar, por la generación de recíprocos derechos y obligaciones que no concluyen con la muerte del causante.

Las legislaciones que recogen esta orientación son la mayoría de países de América Latina, como: Perú, Argentina, Chile, Brasil, Venezuela; y también países europeos como: Italia, Alemania, Francia, España. (pp. 240-241).¹⁴

En la relación que esta figura jurídica tiene con principios constitucionales, la propuesta de este trabajo considera que hay una limitación o restricción a principios como la libertad (hay una innegable limitación a la toma de decisiones propias y a la autonomía de la voluntad), igualdad (bajo un criterio de “distribución equitativa” no contempla situaciones de desigualdad y vulnerabilidad), o criterios básicos de solidaridad (responsabilidad por decisiones frente a un colectivo social). Además de una mayor valoración de la autonomía de la voluntad al momento que el titular decida el destino de su patrimonio en su declaración testamentaria.

Roger Saravia Avilés (2005), por su parte, en el marco teórico de su acercamiento al sistema hereditario peruano y las posibilidades del reconocimiento de derechos sucesorios para las parejas involucradas en matrimonios de hecho, define e identifica los fundamentos y principios del Derecho de Sucesiones en la legislación peruana.

¹⁴ Desde el punto de vista de la discusión doctrinal es importante el deslinde que hace Guillermo Lohmann Luca de Tena (1995), respecto a sus diferencias conceptuales con R. Lanatta: “LANATTA... decide *a priori* que la legítima es inherente a la calidad de heredero y que es *pars hereditatis* y no *pars bonorum*. Sustenta su parecer en que este concepto ‘no proviene del derecho romano (...) sino del francés’. (Cosa, por cierto, con la que no estoy de acuerdo, porque la legítima francesa es en propiedad la reserva en favor de los herederos que, como se sabe, solamente pueden ser los que nosotros llamamos forzosos, y los otros casos son en realidad legatarios. Nuestro Código de 1852 ya recogió la categoría de herederos forzosos y voluntarios siguiendo el Proyecto de Vidaurre y con influencia de las corrientes españolas que se plasmaron en el proyecto de García Goyena...”. (Nota 17; p. 33).

Luego hará una clasificación del fenómeno sucesorio, diferenciando aquellos que se hacen a título universal o a título particular, *inter vivos* o *mortis causa*. Su tipificación alcanzará a los modos de suceder: por derecho propio o por representación; y las distintas clases de herederos: testamentarios o no testamentarios, forzosos o voluntarios.

La investigación desarrollada de manera aplicada por Liliana Magali Bellido Béjar (2012), si bien contiene un apartado sobre los conceptos jurídicos utilizados en su trabajo, luego de explicar aspectos metodológicos y los resultados de campo, inmediatamente aborda el tema jurídico de las uniones de hecho en el Perú, los últimos avances en su reconocimiento legal por nuestra legislación, para finalmente enfocarse en el objetivo central de su entrega académica, que lo define como la búsqueda por proponer una plena y efectiva regulación de los derechos sucesorios de los concubinos, para enfrentar el desamparo legal en que se encuentran en nuestra sociedad. Además propugna que el ordenamiento jurídico peruano debe avanzar para garantizar la protección de los derechos de todo grupo humano que constituya una familia, asumiendo el respeto tolerante a la diversidad y libre desarrollo de la sociedad contemporánea.

Uno de los trabajos más interesantes en su estructura y contenido es el elaborado por José Ericson Vásquez Natividad (2015). Desde el inicio se plantea el analizar los fundamentos actuales de la figura de la legítima; más aún, considera que la finalidad de su trabajo es cuestionar los fundamentos doctrinarios de la legítima –sociales, familiares y económicos- tal como se conocen actualmente por estar desfasados e inclusive los considera inapropiados e inaplicables “*a una sociedad donde otorgar mayor facilidad al tráfico económico, es sinónimo de desarrollo...[y] donde los lazos familiares han sufrido una relajación*” (p. 5).

Una de sus preguntas iniciales es “*¿Por qué la legítima, no se ha actualizado de acuerdo a la realidad social?*” (p. 8). Como es de esperar, en su planteamiento del problema invita a constatar cómo la sociedad, y la familia, han sufrido graves cambios. Esta constatación, según su planteamiento, debería cambiar los fundamentos de la

figura de la legítima, para lo cual propone ampliar la libertad de testar y buscar una mejor distribución del patrimonio del causante.

En su marco teórico una vez definida la institución jurídica de la legítima, busca las bases de la misma en el derecho romano, para luego hacer un análisis comparativo con los esfuerzos de modernización de la legítima no sólo en la legislación peruana, sino de manera comparada, con las legislaciones española y alemana. Este jurista, se une a la convicción que el Derecho de Sucesiones es la rama que menos modificaciones ha sufrido debido a lo conservador de nuestros legisladores en este aspecto; más aún, sentenciará que es casi nulo el trabajo doctrinario en el país.

La tesis más interesante, no sólo en su propuesta metodológica, sino en el desarrollo jurídico –a pesar de tener ya casi una década de su elaboración-, es el aporte de Miguel Ángel Bolaños Rodríguez (2008). Su extensión, enfoque multifacético y profundidad explican que sea una propuesta para acceder al grado académico de Magíster en Derecho ante la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde el inicio y sin tapujos se propone analizar la institución jurídica de la legítima con el objetivo de generar un cambio de dirección “*dando preferencia hacia un vuelco normativo*” y dando cuenta de “*las razones del por qué en el Perú se rechaza este cambio normativo*”. Si bien el núcleo de su trabajo es hacer pasar la figura de la legítima por un riguroso análisis económico del derecho, su mirada jurídica se acerca a una evaluación histórica-económica y una visión política del iusnaturalismo.

El contenido de su trabajo parte de una aproximación conceptual de la legítima, la revisión de sus antecedentes históricos, para focalizarse de manera creativa en un análisis de esta institución jurídica en el Perú, en base a dos focos que iluminan su juicio histórico y jurídico: la moralidad y la racionalidad. El corazón de su trabajo será el análisis económico de los derechos de propiedad y la evidencia de la legítima, como sistema hereditario, de ser un modelo ineficiente y caduco, como no adecuarse a las exigencias de libertad y justicia de nuestra sociedad.

Desde la introducción plantea una mirada sobre la sociedad actual y cómo la legítima es una categoría que es parte de una tradición, construida tanto por el Estado como la Iglesia católica, basando el diseño de la herencia forzosa en el principio de la “*voluntad presunta del testador*”. Afirmará de manera provocadora y firme que toda la

justificación que hasta ahora se ha construido es de carácter moral antes que una razón jurídica; añadiendo que la moralidad y la libertad son rivales, de manera tal que cuando se busca de proteger a una se desprotege a la otra. Luego radicalizará su posición al apostar por la desaparición o extinción de la institución de la legítima, y lo expone de la siguiente manera:

Nuestra conclusión es que la legítima no debe existir por tres razones:

El primer motivo es porque la legítima se basa en la creencia que los padres no deben odiar a sus hijos...Y esta forma de control del pensamiento y expresión está en clara contradicción con nuestra libertad de pensamiento, de religión y de expresión.

El segundo motivo es porque la legítima supone hacer una redistribución con dinero ajeno y estos es una interferencia en el derecho de propiedad...

Y **el tercer motivo** parte del hecho que si bien es cierto que existen intromisiones eficientes en el derecho de propiedad, éstas varían de acuerdo con el tiempo. En algún momento la legítima fue eficiente. La sociedad cambia, cambió y seguirá cambiando. En este entorno la legítima ya dejó de ser eficiente; no hay ningún sistema mejor que se adapte al cambio que el sistema que respete la libertad. [Introducción, resaltado nuestro]

También planteará que la legítima es la expresión jurídica de la privación del individuo de un elemento fundamental de su vida: su libertad de disposición. Al comparar la institución de la legítima con el modelo de total libertad para testar, y adelantándose a juicios negativos desde posiciones moralistas o religiosas, afirmará

que la libertad de testar recogida por otras legislaciones en nada afecta valores morales.

4.2. VIGENCIA DE UNA POLÉMICA JURÍDICA EN TORNO A LA LEGÍTIMA

El segundo objetivo específico de este trabajo de investigación se plantea determinar cómo la institución de la legítima restringe derechos protegidos por la Constitución Política del Perú. Con tal fin, en la bibliografía identificada, se prioriza una mirada de carácter histórico sobre las diferentes posiciones conceptuales que se han verificado en el debate jurídico peruano.

Asumiendo la tipología propuesta por el jurista César Fernández Arce, en función de la literatura revisada podemos afirmar que en la historia del derecho civil peruano, se verifican dos corrientes contrapuestas en el modelo a defender o proponer en el derecho de sucesiones peruano: una, que propugna el modelo vigente de la legítima, bajo la denominación de **tesis proteccionista**; y, la otra, que propone un cambio hacia una libertad de testar, bajo la denominación de **tesis abolicionista**. Será famoso el clima de disputa y polémica académica que estas dos tendencias generaron en el mundo universitario de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Los dos principales centros superiores de la época, la Universidad Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú, fueron laboratorios y voces antagónicas de esta divergencia doctrinal jurídica.

Carlos Ramos Núñez (2006), sobre este escenario de polémica jurídica universitaria considerará que estas tesis que se defienden en la Universidad Católica del Perú, se fundan, como es de suponerse, en la moralidad de la iglesia católica. La defensa de la legítima, como criterio de justicia, es constante. De manera que *“poco apoco fue calando la idea de que un sistema absoluto no era conveniente ni se acomodaba a la tradición legislativa del país.”* (p. 540).

Para nuestra hipótesis de trabajo la revisión de la literatura especializada sobre el Derecho de Sucesiones, y de manera específica sobre la institución jurídica de la legítima, nos da la certeza que el cuestionamiento formal y de fondo de la legítima tiene una larga historia en la dogmática jurídica peruana. Las condiciones propias de la

problemática de nuestra actual sociedad peruana ameritan el renovar una mirada crítica de la misma.

4.2.1. Una mirada diacrónica de la tesis proteccionista



Gracias a los estudios del prestigioso jurista Carlos Ramos Núñez (2006) sobre la historia del Derecho Civil peruano, y de manera específica de su análisis de las instituciones jurídicas, Bolaños Rodríguez (2008) considera que los principales cultores peruanos del derecho en el campo de sucesiones, presentan en sus propuestas una cerrada defensa de la institución de la legítima, basada en una marcada tendencia moralista, que en su momento y en un contexto socio-económico rural y agrario, fue eficiente y racional.

Desde un moderno enfoque de Análisis Económico del Derecho, la visión de quienes defienden la legítima parte de considerar que el contexto que explica la incorporación de la legítima en el ordenamiento jurídico peruano es un mundo predominantemente rural y agrario, basado en la disponibilidad de recursos abundante. Las condiciones sociales, económicas y poblaciones de la sociedad hacían ver la legítima como la mejor alternativa a usar para un modelo jurídico hereditario.

