



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La legítima en el ordenamiento peruano, ¿es posible una  
reforma en su quantum?**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Julio Sebastián Ladines Bazán**

Asesor:  
Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro

Piura, julio de 2025

## Aprobación

La tesis titulada “La legítima en el ordenamiento peruano, ¿es posible una reforma en su quantum?”, presentada por el bachiller Julio Sebastián Ladines Bazán en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de tesis Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro.



.....  
*Firma del asesor*





UNIVERSIDAD  
DE PIURA

### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Julio Sebastián Ladines Bazán, egresado del Programa Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 73472516, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

**“La legítima en el ordenamiento peruano, ¿es posible una reforma en su quantum?”**

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dra. Maricela del Rosario González Pérez de Castro, identificado con DNI:

41842817 Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y debido a mi experiencia como investigador, declaro que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 05 de mayo de 2025.

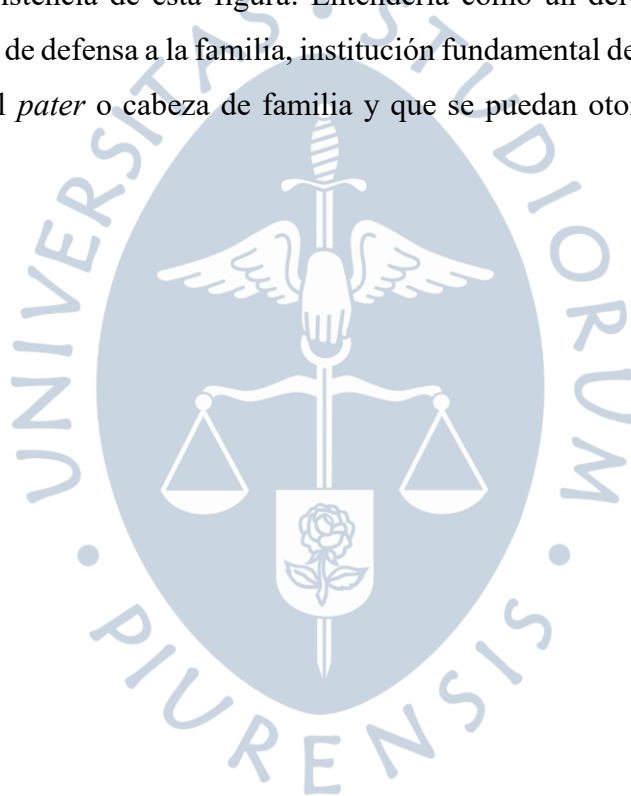
.....  
*Firma del autor*

.....  
*Firma del asesor*

## Resumen

La legítima es una institución que hoy en día sigue siendo objeto de estudio y debate, su antigüedad es tanta como la existencia del propio derecho. Ha sido en más de una ocasión reformada en la tradición jurídica continental, e incluso su naturaleza ha sido muchas veces cuestionada y, en algunos países, han determinado por eliminar su mención de los cuerpos normativos civiles. Estas discusiones e interpretaciones normativas son las que fundan la investigación del trabajo, que tratará de responder a la cuestión fundamental ¿es posible que se reforme la legítima en el Perú? ¿podemos apostar por una irrestricta libertad de testar?

Para que se pueda responder estas interrogantes es importante recordar cómo fue evolucionando esta figura en el Derecho Romano, precisar cómo la legítima es normada en otros países y que principios inspiran la existencia de esta figura. Entenderla como un derecho fundamental y analizar qué mecanismos de defensa a la familia, institución fundamental de la sociedad, existen después de la muerte del *pater* o cabeza de familia y que se puedan otorgar a los herederos forzosos sobrevivientes.



## Tabla de Contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>Capítulo 1 La legítima.....</b>	<b>7</b>
1.1    Introducción .....	7
1.2    El origen histórico en el Derecho Romano .....	8
1.3    La naturaleza jurídica de la legítima .....	11
1.4    La naturaleza jurídica en el Perú .....	14
1.5    El fundamento de la legítima .....	17
1.6    El principio de solidaridad intergeneracional y otros principios del derecho de familia.....	17
1.7    La legítima en el Código Civil Peruano y en el Derecho Español.....	20
<b>Capítulo 2 El derecho de propiedad y la herencia .....</b>	<b>24</b>
2.1    Introducción .....	24
2.2    La propiedad como derecho constitucional.....	24
2.3    La herencia como derecho constitucional.....	25
2.4    La libre disposición de los bienes, la libertad de testar .....	27
<b>Capítulo 3 Una posible reforma para aumentar la libre disposición del testador .....</b>	<b>30</b>
3.1    Introducción .....	30
3.2    Algunas figuras para la protección de los parientes cercanos después de la muerte	30
3.3    Un posible cambio en el aumento del <i>quantum</i> de libre disposición en el Perú .....	32
<b>Conclusiones .....</b>	<b>36</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>38</b>