La estructura argumentativa de la legítima se funda en la armonización de la dupla de instituciones jurídicas conformada por la propiedad y la familia. Así tenemos que la legítima satisface tanto el derecho de propiedad de padre como los intereses de la familia supérstite; considerándola una institución que armoniza tanto el amor de padre con el hijo como el amor entre cónyuges.

Desde una moralidad iusnaturalista, según Esteban Puig, la legítima reconcilia el sentimiento natural de amor entre los padres y los hijos. *“La libertad –según estas posiciones- debe ser entendida no como libre albedrío sino como aquella voluntad de escoger el bien”* (p. 47). La función del Derecho será, razonablemente, exigir al padre su obligación de amar a los suyos. Así será libre y su voluntad se perfeccionará en el amor.

Bolaños Rodríguez (2008) identifica dos fuentes importantes en la argumentación histórica de la legítima en la legislación civil peruana. Una, el Code Napoleón; y la otra, la influencia de la religión católica.

Es así que considera que el code napoleónico influenciará directamente el código civil peruano de 1852. Ambos están inspirados en un orden divino y natural,

913. les libéralités, soi par acte entre-vif,, sois par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant legitime; le tiers, s'il laisse duex enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

Para el autor mencionado, es innegable influencia de la religión católica.¹⁵ No es frecuente en el acercamiento a la comprensión y discusión dogmática en el ámbito del Derecho de Sucesiones y de la institución de la legítima, encontrarnos con una mirada que va más allá de aspectos netamente jurídicos. Por esta razón, no puede dejarse de valorar el análisis que Bolaños Rodríguez (2008) realiza al incorporar una mirada inédita: la influencia de la doctrina y ética católica en la argumentación y supervivencia de la institución jurídica de la legítima en el ordenamiento jurídico peruano. Además de sugerir una mirada de tipo filosófico y cultural a la institución de la legítima, nos propone una lectura de la legítima como una figura jurídica que ha sido alimentada por la moralidad de la iglesia católica. Según este autor, la legítima es un privilegio que concede la ley a los hijos sobre la herencia de sus padres, basada -para algunos- en una ley divina, o en una ley natural -para otros-.

El mencionado autor afirmará:

Al estudiar los fundamentos de la legítima expresados por **los juristas peruanos logramos determinar que respetan esta moralidad cristiana y que estuvo presente a lo largo de nuestra historia republicana: en la mente de los reformadores, revisores y legisladores.**

¹⁵ Este apartado tiene una referencia permanente a la tesis de Bolaños Rodríguez, M. A. (2008), *El ocaso de la legítima hereditaria. Retrato de una banalidad*. Tesis para Grado Académico de Magister en Derecho. PUCP. Lima.

En el capítulo 21 de Deuteronomio, versículos 15 a 17, Antiguo Testamento, encontramos el fundamento de la primogenitura para los hebreos que sirve, también, y luego de un detenido análisis, para comprender **el sentido de la moralidad católica que se encuentra en la legítima**. Este precepto hebreo manda que si un hombre tiene dos hijos de dos mujeres distintas, una nada y otra aborrecida, siendo su primogénito el hijo de la aborrecida, le corresponde a él ser su heredero de sus dos tercios de la herencia y a su otro hijo sólo puede favorecerlo con un tercio de libre disposición. (p. 27, resaltado nuestro)

Esta propuesta interpretativa nos abre a considerar una fuente de transmisión y justificación de la institución de la legítima que está más allá del estricto ámbito académico-jurídico. Mucho más, cuando se conoce el nivel de influencia social y doctrinal que tiene la institución católica, no sólo en el tejido social, sino en la estructuración económica, ideológica y cultural de la sociedad peruana.

Desde una perspectiva histórica, Bolaños Rodríguez (2008) consigna que a finales del siglo XIX se enseñaba en la Universidad Mayor de San Marcos que la herencia está íntimamente relacionada con la familia. Así tenemos que, el académico Manuel Vicente Villarán (1897) preguntaba de manera didáctica a sus alumnos: “¿Quién plantaría árboles si personas desconocidas hubieran de recoger sus frutos?” (p. 2). La argumentación, por tanto, consideraba que no es eficiente prescribir que el trabajo de una persona sea disfrutada por alguien a quien él no ama. El problema de fondo de toda esta tendencia argumentativa es que se presume que se ama siempre –y sólo-, a los hijos.

Siempre según Villarán, la legítima satisfacía la necesidad de movimiento de bienes dentro de la familia. Era un movimiento económico limitado de una generación a la siguiente. Bien podría ser considerado desde el punto de vista económico como un sistema de inmovilización familiar. Por el contrario, - asegura Bolaños Rodríguez- “la libertad testamentaria, que permite la circulación económica de los bienes más allá de las estructuras limitadas familiares, no satisfacía entonces, en ese contexto,



Luis Eche copar (1950), otro connotado jurista, entiende que la legítima tiene como fundamento el cumplimiento de deberes morales y sociales hacia la gran familia que es la humanidad. La legítima, en su perspectiva, satisface un ideal: que todo ser humano sea propietario. Además, Eche copar considera que la fortaleza social de la familia proviene de sus relaciones como grupo cerrado y de sus conexiones con los demás miembros de la sociedad. En resumen, todos conforman una gran familia social. Por tanto, limitar la libertad de disposición patrimonial en beneficio de los hijos es coherente con esta visión de familia nuclear o social. Según el juicio de Bolaños Rodríguez, estas apreciaciones tienen un evidente contenido moralista cristiano.

Emilio Valverde defiende la legítima como una institución de derecho natural y hace primar la familia sobre el individuo. Manifiesta este autor que la naturaleza o "*razón de ser de la cuota forzosa de los legitimarios está afirmada en el nexo estrecho que existe entre las relaciones jurídicas sucesorias y las de carácter familiar que les sirven de primordial sustento*" (p. 397). En consecuencia, para este estudioso el derecho sucesorio se sustenta en el derecho de familia.

Por su parte, Aníbal Corvetto Vargas (1956) sostiene, en el mismo sentido, que el derecho de familias está relacionado indeliblemente con el Derecho de Sucesiones. Y, de manera coherente con su línea de pensamiento, considera que este enlace obliga al legislador a mantener la legítima.

El gran especialista en Derecho de Sucesiones, Rómulo Lanatta (1961, p. 3) asegura que la legítima tiene la función de limitar los excesos que pudiera cometer el padre de familia en contra de sus parientes más cercanos. No dudará en declarar que una de las virtudes de la legítima es restringir las liberalidades a las que podría recurrir el propietario o titular que disminuye de manera deliberada y consciente su propiedad o patrimonio en perjuicio de los suyos.

Con un innegable argumento de tipo moralista y que aparecerá de manera diáfana en la elaboración que aporta a la sistematización del derecho de sucesiones peruano, Lanatta considera que la expectativa de los legitimarios, debe ser protegido por el derecho, y no duda en afirmar: *“es obvio que la transmisión sucesoria está inspirada generalmente en el afecto”*; y considera que los vínculos que genera el matrimonio, ya sean éstos de carácter consanguíneo o por adopción, crean derechos y obligaciones, los mismos que en una visión del régimen sucesorio, fundamentan la protección de la familia, inclusive más allá de la muerte; y de manera muy especial, del núcleo formado entre el cónyuge y los descendientes.

Por su parte, Jorge Eugenio Castañeda (1975, p. 48) afirma que con la legítima se protege a la familia. Es más, considera que la legítima es una limitación a las manifestaciones de la liberalidad del propietario ya que: *“No sólo en el testamento no puede privar de la legítima, sino que en vida tampoco puede donar más de lo que la ley le permite”* (p. 49). Por si fuera poco, está convencido que la legítima es una limitación a la excesiva libertad del propietario en beneficio de su familia. Por ello afirma respecto a la legítima que: *“La ley crea para limitar la voluntad arbitraria del padre; [también lo hace] para evitar los excesos en la libertad de testar”* (p. 51).

El connotado jurista y político nacional Héctor Cornejo Chávez (1984) con una mirada más integral de la problemática del derecho hereditario, ratifica que la familia no es un asunto que sólo atañe a lo jurídico sino que la familia, al ser la *“primera sociedad a la que ingresa inevitablemente todo hombre”* (p. 10), es una combinación de una serie de factores económicos, sociales, culturales, biológicos, fisiológicos, psicológicos y educativos. En este ámbito, el derecho impone muchas

veces deberes morales que no se imponen de forma coactiva. Concluirá sentenciando que si el derecho no protege el amor, no protege nada.

José León Barandiarán (1995) insiste en que el Derecho de Sucesiones cuenta con un par de principios fundamentales sin los cuales es imposible intentar un estudio serio sobre ellos. Estos dos principios son: la familia y la voluntad del causante. En gran parte se explica, como derecho familiar. A juicio del notable tratadista peruano, se puede correr el peligro de no llegar a entender el derecho de sucesiones sin antes estudiar el derecho de familia. Esta concepción -según Bolaños Rodríguez-,

La institución de la legítima como restricción de derechos constitucionales es fuertemente moralista con fuentes en el derecho natural, pues deja de lado la racionalidad. Y la sentencia que mejor expresa el pensamiento de Barandiarán y quienes propugnan la misma línea de argumentación, se evidencia de una manera brillante en el axioma que dicta: *“En razón del interés individual se permite la herencia, y en razón del interés social se la restringe”* (pp. 47-48).

Con una visión muy particular sobre la libertad humana, el jurista Enrique Holgado Valer (1985) afirma que la sociedad si no defiende la legítima estaría condenada al despilfarro y al atraso. Al hacer la presentación del pensamiento jurídico de este autor, Bolaños Rodríguez (2008), expone su cuádruple fundamentación: moral, social, política y económica. La fundamentación moral, está referida al afecto o lazo sanguíneo que se establece entre padres e hijos, y la consiguiente ayuda que se brindan entre ellos. La fundamentación social se atribuye a la función de cohesión de lazos familiares que promueve y asegura la legítima; mientras que la fundamentación política la atribuye a la justa distribución de la riqueza que respalda la institución de la legítima. Por último, la razón económica la fundamenta en la unidad patrimonial de una familia y la satisfacción de las necesidades del grupo familiar gracias a la legítima.

El reconocido académico Augusto Ferrero Costa (1986), comprometido en la argumentación que justifique la vigencia de la legítima, no duda en opinar que el orden social se preocupa que los parientes más cercanos lleguen a ser los sucesores del patrimonio de su causante por ser una cuestión de interés público.

Una variación de esta posición firme de defensa de la legítima, será aquella que propugna que si bien esta institución jurídica debe permanecer en la legislación peruana, ella podría tener algunas reformas, de manera específica en torno a las cuotas que se consideran en el diseño de la legítima. Uno de los especialistas que impulsa esta corriente es Francisco Samanamú (1917), sostuvo que la libertad de testar es propia del derecho natural. *“En cuanto al origen de la facultad de testar, parecemos que su fundamento está en el derecho natural; mas su forma y modo de aplicación pende del derecho civil, el que pueda alterarla y modificarla”* (p. 486). Para este autor, como muchos de los juristas peruanos que han estudiado y planteado algunos cambios superficiales, el problema no era la existencia o no de

Samanamú sostiene que el reconocimiento de los derechos de propiedad le incumbe al Estado y como tal también le corresponde limitarlo. Sin embargo, este jurista defiende la libertad del testador frente a un sistema legitimario, y lo hace desde el punto de vista moral. Al respecto señala que nadie es más idóneo para la distribución de su patrimonio que el testador mismo, en función de la conducta que conoce y ha observado a lo largo de los años de sus hijos, inclusive de la disposición de éstos para hacer aumentar los bienes o patrimonio familiar. Si es así el clima familiar y las responsabilidades que se han fomentado en su interior, es fácil entender que haya un clima de vivencia virtuosa y pretensión compensatoria por parte del jefe de familia respecto de sus hijos; e inclusive, si fuera necesario, de condena o negación de participación en el patrimonio familiar si se verifica una conducta irresponsable o viciosa.

En esta misma línea de concepción y actitud frente a la institución de la legítima, quien actuó como presidente de la comisión de reformadores del código civil de 1852, Juan José Calle (1925), propugnó en la comisión la ampliación de la cuota de libre disposición de una parca quinta parte a un mesurado tercio. La legítima, para este reconocido jurista, es una manifestación de la justicia que está acorde con la realidad. En su esquema argumentativo Calle reconoce el origen de la legítima en el derecho natural, como en el derecho de propiedad, y en su búsqueda porque la ley responda a las necesidades, inconvenientes y realidades sociales, invoca que el ordenamiento jurídico no deje de ajustarse o modificarse

para que sus mandatos no se alejen de los principios de equidad y justicia, favoreciendo así la cuota de libre disposición.

Bolaños Ramírez (2008) al contemplar este itinerario histórico de juristas peruanos comprometidos en justificar la permanencia de una institución como la legítima, una vez que ha escudriñado sus razones no sólo de carácter doctrinal sino de tipo religioso y moralista, y habiendo ubicado su racionalidad dentro de unas condiciones sociales propias de fines del siglo XIX y el siglo XX, ofrecerá un juicio

En nuestro análisis la doctrina nacional se aleja de la tesis que podría ser más clara respecto que **la sucesión se funda en el derecho de propiedad**. La doctrina nacional tiene la tendencia de referirse a la legítima como un derecho natural, y es esta tendencia, como ha sido enseñada es la que todavía perdura en nuestros maestros naturales. En aquella época, la defensa y ataque a la legítima se fundaba en consideraciones de moralidad. Se remitían a la defensa y protección de la familia y de los derechos de propiedad como derechos naturales. **Se dejaba de lado la función económica de los derechos de propiedad**, ya que no se puede entender el derecho de sucesiones sin su complemento que es el derecho de familia. Las sucesiones descansan en la organización familiar, idea propia de la moralidad del derecho natural. Proteger los derechos de propiedad es propio de la racionalidad económica ... aún sigue siendo la legítima una institución que sigue inspirándose en las fuentes del derecho natural. **Desde el momento en que la familia, el amor y la justicia entendida como equidad están en juego es una concepción moralista.** (p. 36, resaltado nuestro)

Una de las bondades de la investigación realizada por Bolaños Rodríguez (2008), siempre teniendo como base sólida el trabajo pionero de corte histórico y jurídico de Carlos Ramos Núñez (2006), será el presentar el nivel de repercusión y presencia de la polémica alrededor de la legítima, de manera especial pero no exclusiva, en los ambientes universitarios peruanos, y no sólo de la capital, sino también en aulas provincianas, en especial en Trujillo y Arequipa.



Narciso de Aramburú (1872) plantea que la legítima, al restringir su libertad de disposición mortis causa, limita su movilidad. De manera pedagógica expresa su defensa de la legítima cuando se pregunta: “¿sería natural que quedasen en la miseria las personas a quienes debía sustentar el antiguo propietario, y que a la desgracia que en sí lleva la muerte del padre se agregue la falta de todo elemento de vida?”.¹⁶ Como es de suponer, la respuesta para el jurista es negativa. En efecto, en el modelo cultural y religioso imperante en esta sociedad, el hombre, el único proveedor y sustento de su hogar, fuente de riqueza para los miembros de su familia, estaba obligado a seguir protegiéndola más allá de su deceso.

Para Manuela Donayre Carbajal, la legítima concilia el derecho a la libre disponibilidad, atributo de la propiedad, con los deberes que imponen las relaciones de parentesco dentro de la organización social primordial que es la familia, y considera que la cuantía establecida por el Código Civil de 1936 “es bastante amplia la libertad que nuestra legislación civil concede al testador” (p.5).

Con la finalidad de obtener el grado de Bachiller en Derecho, Teodoro García Lecca (1942) sostiene que “La familia está tutelada y protegida por la ley... los miembros forman.. una entidad jurídica y moral destinada a cumplir elevada misión en la sociedad” (p. 32). La legítima, sostiene, en nada afecta el derecho de propiedad en vida del causante, el individuo es libre de disponer de su propiedad privada.

Armando Sakuray Rojas (1967), también en su tesis de Bachiller, concluye que la legítima “no es un modo de suplir al voluntad del causante, sino un modo de

corregir dicha voluntad, limitándola” (p. 179). Sostiene que si se promueve el derecho absoluto a la libertad de testar se estaría dando lugar a la desaparición de la familia, además de la fragmentación de los grandes patrimonios y distribuciones arbitrarias que finalmente favorezcan la formación de modelos sociales de corte aristocrático.

¹⁶ Aramburú, Narciso de (1872). “Derecho de testamentación”. En: *Anales Universitarios*, tomo VI, citado por Carlos Ramos Núñez (2006), *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: “Las instituciones”, 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006; pp. 531-532.



En su tesis de Maestría, Rosa Verónica Zambrano Copello (2002), insiste en la “función tuitiva que brinda el derecho de familia, tan alejado de concepciones económicas sociales y tan vinculado a la protección del individuo per se” (p. 2). Más adelante trata de armonizar tres instituciones: la familia, la propiedad y las sucesiones.

4.2.2. Postura crítica de la tesis abolicionista

A lo largo de la historia del derecho civil peruano también han existido voces críticas sobre la pertinencia y eficiencia de la institución de la legítima. Los cuestionamientos no sólo han sido de carácter práctico u operativo –como causa del aumento en la carga procesal del sistema judicial, o el paquete de faltas y delitos que se generan alrededor de la búsqueda por ser reconocidos como beneficiarios de la legítima-, sino también de carácter filosófico, socio-económico y de doctrina jurídica.¹⁷

Uno de los argumentos críticos ha sido de carácter socio-económico. Se considera que el crecimiento poblacional y el desarrollo tecnológico, han generado cambios profundos en la sociedad global y peruana. La concentración urbana ha crecido y la dinámica económica –especialmente de las regentadas por el modelo liberal- ha configurado un tipo de convivencia humana y social muy distinta de aquella de los dos últimos siglos, en la cual se implementó la figura de la legítima. Nadie cuestiona que estamos ante un crecimiento progresivo en el tamaño de la

población unido a la escasez de los recursos, generando un impacto sobre los derechos de propiedad que se encuentran unidos a un sistema hereditario que promueven una división igualitaria de la herencia entre los hijos. La evaluación que se tiene de este modelo de la legítima, arroja una imagen de ineficiencia y agotamiento.

¹⁷ En esta misma línea, Rosario de la Fuente Hontañón (2014), hace referencia a distintos trabajos que someten a revisión la institución de la legítima. Así Tenemos: Parra Lucán, M. A. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. Nulidad de los actos jurídicos; pp. 1-80; Cámara Lapuente, S. (2007). New Developments in the Spanish Law of Succession”. InDret 4/2007, *Revista para el Análisis del Derecho*, www.infret.com, Barcelona; Margariños Blanco, V. (2005), La libertad de testar, *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre; Pérez Gallardo, L. B. (2010). *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y Retos*. Editorial Reus, España.



En el contexto socio-económico peruano tendríamos que tener en cuenta dos factores que también tienen un impacto en la propuesta de mejora o cambios que se pueda postular en el Derecho de Sucesiones: uno, el nivel de informalidad económica, que no solo afecta la legalidad y solemnidad de actos jurídicos relacionados con el intercambio de bienes y configuración de un patrimonio, sino también con los costos relacionados a la formalidad y legalidad de la transmisión hereditaria (mínimos porcentajes de transmisión hereditaria testamentaria); y el otro, el nivel de corrupción que ha traspasado todo el tejido social, político y económico de nuestra sociedad. Este flagelo también alcanza al sistema de justicia, encontrándonos con numerosos procesos judiciales alrededor de derechos hereditarios plagados de falsificaciones, coimas, adulteración documentaria, falsos testimonios, como de pagos indebidos a operadores de la administración de justicia. Y por si fuera poco, en un clima de alta tolerancia a la corrupción implantada culturalmente en nuestra sociedad peruana.

Entre los autores críticos a la figura de la legítima, y que veremos a continuación, existe la convicción de que ella atenta contra los actos de liberalidad y acciones de gestión del patrimonio de parte del futuro causante, como también contra los atributos del derecho de propiedad como son su exclusividad y su libre disponibilidad. Uno de los atributos inseparables del derecho de propiedad privada es justamente su exclusividad. La exclusividad, dicen los entendidos, mejora el aprovechamiento del recurso evitando el despilfarro o la baja producción del recurso.

Las voces contrarias a la libertad de testar argumentan que esta posición afectaría los intereses de los familiares directos del causante, en especial hijos y cónyuge; sería un generador de graves injusticias en cuestiones de distribución patrimonial. Se teme potenciales preferencias del causante en desmedro de sus familiares

directos. Sin duda, en todo sistema hereditario hay dos restricciones que debe enfrentar todo causante: su preferencia y su presupuesto o patrimonio.

Bolaños Rodríguez (2008), al acercarse a estudiar la legítima y su relación con estos atributos del derecho de propiedad, de manera lúcida sentenciará:

toda regla de propiedad debe tener al menos **dos atributos centrales: (a)**

derecho de exclusión, que es la posibilidad de excluir a terceros del uso y disfrute de los bienes, lo que implica el derecho a excluir a cualquier tercero que quiera utilizar el bien o el recurso sin el consentimiento de su propietario, es decir, que nadie tiene derecho a arrebatárselo; y, **(b) libre disponibilidad**, que no haya controles de precios pues la libre disponibilidad va a crear el juego que tiende al equilibrio entre la producción y las preferencias del consumidor que lleven a un aumento del bienestar real. (p. 58, resaltado nuestro)

Desde el punto de vista ético-filosófico se evidenciará que entre los defensores de la legítima hay una carga muy fuerte en referencia a que el cumplimiento de los deberes está por encima del respeto a los derechos y la libertad de decisión de la persona humana.

Al criticar la legítima se enfatiza que en un sistema hereditario de libertad testamentaria, el causante puede expresarse plenamente y demostrar sus preferencias que pueden ser, incluso, por la totalidad de la herencia. Tanto la herencia enorme como la herencia pequeña pueden o no dividirse, y se acomoda a las necesidades del causante, quien se supone es el más indicado para tomar una decisión sobre a quién o quiénes transmitir su herencia patrimonial, con una mirada que salvaguarde la eficiencia en el manejo de los recursos y el patrimonio a legar.

Desde la propuesta de Análisis Económico del Derecho se fundamenta que la legítima tiene el inconveniente de aumentar los costos de transacción y el uso eficiente de los derechos de propiedad. Más aún, la legítima tendría la pretensión de dinamizar el mercado por decreto o norma legal; sin embargo, desde los fueros económicos se sabe bien que los mercados no se crean por ley. Bolaños Rodríguez (2008), de manera pedagógica ilustra sobre este aspecto:

Es innegable que los derechos de propiedad han jugado un rol de vital importancia en el desarrollo económico. Los derechos de propiedad, desde el punto de vista económico, cumplen una serie de funciones. En primer lugar **asignan** el acceso a un determinado recurso escaso. En segundo lugar, **distribuye** los incentivos asociados al uso del recurso escaso. En tercer lugar, **definen** el uso, inversión e intercambios permitidos del recurso escaso. En cuarto lugar, **determinan** quién tiene la autoridad para tomar decisiones para el destino al cual servirá el recurso escaso, es decir, facilita la toma de decisiones sobre la utilización de los recursos escasos. En quinto lugar, **establecen** quién tiene el interés legítimo para reclamar vía una acción judicial. Y sobre todo, en sexto lugar, **buscan** evitar la tragedia de lo común que se produce cuando demasiados individuos compiten por explotar los recursos escasos lo hacen tan competitivamente y tan rápidamente que los recursos terminan por agotarse. (p. 57).

Como lo hizo alrededor de la corriente proteccionista, Bolaños Rodríguez (2008) también estructura un mapa histórico de esta corriente crítica, disconforme o contraria a la institución de la legítima. Ciertamente el universo de especialistas que se adhieren a esta posición es menor que el que prefiere mantener el orden jurídico establecido.

Don Felipe de Osma, en el año 1888 y en un contexto cultural y académico de estabilidad doctrinal, abre una vertiente crítica alrededor de la legítima. Él adopta

una cerrada apología de la libertad testamentaria basada en la defensa de los derechos de propiedad y de los incentivos para el trabajo al eliminar la seguridad de la herencia, que -según considera el jurista- es el principal motivo para que las personas no trabajen. La legítima es asociada al ocio de quienes sólo esperan un beneficio económico, el cual no siempre contó con su aporte. Su marcada posición no está necesariamente cimentada en la defensa del derecho a la propiedad en sí

Más tarde, hacia 1892, Benjamín Lama, se une a esta corriente de pensamiento crítico, y asume una posición sobre la pertinencia de la legítima en el derecho civil peruano. De manera explícita se manifiesta abiertamente favorable a la libertad testamentaria y proclama con convicción que ni *“la ley ni nadie puede sancionar restricciones a la libertad de disponer”*¹⁸.

Por su parte, Manuel Ramírez Velásquez distingue entre la legítima y los alimentos.¹⁹ Esta distinción lo lleva a sostener que en el ámbito de las obligaciones familiares, los alimentos se aseguran cuando el individuo no puede valerse por sí mismo. Sin embargo, cuando el individuo llega a un grado de desarrollo tal que puede valerse por sí mismo, esta obligación paterna cesa. Es claro, por tanto que, este deber jurídico de protección no es permanente ni eterno. Siempre con una preocupación por desentrañar aspectos económicos relacionados con la legítima, Ramírez Velásquez considera que la división de la propiedad que se verifica en la distribución de la legítima impide la formación de las industrias, pues éstas en una perspectiva de eficiencia y mayor rentabilidad requerirían que la producción sea integral.

Sin asumir una posición que lo aleje de la moralidad de su época Pedro M. Oliveira (1903), pregona la libertad de testar como un atributo no sólo útil sino necesario relacionado con el derecho de propiedad. Más aún, en una propuesta bastante

optimista, afirma que asumiendo la propuesta de la existencia de una herencia libre, los lazos de familia serían más estrechos. La protección de la familia sería mayor que con el de la legítima. Y no duda en considerar que la herencia libre promovería la natalidad y la paternidad responsable: los padres podrían reconocer fácilmente a sus hijos si estos no tuvieran ningún derecho hereditario; sin duda, de paso

¹⁸ Lama, Benjamín (1892). “¿Hay o no libertad de testar?”. En: *Anales Universitarios*, tomo XX, citado por Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: “Las instituciones”, 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 533-534.

¹⁹ Ramírez Velásquez, Manuel (1892). “Libertad de testar”. En: *Anales Universitarios*, tomo XX, citado por Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: “Las instituciones”, 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 533-534.

En el siglo pasado, el jurista Manuel Lorenzo de Vidaurre es uno de los primeros propugnadores en suelo patrio de la libertad testamentaria con ciertas restricciones.²⁰

Por su prestigio e importancia en el derecho civil latinoamericano, no puede dejar de mencionarse la posición que respecto a la legítima tuvo el jurista Andrés Bello, connotado autor del código civil chileno, el mismo que pensaba y manifestaba que la legítima debiera abandonarse. De manera firme Bello se expresa en contra de establecer o mantener la figura jurídica de la asignación forzosa o la legítima. En una publicación de 1853, al zanjar su posición al respecto, en la nota 4, comentando el artículo 1343 del Proyecto sobre la reforma al Código Civil, explicita su intención de abolir esta figura:

“El establecimiento de las legítimas no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad) sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles”.²¹

Su comentario concluirá haciendo ver que la institución de la legítima es desconocida en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica, sin que esta consideración jurídica llegue a cuestionar, menospreciar o lesionar las relaciones de familia, o el mismo espíritu de solidaridad en este núcleo humano.

²⁰ Manuel Lorenzo de Vidaurre, citado por Valverde, Emilio (1951). *El derecho de sucesión en el derecho civil peruano*. Lima; p. 139.

²¹ Domínguez Benavente, Ramón - Domínguez Águila, Ramón (1990). *Derecho sucesorio*, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; pp. 283-284.

4.2.3. Posiciones neutrales frente a la legítima

Si bien, por motivaciones pedagógicas se ha establecido esta doble corriente doctrinal frente a la legítima, es comprensible que existan voces –pocas pero presentes-, que tratando de mantenerse dentro del *status quo* del actual ordenamiento jurídico peruano, han pretendido conciliar ambas corrientes o emitir juicios de crítica muy superficial o formal. La mayor parte, asumiendo la justificación filosófica, socio-económica y jurídica de la legítima, con algunas reformas – especialmente relacionadas con las cuotas actualmente establecidas para los herederos forzosos- y aquella de libre disponibilidad.

En esta línea de pensamiento conciliador tenemos a Marco García Arrese, hacia 1903, quien anunciaba que tanto la herencia libre como la herencia forzosa son enfoques exagerados y que la mejor solución era encontrar el justo medio aristotélico... *“para armonizar las dos escuelas.”* (p. 538).

Otro jurista que prefiere tomar una posición ecléctica o conciliadora es Carlos Calderón Fuxa (1941), quien de manera explícita el sistema desarrollado por el Código de 1936. Calderón entiende que el sistema de libertad testamentaria se apoya en derechos de propiedad, mientras que el sistema de herencia forzosa, en la familia. A su parecer el sistema desarrollado por el código de 1936 concilia ambos sistemas hereditarios. Según este jurista, la legítima es un remedio justo que evita los abusos que la libertad podría ocasionar.

4.3. APOSTANDO POR UN CAMBIO EN EL MODELO HEREDITARIO

Una de las pretensiones del presente trabajo es tratar de recoger las críticas identificadas a la institución de la legítima en el ordenamiento jurídico peruano, tomando en cuenta aportes de otras legislaciones y las características de nuestra sociedad, permitiendo el cambio a un modelo de libre disposición en el sistema hereditario peruano.

El Derecho y todos sus instrumentos operativos deben responder a las necesidades e ideales de justicia y bienestar de toda sociedad. Los principios generales del

Derecho –especialmente aquellos que fundamentan y orientan una Constitución-, deben nutrir los imperativos de *aggiornamento* y cambios que le permitan a toda legislación satisfacer los anhelos de justicia y paz social de toda persona y sociedad humana.

En su trabajo de investigación y propuesta académica en el marco del Derecho Sucesorio, Katherine M. Moler Bellón (2017), al invocar que el derecho debe responder, prever y adecuarse a las circunstancias presentes y cotidianas, no duda en zanjar su posición respecto a las limitaciones que la actual figura de la legítima provoca a la última voluntad del causante, vulnerando el derecho de libertad; en tal sentido afirma: *“las limitaciones que existe al momento de testar, que implica una restricción sobre la disposiciones de los bienes del causante, obligándosele a destinar la mayor parte de su masa hereditaria a favor de sus herederos, que dada su condición se convierten en los denominados ‘herederos forzosos’, limitándose así la libertad que tiene para disponer del íntegro de su patrimonio”* (p. 7). Más aún, esta autora marca una posición a favor de una revisión o reforma del actual modelo peruano, por no responder adecuadamente a la realidad de la sociedad peruana: *“la limitación que importa la legítima ya no cuenta con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida cerca de los padres como núcleo de protección recíproca y convivencia. La realidad y las necesidades actuales nos reclaman un cambio legislativo en el libro de las Sucesiones.”* (p. 7).

El sistema hereditario, por tanto, debe responder a los cambios socio-económicos y culturales de cada sociedad. Nuestra sociedad contemporánea, marcada por el avance tecnológico y la globalización de la economía, la información y las relaciones humanas; como por la preocupación por el manejo responsable y sostenible de los recursos, deberá minimizar el desperdicio o depredación de los recursos, como la maximización de los beneficios para las grandes mayorías sociales. La Legítima, como sistema arcaico y forzado, impide esta ineludible adaptación; entorpece la capacidad de acomodar los intereses individuales y colectivos de la sociedad contemporánea a la imperiosa lógica de los cambios y adaptaciones.

Ya no estamos en una sociedad predominantemente agraria, donde el incremento de la natalidad tenía no sólo una connotación de lucha por la sobrevivencia sino un enfoque de generación de mano de obra, y de transmisión mecánica de oficios y

ocupaciones laborales. La legítima fue una figura jurídica que respondía a un tipo de sociedad y economía, bajo el influjo de la moral cristiana, dándole un carácter de eterno e inmutable. El peso era más moral y ético que jurídico, y así ha permanecido.

Es tan cierta esta influencia de tipo filosófico y religioso que en nuestros ambientes académicos del derecho peruano, es aceptada de manera incuestionable la relación del Derecho de Sucesiones con el Derecho de Familia. Hay un abierto reconocimiento que la legítima se mueve en el ámbito del iusnaturalismo y de la influencia confesional de la iglesia católica en su racionalidad o justificación. Más aún, parecería que nadie se atreve a cuestionar la pertinencia doctrinal y operativa de la legítima porque afectaría la libertad concebida como la acción humana encaminada a obrar el bien, en clara comunión con la ética cristiana. Una libertad sincera y plena, expresión de la capacidad de discernimiento, de ejercicio de la voluntad personal para obrar (ya sea para decidir a quién transmitir un patrimonio, como de enajenar un patrimonio hasta el final de los días de una persona) y del respeto a principios constitucionales fundamentales (derecho a la libertad, a la propiedad, a la posibilidad de adquirir, gozar, usar y enajenar bienes), de pronto, por la concepción, diseño y práctica de la legítima, la propiedad ha perdido dos de sus características básicas: la transferibilidad y la exclusividad).

La legítima se convierte así en un “mecanismo legal” o institución jurídica que sirve para restringir o limitar la libertad humana y su ejercicio racional.

Por otro lado, es importante subrayar que la herencia en nuestra sociedad tiene una relación directa y estrecha con derechos de propiedad. Recordando que, todo sistema de derechos de propiedad debe poseer tres características esenciales: **universalidad** (que todos los recursos escasos tenga propietario), **exclusividad** (que el propietario tenga la posibilidad de excluir a todos los demás) y **transferibilidad** (que el propietario pueda intercambiar libremente sus derechos de propiedad sobre los recursos escasos y valorados). Estas características de los derechos de propiedad están vinculadas con el grado de inversión eficiente de los recursos escasos y sobre las decisiones de consumo presente y futuro. Para quienes mantienen una visión crítica de la institución de la legítima, este modelo de sucesión patrimonial no respeta o restringe estas características esenciales de los derechos

de propiedad, de manera específica sobre la posibilidad o condición de transferibilidad libre y plena por parte del causante.

Asumiendo el análisis del cambio que nuestra actual sociedad ha tenido respecto a una sociedad caduca, Bolaños Rodríguez (2008) de manera lapidaria afirmará su posición respecto a la urgente y necesaria transformación del modelo hereditario peruano. Este jurista considera que ha sido el escenario socio-económico de una relativa abundancia de tierras durante los siglos XIX y XX, el que permitió una justificación, casi refleja, de la figura de la legítima; sin asumir que esta condición espacio-temporal no es eterna ni definitiva y que para un nivel de eficiencia y justicia en el modelo hereditario peruano, éste debería adecuarse a las condiciones y exigencias de nuestra sociedad contemporánea.

Sin duda un aporte importante del trabajo de Bolaños Rodríguez respecto a la legítima ha sido el incorporar en su instrumental metodológico el análisis económico del derecho. Recordando que el análisis económico del derecho tiene tres premisas fundamentales: (i) el hombre es racional y maximiza sus beneficios; (ii) todo producto tiene en el mercado un precio, explícito o implícito; (iii) organización de la eficiencia o minimización del desperdicio o maximización en el aprovechamiento de los recursos.

Según las conclusiones de Bolaños Rodríguez (2008), queda demostrado que para una evaluación del nivel de impactos y eficiencia de la legítima se tiene que ir más allá del mero análisis jurídico o filosófico. Cuando hoy nos acercamos a entender y medir los efectos de los derechos sucesorios, debemos medir sus costos de transacción, su impacto en el mercado de bienes y servicios. Desde esta perspectiva es sugerente la posición de Bolaños Rodríguez:

Un sistema de precios con costos de transacción bajos promueve la circulación de la riqueza que genera desarrollo. El sistema contrario, costos de transacción altos, impide que las personas compren lo que necesitan y vendan lo que les sobra, originando con ello la inmovilización de los recursos, semejante al periodo en el cual la propiedad inmobiliaria debía mantenerse en la familia y por lo cual se entorpecía la libre disponibilidad de

la misma.... **Si los costos de transacción son bajos**, entonces deberá

aceptarse que [el] **mecanismo más eficiente es la libre voluntad del causante** –sistema hereditario de libertad testamentaria-, mientras que si los costos de transacción son bajos, deberá aceptarse, quizás dignamente, que la legítima, como decisión legal, sea la más eficiente en el uso de los recursos escasos para disposiciones mortis causa.. En conclusión, tal como resume magistralmente POSNER, en el teorema de Coase, **“lo fundamental es la distinción entre los contextos de bajos y altos costos de transacción”**. (p. 47, resaltado nuestro)

Por su parte, al plantear sus cuestionamientos a la legítima, Katherine Moler Belón (2017) expone sus argumentos de tipo social y económico, relacionándolo con la libre circulación de los bienes, al que también hace referencia el Análisis Económico del Derecho. Según esta autora, la institución de la legítima al establecer restricciones a la libre voluntad de la persona sobre la disposición de sus bienes genera trabas que entorpecen la dinámica y la lógica del mercado.

Además, siempre en el línea de un análisis económico Moler Bellón insiste en que la institución de la legítima no sólo propicia incertidumbre y alimenta una posición de expectativa pasiva de los potenciales herederos respecto a la futura recepción de su cuota fruto de su condición de heredero forzoso, alimentando así una actitud de holgazanería e irresponsabilidad en términos de no asumir sus obligaciones laborales ni la necesaria generación de riqueza para su sobrevivencia personal o familiar; más allá que la experiencia social y judicial, muestra un importante número de problemas que surgen en el ámbito de las familias, ya sean de carácter judicial o económico, respecto de la aceptación de la voluntad del causante, o de la satisfacción respecto al tamaño o monto de la cuota asignada, buscando muchas veces de manera legítima y legal, pero no pocas veces recurriendo a mecanismos reñidos con la moral y la ley, tratar de cambiar el tamaño del patrimonio heredado.

En este análisis económico habrá que considerar otros dos elementos más. Por un lado, el alto porcentaje de la economía informal de nuestro país; y, por otro lado, los

costos para una eventual formalización de una vía testamentaria. En una economía de clases pobres y de extrema pobreza el acto jurídico formal de la necesidad de un testamento o del proceso de declaratoria de herederos impone altos costos a los posibles testadores, teniendo el efecto de disuadir para no acceder a la formalización de la economía y mantenerse en el perverso e ineficiente círculo de la informalidad económica. Estos son los llamados costos de solemnidad en nuestra legislación peruana. Los altos costos de un sistema testamentario hacen que la transmisión testamentaria sea onerosa e ineficiente en términos socio-económicos.

En el universo de los trabajos a los que se ha podido acceder hay algunos que luego de revisar la parte conceptual de la legítima, buscan su convivencia con algunas respuestas sobre aspectos específicos de la sociedad actual. Así tenemos, por ejemplo, que Roger Saravia (2005) en una búsqueda explícita porque el derecho de sucesiones peruano pueda responder a las características contemporáneas y propias de nuestro país, hace un análisis de las uniones de hecho, como una de las expresiones sociales, económicas y económicas de nuestra sociedad contemporánea, y a partir de esta maciza realidad social se plantea aspectos legales relacionados con los concubinos, sus derechos en el marco hereditario peruano y dentro de la institución de la legítima.

Saravia resalta el hecho social que en la realidad peruana el número de uniones de hecho ha tenido un franco crecimiento, siendo en la actualidad –y de acuerdo a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática- una cantidad más importante que el de matrimonios civiles o jurídicos. Y de acuerdo al momento histórico del trabajo académico de Saravia, cuando aún el ordenamiento jurídico peruano no había respondido a esta realidad sociológica y jurídica peruana, se manifiesta a favor de una revisión de la situación jurídica en la que se encuentran los concubinos, que a pesar de las condiciones y características sociales y económicas similares a las de un matrimonio legalmente constituido, el cónyuge supérstite no goza de los mismos derechos sucesorios sobre la masa hereditaria. Por tanto, invoca a una actualización de los derechos de sucesiones de las uniones de hecho o concubinatos como ya existe en otros países de América Latina en sus cuerpos sustantivos del derecho civil.

Finalmente, las conclusiones a las que llega Roger Saravia (2005), luego de una mirada conceptual del Derecho de Sucesiones peruano, la legítima; y un capítulo



- a) Nuestro ordenamiento jurídico no protege al concubino sobreviviente en lo respectivo a la sucesión mortis causa. No está regulado ni el Código Civil ni en ninguna ley especial.
- b) La comisión revisora del Código Civil tuvo oportunidad de seguir el ejemplo boliviano, de dar derechos sucesorios al concubinato, y no lo hizo.
- c) La doctrina critica el conservadurismo del derecho civil, precisamente el derecho de sucesiones, al no proteger al concubino frente a la muerte de su conviviente.
- d) Las legislaciones: uruguaya, mexicana y boliviana otorgan derechos sucesorios a las uniones de hecho o concubinarias. (cf. p. 125)

Si bien en su trabajo de investigación Saravia aborda problemas filosóficos relacionados con el Derecho de Sucesiones, como la condición finita del ser humano, el sentido del trabajo y la búsqueda por construir un patrimonio como dimensión natural del ser humano, y la forma cómo los distintos modelos jurídicos hereditarios han tratado de responder a estas cuestiones existenciales del ser humano, al final -incluido su trabajo comparativo sobre otras legislaciones- el único elemento alternativo a la institución de la legítima que plantea es invocar que se adecúe a problemáticas de la sociedad moderna, como los matrimonios de hecho. Pero, ni en el desarrollo de su investigación, ni mucho menos en sus conclusiones, hay un cuestionamiento radical o total de la institución de la legítima. Como muchos juristas peruanos, sólo buscan una adecuación en puntos focales, sin un cuestionamiento al modelo hereditario de nuestra legislación peruana.

En una mirada temporal, más adelante Liliana Magali Bellido Béjar (2012) reconoce que la legislación peruana aún no se actualizó en el reconocimiento de los derechos sucesorios de los concubinos, más aún, si ya se ha garantizado su estabilidad, dando un tratamiento eficaz a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente. De esta manera, colige, se está vulnerando el principio constitucional de protección a la familia; generando, además, un perjuicio por la ausencia de vocación sucesoria entre concubinos legalmente reconocidos. Sobre



las limitaciones alrededor de la legítima considerará que si bien en sentido legal estricto, en las uniones de hecho no hay herederos forzosos, es decir sucesores legítimos, ni tampoco vocación hereditaria, a pesar de contar con los presupuestos legales que la normatividad exige, debería concedérseles de manera justa la misma vocación sucesoria por la proximidad de grado que tiene el concubino al igual que el cónyuge, reservándole entonces una parte del patrimonio del causante de manera obligatoria.

De manera coherente con su enfoque y análisis Bellido Béjar (2012) finaliza recomendando el reconocimiento legal de los derechos sucesorios de los concubinos con el fin de erradicar el desamparo legal, reconociendo su vocación sucesoria. Es evidente que el trabajo de Bellido Béjar se ubica cronológicamente antes de la publicación de la Ley N° 30007, la misma que reconocerá la vocación hereditaria del integrante sobreviviente de unión de hecho.

Una de las innovaciones jurídicas de la ley N° 30007 será justamente el haber incorporado a las uniones de hecho, que cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil (unión voluntaria de varón y mujer, sin impedimento matrimonial y duración mínima de dos años, pudiendo haber sido declara ante Notario e inscrita en Registros Públicos), tendrán derechos sucesorios sobre el patrimonio de su fallecido conviviente; es decir, podrán recibir derechos patrimoniales, como también asumir obligaciones transmisibles por herencia. De manera explícita se ha modificado el artículo 724 del Código Civil, incorporando como heredero forzoso al integrante sobreviviente de la unión de hecho, además de los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, o el cónyuge. Al comentar los alcances de esta ley, Emilia Bustamante Oyague (2013), concluirá que “con la inclusión del integrante sobreviviente de unión de hecho como heredero forzoso, se otorga el derecho a la legítima”, añadiendo: *“el conviviente tendrá derecho a heredar de modo preferente, siendo posible que herede únicamente o en concurrencia con alguno de los parientes del primer o segundo orden sucesorio”* (pp. 4-5).²²

²² Sobre las novedades de este nuevo marco legal, también es interesante el artículo de De la Fuente Hontañón, R. (2013). Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿Similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?. En: *Revista Jurídica*, Thomson Reuters; pp. 1-4.

Pues bien, en una mirada de conjunto respecto a la necesidad de adecuación, modernización o *aggiornamento* del Derecho de Sucesiones y la institución de la legítima, en la tesis desarrollada por Katherine M. Moler Belón (2017), como parte de la argumentación que presenta para justificar una reformulación del modelo de la legítima, hace una síntesis bien lograda de las tres defensas y los tres ataques que tradicionalmente se encuentra en el debate académico, no solo en el ámbito peruano. Y lo expresa de la siguiente manera:

Socialmente, la legítima promueve las relaciones familiares, mientras que la libertad desarticula la familia. Moralmente, tanto la legítima como la libertad pueden reforzar la autoridad paterna para encausar los actos de los hijos. Jurídicamente, la legítima es propia de tradiciones romano-germánicas y ajenas a las tradiciones *Common Law* donde la libertad (para

algunos es libertinaje) tiene terreno fértil... esta forma de control del pensamiento y expresión está en clara contradicción con nuestra libertad de pensamiento, de religión y de expresión. (p. 8)

En su interesante artículo a propósito de los 30 años de vigencia del Código Civil peruano, Rosario de la Fuente Hontañón (2014), inicia su reflexión anotando la permanente necesidad de adecuar la legislación a la realidad de toda sociedad y las necesidades de un mundo en constante movimiento. De manera incisiva sentenciará: *“la Codificación no se concibe como algo estático sino que debe entenderse como algo dinámico, al igual que el Derecho mismo, lo que conduce a una revisión permanente al incorporarse nuevas normas y desecharse las caducas”* (p. 3). En este contexto, considera que el Código Civil presenta un rígido sistema legitimario, totalmente desfasado del actual régimen familiar y social.

Después de hacer una breve presentación sobre el origen de la legítima y su evolución, la jurista en el marco del análisis sobre el derecho a la propiedad y a la herencia en la Constitución Política del Perú, se plantea si el ordenamiento jurídico sobre el derecho de sucesiones en nuestro país, debe caminar hacia una libertad

de testar o una disminución en su cuantía. Una vez consignado el derecho a la propiedad y la herencia en el artículo 2, inciso 16 de nuestra Constitución, alude que existe una mayor adecuación a la realidad de la sociedad actual en el Derecho de Familia peruano, y en menor medida en el Derecho de Sucesiones. Rosario de la Fuente Hontañón (2014) terminará asociándose a la opción de la gran mayoría de juristas peruanos sobre la legítima, su pertinencia y necesidad de una reforma – bastante limitada en su caso- al seguir dependiendo de la argumentación influenciada por aspectos filosóficos y éticos alrededor del modelo de familia que propugna la iglesia católica.

De la Fuente Hontañón da cuenta que al igual que ella, muchos especialistas en el Derecho Civil consideran que la institución de la legítima está sometida a revisión, identificándose la necesidad de un amplio debate que modifique la actual distribución de cuotas, buscando de otorgar al causante una mayor libertad de testar, sin descuidar ni poner en riesgo su grupo familiar, garantizando los lazos

de solidaridad, en especial con los hijos menores o con aquellos miembros de la familia que presenten alguna enfermedad o algún tipo de incapacidad.

Inclusive al concluir su propuesta no hace otra cosa que desagregar una proposición de reforma que lejos de invocar una real y profunda reforma de la figura jurídica de la legítima, lo único que alcanza es formular una redistribución cuantitativa de las cuotas alrededor de la concepción de la legítima como restricción de la libertad de estar; así tenemos:

Como sugerencias a posibles modificaciones en nuestro sistema legitimario planeo las siguientes, que quedan abiertas al debate: a) Que la legítima de los hijos y demás descendientes se reduzca a la mitad; b) De igual modo, queda reducida a la mitad la legítima del cónyuge o concubino que concurra con hijos o con otros descendientes del causante; c) Que dejen de ser herederos forzosos los padres y demás ascendientes, pero con unas adecuadas pensiones alimenticias y todos los derechos asistenciales, en su caso; d) Que puedan establecerse los pactos sucesorios: como la posibilidad

Finalmente plantea que este conjunto de reformas son oportunas y convenientes en nuestra sociedad actual porque es muy frecuente constatar que ahora las legítimas de los hijos se pagan en vida. Es muy frecuente la figura de anticipo de legítima, aún si esta no se realiza de formal o solemne. Esta situación explica la abundante jurisprudencia alrededor de estos casos en nuestros tribunales de justicia.

Si bien el desarrollo del trabajo de José Ericson Vásquez Natividad (2015) es riguroso en su estructura, y a lo largo de su exposición plantea la necesidad de

una reforma en el Derecho Sucesorio peruano, en especial de la institución de la legítima, en consideración de la necesidad de adecuar esta institución jurídica a la realidad social contemporánea, sus conclusiones se quedan cortas –así lo consideramos- en propuestas a futuro. Al final, el núcleo de su propuesta reformadora se ciñe a *“reducir la legítima y ampliar la libertad de testar... [así se] generaría una satisfacción social, económica y familiar. Ya que no estaría imponiendo según ley, a que se otorgue a herederos forzosos que poco o nada han aportado a la formación de su patrimonio”* (p. 110).

La extensa tesis de M. A. Bolaños Rodríguez (2008), la más radical en su análisis no solo jurídico sino filosófico, histórico y económico de la institución de la legítima, concluye afirmando:

1. La legítima es una cuestión moral antes que jurídica...
2. El principal problema que aparece al momento de postular la eliminación de la legítima es el sentimiento de justicia que inspira a las generaciones de abogados peruanos forjados sobre la base del derecho natural...
3. La permanencia de la legítima es el código civil no es una cuestión acabada... el factor económico puede entrar a tallar decididamente de la

jurídica. (p. 246).

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez (2008) terminará su resumen- colofón con una sentencia válida y que desafía el rigor académico del conjunto de juristas y operadores de justicia del país, para afrontar una verdadera reforma en el derecho de sucesiones de nuestra legislación peruana: *“Conservar en nuestra legislación instituciones como la legítima va contra la eficiencia de un sistema legal”*.

Finalmente, a manera de resumen, los fundamentos que a lo largo de la historia de la legítima se han esgrimido para justificar su existencia y permanencia en varios sistemas jurídicos, entre ellos el peruano, pueden organizarse de la siguiente manera:

TIPO	ARGUMENTO	REPRESENTANTE
FUNDAMENTOS JURÍDICOS	En el ámbito del orden natural, la legítima es una institución que salvaguarda la solidaridad o comunidad familiar, o los deberes y obligaciones de la relación familiar, cimentadas por el titular o cabeza de familia.	Manuel Vicente Villarán, Emilio Valverde, Aníbal Corvetto Vargas; Héctor Cornejo Chávez, José León Barandiarán, Francisco Samanamú, Rosa Verónica Zambrano Copello, Narciso de Aramburú, Teodoro García Lecca, Armando Sakuray Rojas, cf. Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, Katherine M. Moler Belón.
	La legítima es parte de la tradición romano-germánica sobre la cual se ha construido nuestro sistema jurídico. Nuestra tradición jurídica es lejana del <i>Common Law</i> , donde bajo el argumento de la libertad se filtra un riesgo de libertinaje.	Katherine M. Moler Belón; Cf. Ericson Vásquez natividad
	Es innegable la influencia de la concepción latina que por la figura de la legítima prioriza la igualdad del derecho hereditario de los descendientes a la muerte del causante	Manuel Vicente Villarán, Manuela Donayre Carbajal
FUNDAMENTOS ECONÓMICOS	Con la institución de la legítima se salvaguarda el patrimonio familiar, tratando que se mantenga en manos de las personas que la constituyeron.	Manuel Vicente Villarán, Augusto Ferrero Costa, Teodoro García Lecca, Armando Sakuray Rojas.

	La legítima busca evitar que el patrimonio forjado por el titular se fragmente o atomice.	Enrique Holgado Valer
	La legítima es un mecanismo que impide el perjudicar a la pequeña y mediana empresa en un marco de sucesión en materia de propiedad.	Michel Grimaldi.
FUNDAMENTOS SOCIALES	La legítima tiene como objetivo la protección de la familia; la libertad la desarticula.	Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez; Cf. Miguel Ángel Bolaños Rodríguez
	La institución de la legítima fortalece una solidaridad intergeneracional.	Rómulo Lanatta; Cf. Katherine M. Moler Belón.
	La legítima impide favorecer a un extraño al núcleo familiar, y niega potenciales abusos del padre.	José León Barandiarán.
FUNDAMENTOS CULTURALES	La legítima responde a una innegable influencia religiosa del catolicismo sobre su visión de familia y sentido de la libertad humana.	Cf. Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, Narciso Aramburú.
	La figura de la legítima permite el robustecimiento de la autoridad paterna, para encausar los actos de los hijos.	Luis Eche copar, Jorge Eugenio Castañeda.
	En nuestro país el porcentaje de ciudadanos que formulan y registran su testamento es mínimo. Si bien hay un aumento en los últimos años, culturalmente es una reacción al temor por enfrentar la realidad de la muerte	Katherine M. Moler Belón.
	La propuesta de libre disposición entra en contradicción con nuestra tradición religiosa y cultural.	Héctor Cornejo Chávez, Narciso de Aramburú.

(Elaboración propia)

Pero como también se ha dado cuenta a lo largo de nuestra exposición, los fundamentos que justifican la institución de la legítima han generado una serie de críticas sobre las limitaciones que esta figura tiene para responder a la problemática de la sociedad actual. Así tenemos:

TIPO	ARGUMENTO	REPRESENTANTE
FUNDAMENTOS JURÍDICOS	Con la institución de la legítima se verifica una falta de coherencia con la disposición inter vivos: una total libertad de disposición inter vivos e	Felipe de Osma, Katherine M. Moler Belón.

	imposición de limitaciones en la disposición mortis causa.	
	La legítima opera como freno a la libertad dispositiva del causante. Freno que se expresa no sólo por disposiciones testamentarias sino también por donaciones en vida.	Benjamín Lama, Max Arias Schreiber, Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, Katherine M. Moler Belón.
	A causa de la legítima la libertad de disposición y el derecho de propiedad se restringen después de la muerte.	Felipe de Osma, Pedro M. Oliveira, Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, Katherine M. Moler Belón
	En la figura de la legítima existe una contraposición de derechos: derecho de libertad propiamente dicha (libertad de testar, libre manifestación de voluntad); y por otro lado, la protección de la familia.	Manuel Lorenzo de Vidaurre, Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, Katherine M. Moler Belón.
	La libertad de testar tiene relación fundamental con el respeto a la dignidad humana, fin supremo del Estado.	Rosario Sasieta, Katherine M. Moler Belón.
	La legítima se mueve en el ámbito del iusnaturalismo y de la influencia cristiana en su racionalidad o justificación.	Francisco Samanamú.
FUNDAMENTOS ECONÓMICOS	La institución de la legítima genera el fraccionamiento de unidades económicas que no necesariamente dinamizan o fortalecen la dinámica económica de un territorio; ni generan confianza en el mercado.	Juan José Calle, Manuel Ramírez Velásquez.
	La legítima alienta que las personas no trabajen por esperar el beneficio de una cuota patrimonial asegurada. Promueve la inercia y frustra las posibilidades de superación o mejora económica. Además, no siempre los herederos forzosos son los más idóneos económicamente para usar eficientemente los bienes heredados.	Francisco Samanamú, Felipe de Osma, Katherine M. Moler Belón.
FUNDAMENTOS SOCIALES	Nuestro actual ordenamiento jurídico presenta un rígido sistema legitimario, totalmente desfasado del actual régimen familiar y social.	Ericson Vásquez Natividad, Andrés Bello, Rosario de la Fuente Hontañón.
	Cada vez más son las personas con familias diversas o “nuevas relaciones de familia”.	Roger Saravia, Rosario Sasieta, Liliana Magali Bellido Béjar, Rosario de la Fuente Hontañón, Katherine M. Moler Belón.

FUNDAMENTOS CULTURALES	La legítima tiene una dependencia ideológica-cultural de una confesión religiosa que no representa a la pluralidad o diversidad cultural y religiosa de nuestra sociedad.	M. A. Bolaños Rodríguez.
	El ejercicio de la libertad es uno de los principios más valorados de la sociedad contemporánea. La ley debe garantizar su plena vivencia.	Katherine M. Moler Belón, Miguel Ángel Bolaños Rodríguez.

(Elaboración propia)

4.4. LA REFORMA: UN CAMINO NECESARIO Y POSIBLE

Es un lugar común para la doctrina jurídica el reconocer que todo ordenamiento jurídico debe responder a la realidad socio, económica y cultural de la sociedad de su referencia. El derecho es expresión de la peculiaridad histórica y cultural de cada pueblo; y la cultura –como expresión del devenir humano-, es una realidad dinámica.

La Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico garantiza el respeto a los derechos, libertades y principios que profesa. Toda restricción debe tener un razonamiento jurídico que lo fundamente. Asimismo, a nivel doctrinal hay consenso en reconocer que debe conciliarse el derecho inalienable de la libertad humana, como manifestación de la dignidad personal, con el derecho a la propiedad; no como derecho absoluto sino con la aceptación de su regulación en aras del bien común y el interés general.

Como resultado de este trabajo de investigación postulamos que, reconociendo los orígenes latinos de la figura jurídica de la legítima, se debería abrir la posibilidad de un debate e implementación de una necesaria y pertinente reforma de la figura de la legítima. No es un tema nuevo; en la historia del derecho civil peruano, como en otros países y realidades culturales y jurídicas (España, México, Argentina, Francia entre los más significativos), durante siglos, la legítima ha sido tema de discusión y debate, ya sea invocando la posibilidad de adoptar un sistema de absoluta libertad de disposición de los bienes, o si, por el contrario, era preferible mantener y proteger esta figura.

Desde el punto de vista de doctrina jurídica también resulta importante conocer el debate y las propuestas que en la Comunidad Europea se generaron en la búsqueda por conciliar la tradición romano-germánica y el *Common Law*, alrededor del Derecho de Sucesiones. El estudio de Christian Baldus (2018) es emblemático.

Finalmente, es importante considerar que, una eventual propuesta de reforma debe articular de manera satisfactoria con otros derechos, principios, aspectos, figuras, instituciones y métodos del derecho; como por ejemplo: libertad humana, familia, derechos patrimoniales, propiedad, test de proporcionalidad o ponderación.

4.5. CONCLUSIONES

- a) La legítima es una institución jurídica que ha respondido a las necesidades y cosmovisión de una sociedad ya caduca. Sus fundamentos no responden a la realidad de nuestra actual sociedad, restringiendo derechos constitucionales. Más aún, sólo los institutos legales que satisfagan las necesidades e ideales de una sociedad y tengan la capacidad de adaptación son las que responden a las expectativas de justicia, bienestar social y subsisten en el tiempo.
- b) Entre los fundamentos que justifican la legítima, de innegable influencia del derecho latino, tenemos: salvaguarda la comunidad y el patrimonio familiar cimentadas en la cabeza de familia; impedir la fragmentación del patrimonio o favorecer a un extraño al núcleo familiar.
- c) La actual figura de la legítima restringe derechos constitucionales como la libertad de disposición y el derecho de propiedad. Se debería fortalecer la libertad de testar, que se relaciona con el respeto a la dignidad humana, fin supremo del Estado.
- d) En nuestro ordenamiento jurídico existe una tendencia mayoritaria que opta permanecer “en lo conocido” y mantener el *status quo* del sistema hereditario vinculado a la legítima. Alimenta no sólo niveles de ineficiencia económica, sino también fortalece estructuras y prácticas corruptas relacionadas con la administración de justicia.

- e) A pesar de pensamientos y conductas monopolizadoras y monolíticas que defienden la institución de la legítima en la legislación peruana, en la historia de la dogmática jurídica peruana han existido y persisten voces críticas; algunas incorporando nuevos sistemas de comprensión y evaluación como el análisis económico del derecho.
- f) En la historia del Derecho de Sucesiones peruano también han existido posiciones neutrales que, alejándose de un clima de polarización, han tratado de armonizar la continuidad de la institución de la legítima con un mayor nivel de libre disponibilidad por parte del causante.
- g) No hay un colectivo jurídico importante –especialmente a nivel de generación de discusión académica y presencia mediática- que aliente y nutra propuestas de actualización de nuestro ordenamiento jurídico, en especial en temas tan cotidianos y de alto impacto en la economía familiar peruana, como el Derecho de Sucesiones y la figura de la legítima.
- h) Si bien los principios constitucionales no son absolutos, como la libertad personal de contratar o disponer de nuestro patrimonio, es innegable que la figura de la legítima, nacida en respuesta a una sociedad radicalmente distinta de la actual, restringe y mella el respeto básico de la libertad humana, su voluntad de decidir por un patrimonio labrado a lo largo de años de esfuerzo personal y profesional.
- i) Es falso que un modelo de total libertad de testar sea contrario *per se* al beneficio de personas del entorno inmediato del causante. Esa lectura está influenciada por aspectos filosóficos y éticos de la religión católica.
- j) La propuesta resultante de esta investigación es generar un clima de debate jurídico, que desde la consideración de aspectos de la doctrina jurídica, filosóficos, antropológicos, económicos, sociales y culturales, se plantee una reforma de la figura de la legítima, que sin renunciar a su modelo jurídico de origen latino, pueda responder a las características propias de nuestra sociedad, la problemática de la familia contemporánea y las relaciones inter personales actuales, como también el acoger las demandas de mayor libertad de disposición de su patrimonio por parte

La institución de la legítima como restricción de derechos constitucionales del causante. En este sentido las reformas conocidas como “mejora” o “reserva” son emblemáticas como referentes de búsqueda de modernizar la institución de la legítima.

4.6. RECOMENDACIONES

- a) Generar un amplio debate académico, con el liderazgo del Colegios de Abogados de Cajamarca, y la participación de las facultades de Derecho, Economía y Sociología de las universidades públicas y privadas, Ministerio de Justicia, Ministerio Público y el Congreso de la República, se promueva la evaluación y análisis de la pertinencia de la figura de la legítima.

- b) Recomendar que, con la incidencia del Colegio de Abogados de Cajamarca, la Comisión para la reforma del Código Civil, cumpla un rol más activo con el fin de evaluar, sistematizar y elaborar propuestas a presentar al Poder Legislativo, y así implementar las necesarias reformas al Código Civil, en especial en el Derecho de Sucesiones.

REFERENCIAS

1. Aguila Grados G. & Capcha Vera, E. (2013). *El ABC del Derecho Civil*. Lima: San Marcos.
2. Aguila Grados, G. &. (2010). *El ABC del Derecho Civil Extrapatrimonial*. Lima: San Marcos.
3. Aguilar Llanos, B. (2011). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Ediciones Legales.
4. Aguilar Llanos, B. (4 (2014)). La sucesión en el Código Civil peruano: Reformas. *Actualidad Civil*, 68-77.
5. Amado Ramírez, E. (2011). *Derecho Civil VIII. Sucesiones. Notas de clase*. USMP.
6. Amado Ramírez, E. (2013). *El derecho de sucesiones en el siglo XXI*. Lima: IDEMNSA.
7. Anderson, M. (2006). Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. *Anuario de Derecho Civil LIX-3*, 1243-1281.
8. Angarita Barragán, A. (2010). *Algunas aproximaciones sobre el régimen sucesoral en Colombia*. *Justicia*, N° 18; pp. 122-130. Barranquilla (Colombia)
9. Arechaga Navarro, F. &. (2014). *La legítima y la porción disponible*. Tesis para Abogado. Lima: Universidad Alas Peruanas.
10. Arias Shreiber Pezet, M. (1991). *Luces y sombras del Código Civil*. Studium. Lima.
11. Avendaño Valdez, Jorge (1994). *El derecho de propiedad en la Constitución*. En: THEMIS 30. PUCP; pp.117-122.
12. Baldus, Christian (2018). *¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?. Apuntes sobre la propuesta de un reglamento de sucesiones*. *Revista el Notario del Siglo XXI*, N° 80. Madrid; pp. 1-7.
13. Bellido Béjar, L. (2012). *Reconocimiento de derechos sucesorios a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente en Lima, durante el periodo 2004-2008*. Lima: Universidad Alas Peruanas (Tesis para Título de Abogada).
14. Blanco P. & Morales L. (2013). *Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico*. *JURISMAT 2*, 33-69.
15. Bolaños Rodríguez, M. A. (2008), *El ocaso de la legítima hereditaria. Retrato de una banalidad*. (Tesis para Grado Académico de Magister en Derecho). PUCP. Lima.
16. Bustamante Oyague, E. (2013). La sucesión. Derechos del conviviente. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal de El Peruano. Año 8. N° 462. Lima; pp. 4-5.
17. Calderón Fuxa, Carlos (1941). *La legítima*, Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho, Universidad Católica del Perú. Lima.
18. Calvo Caravaca, A. L. (2007). Sucesión internacional y reenvío. *Estudios de Deusto* 55/2, 59-121.
19. Calle, J. J. (1925). *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código Civil*, tercer fascículo, sesiones 64-100. Lima. El Progreso Editorial.
20. Castellanos Ruiz, E. (2003). Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Javeriana -LAW 6*, 211-260.
21. Castañeda Peralta, J. E. (1975). *Derecho de sucesión*, 2da. Edición, Tomo II. Lima.
22. Cornejo Chávez, H. (1984). "Familia y Derecho". En: *Thémis – Revista de Derecho*, Facultad de Derecho PUCP, segunda época. Año 1, Nro. 2. Lima.
23. Corvetto Vargas, A. (1956) *Manual elemental de derecho civil peruano*, Tomo II. Lima, Ediciones librería Studium.

24. Cusi, A.E. (2013). *Clases de Legatarios*. [drescusi.blogspot.pe/2013/10/clases-de-legatarios-andres-cusi.html]
25. De la Fuente-Hontañón, R. (2013), *Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿Similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos? ¿Una ley desfiguradora de la familia tradicional?*. En: Revista Jurídica, Thomson Reuters; pp. 1-4.
26. De la Fuente Hontañón, R. (2014). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las Legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano. En M. Torres, *Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica* (págs. 689-700). Lima: Gaceta Jurídica.
27. Díez Soto, C. (2010). *El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la empresa familiar*. Obtenido de file:///C:/Users/PC10/Downloads/Dialnet-EIPagoDeLasLegitimasEnDinero-3649299.pdf
28. Donayre Carbajal, M. (1937). *La legítima*, Tesis para optar por el grado de Bachiller en Derecho.
29. Facultad de Derecho, Universidad Católica del Perú. Lima.
30. Echecopar García, Luis. (1950). *Derecho de sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmartí.
31. Ferrero Costa, A. (2013). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
32. Fernández Arce, C. (2008). *Derecho de Sucesiones. Propuestas de reforma al libro IV del Código Civil*. Lima: PUCP.
33. Fernández Arce, C. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Lima: PUCP.
34. Fernández Arce, C. (2014). *Manual de Derecho Sucesorio*. Lima: PUCP.
35. Fernández Arce, C. (4 (2014)). Evaluación del Libro de Derechos de Sucesiones. *Actualidad Civil*, 78-84.
36. Ferrero Costa, A. (1986). "La legítima y la porción de libre disposición". En: *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.
37. Galán Moreno, A. (2013). *La Libertad de testar*. La Rioja: Universidad de La Rioja.
38. García Arrese, M. (1903). *El régimen de la herencia libre. Tesis para optar el grado de doctor en la Facultad de Jurisprudencia*. Lima: Tipografía El Progreso Editorial; citado por Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: "Las instituciones", 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, pp. 538-539.
39. Garrido Lecca, Teodoro. (1942). *El sistema de las legítimas y la libertad de testar*. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima.
40. Gómez Taboada, J. (2011). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Jurista Editores.
41. Grimaldi, Michel (1989). *Droit Civil. Successions*. Litec Editions. Paris; pp. 49- 267.
42. Giletta, Javier H. (s.f.). *Legítima versus porción disponible. Acerca del desconocimiento de un legado histórico. Reactualización del debate a la luz de los recientes proyectos de reforma*. Córdoba – Argentina. pp. 159-202.
43. Holgado Valer, M. E. (1985). *Las sucesiones hereditarias en el nuevo código civil peruano*. Cusco.
44. Jara Quispe, R. S. (2011). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Jurista Editores.
45. Lanatta, Rómulo E. (1961) "El derecho de sucesión en el código civil peruano de 1936. Estudio crítico". En: *Separata de la Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Año XXV, N° II. Lima: Facultad de Derecho de la UNMSM.
46. Lanatta Rómulo, E. (1981). *Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil*. Lima.
47. Lanatta Rómulo, E. (1983). *Derecho de Sucesiones*. Lima.

48. Landa Arroyo, C. &. (2013). *Constitución Política del Perú 1993. Sumillas. Reformas Constitucionales. Índice Analítico*. Lima: PUCP.
49. León Barandiarán, J. (1995). *Tratado de derecho civil peruano*, Tomo VII: "Derecho de Sucesiones". 1ra. Edición. Lima, Gaceta Jurídica.
50. León Leysser, L. (2003). *La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos*. Lima: PUCP.
51. Lohmann Luca de Tena, G. (1995). *¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 del Código Civil)*. En: IUS ET VERITAS 10. PUCP; pp. 31-49.
52. Lohmann Luca de Tena, G. (1996). *Derecho de Sucesiones. Sucesión en General. Tomo I*. Lima: Fondo PUCP.
53. Lohmann Luca de Tena, J. (1998). *Derecho de Sucesiones*. Lima: PUCP.
54. Lohmann Luca de Tena, J. (2017). *Derecho de Sucesiones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
55. Migueles del Río, C. (2011). *La empresa familiar y la sociedad de gananciales y su sucesión*. Obtenido de file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaEmpresaFamiliarYLaSociedadLegalDeGanancialesYSuS-3853279.pdf.
56. Moler Belón, K. M. (2017). *Análisis comparativo de los límites jurídicos en la libertad de disposición testamentaria del código civil peruano y el Common Law*. Tesis para optar el título profesional de abogada. Universidad Nacional de San Agustín. Facultad de Derecho. Arequipa.
57. Olivera, P. M. (1903). "Nuestro código civil no se armoniza con los principios económicos". En: *Anales Judiciales*, tomo XXXI, citado por Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: "Las instituciones", 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 537.
58. Ossorio, M. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
59. Parra Lucán, M. (2009). *Legítimas, libertad de testar*. Obtenido de http://ruc.udc.es/bistream/2183/7529/1/AD_13_art_24.pdf
60. Pérez Gallardo, L. B. (2010). *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y Retos*. Madrid: Reus.
61. Petit, E. (2007). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
62. Puig T., Esteban Rvdo, (1997). "El neoliberalismo: aproximaciones al estado actual de la cuestión". En: *Philosophica*, Revista interdisciplinaria, Nro. 7. Arequipa: Centro de Estudios e Investigaciones Filosóficas. *Universitas*.
63. Quesnay Casusol, J. M. (2009). *La legítima en el derecho peruano*. Obtenido de <http://jquesnay.wordpress.com/la-legitima-en-el-derecho-peruano>
64. Ramos Núñez, C. (2006). *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX*, tomo V, volumen 2: "Las instituciones", 1ª. Edición, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006.
65. Rubio Correa, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: PUCP.
66. Rubio Correa, M. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.
67. Saavedra Velazco, R. E. (49 (2014)). Cambiar para mejorar...no para confundir. Comentarios críticos sobre la reforma al libro de Sucesiones. *IUS ET VERITAS*, 208-221.
68. Samanamú, F. (1917). *Instituciones del Derecho civil peruano*, 2da. Edición. Lima: Editorial San Martín.

69. Saravia, R. (2005). *Unión de hecho y derecho de sucesiones en el Perú. Tesis de Derecho y Ciencias Políticas*. Tacna: Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.
70. Sakuray Rojas, A. (1967). *Naturaleza jurídica de la legítima*, tesis de Bachiller, PUCP, Lima.
71. Soto Coaguilla, A. (2009)). El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI. *Themis*, 19-33.
72. Valverde, E. (1951). *El derecho de sucesión en el código civil peruano*, Tomo I. Lima, 1951.
73. Vasquez Natividad, J. (2015). *Fundamentos actuales de la legítima y propuestas para ampliar la libertad de testar (Tesis para optar el grado académico de Abogado)*. Huacho: Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.
74. Villarán, M. V. (1897) *Lecciones de derecho natural*. Lima: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos.
75. Zambrano Copello, R. V. (2002). *La sucesión contractual*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil, Escuela de Graduados PUCP. Lima.

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA

OBJETIVO	PROBLEMA	HIPÓTESIS	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA	INSTRUMENTOS
Identificar cuáles son los fundamentos de la institución de la legítima y verificar si garantizan los derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú.	¿Cuáles son los fundamentos que sostienen el actual sistema de reserva hereditaria (legítima) y que podrían poner la autonomía privada reconocida por la Constitución Política del Perú?	Los fundamentos de la legítima no responden a la realidad peruana contemporánea; y restringen derechos constitucionales vigentes. Es necesaria una renovación en el sistema de reserva hereditaria que configure un modelo que garantice principios constitucionales peruanos.	Legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los herederos forzosos.	Derecho Civil. Libro de Sucesiones	Análisis de la norma sobre la legítima: -Origen -Fundamentos -Práctica	Tipo de Investigación - Por la Finalidad: Básica - Por el Enfoque: Cualitativo -Por el Alcance: Descriptivo Diseño de Investigación -No Experimental	- Fichas de Observación documental
			Autonomía privada es el reconocimiento del poder de autogobierno de la persona de los propios intereses. Libertad contractual y de contratar. Facultad de usar, disfrutar y disponer de un bien.	Derecho Constitucional	- Herederos forzosos. - Cuotas de distribución de la herencia.		- Fichas de Observación documental