## Introducción

La legítima es un derecho intangible reconocido en la Constitución Política del Perú y en otros cuerpos normativos constitucionales, sin embargo, su naturaleza ha sido discutida en más de una ocasión. Estas discusiones doctrinales se basan, mayormente, en la modalidad para ser cuantificada dentro de la masa hereditaria. Usando argumentos jurídicos que podrían incluso argumentar su abolición.

Este trabajo busca señalar las diferentes posturas acerca de la naturaleza de la legítima, contraponiendo los distintos argumentos respecto a sus diferentes concepciones, tanto dentro de la normatividad estatal, como del derecho comparado. La diferencia de tratamiento de esta figura jurídica está muy ligada a la sociedad en la que se desarrolla. Es necesario mencionar aquello, porque si bien no hay una naturaleza universal, converge en todas las posturas el derecho a la herencia.

El primer problema de la legítima en el Perú es su naturaleza, la cual está muy ligada al modo de cuantificar los bienes hereditarios, una discusión que podría verse resuelta con una normativa que exprese especialmente los principios en los que se basase.

El segundo problema es la contraposición entre derechos fundamentales de la propiedad y la herencia. Habría que analizar si la herencia es consecuencia de la propiedad del causante, o existe en defensa de los sobrevivientes. Lo que servirá para determinar la situación actual de la teoría abolicionista de la legítima y la posibilidad de su aplicación en el Perú.

El objetivo de este trabajo es encontrar los argumentos para determinar el grado de posibilidad de una reforma cuantitativa de la legítima en el Perú y las posibles consecuencias que traería su reducción cuantitativa. Estos argumentos serán dentro del límite jurídico y estrictamente sujetos a las comparaciones entre la realidad jurídica peruana y española con el motivo de responder a las preguntas: ¿es posible que se reforme la legítima en el Perú? ¿podemos apostar por una irrestricta libertad de testar?

Para tal fin, se ha previsto elaborar tres capítulos en donde se abordará las problemáticas expuestas. En el primer capítulo hay dos conceptos básicos a tratar: la naturaleza de la legítima y los principios en los que se funda su existencia, para lo cual, se desarrollará históricamente la figura de la legítima.

El segundo capítulo, por su parte, mencionará la importancia respecto de los derechos de la herencia y a la propiedad y encontrar un argumento a favor de la libertad de testar.

Finalmente, el tercer capítulo, se resaltarán la protección jurídica de los familiares sobrevivientes a la muerte del causante, en el caso de una posible reforma en el *quantum* de la legítima, finalizando con una reflexión acerca de la realidad económica en el Perú.

# Capítulo 1

## La legítima

### 1.1 Introducción

Para entender la figura jurídica de la legítima es necesario distinguir las realidades jurídicas y sociales en las que se interpreta esta figura; por ello, en el primer capítulo se analizará el tratamiento de la legítima en el Derecho Romano, la tradición jurídica que ha sido más interesante para los civilistas. Además, siendo una figura de Derecho Sucesorio vigente, es más que conveniente examinar cómo se define en el Libro de Sucesiones del Código Civil Peruano.

Actualmente, según el artículo 723° del Código Civil peruano “*La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos*”. La regulación del Código Civil peruano podría parecerse a la de Derecho Romano en la etapa postclásica, ya que en ese tiempo se determinó que la legítima es una parte de la herencia indisponible a favor de los hijos. Según González (2012) la legítima fue un derecho que fueron adquiriendo los hijos con el paso del tiempo, como una forma de preservar el patrimonio después del uso arbitrario del *pater* en la disposición de sus bienes *post mortem*, siendo que en la mayoría de las ocasiones los *Filiusse* (hijos) interponían acciones con el fin de no quedar desamparados y a su suerte (pp. 118-119).

Es de conocimiento general, sobre todo para quienes han estudiado la ciencia del derecho, que el Derecho Romano es precedente directo de la codificación continental; a pesar de ello, la figura de la legítima no se ha mantenido inamovible, las circunstancias particulares han influido al legislador de las diferentes regiones, adaptando la naturaleza de la legítima según la realidad social. A pesar de la variedad de propuestas, todas tienen en cuenta el principio básico de solidaridad familiar o intergeneracional, respaldándolo o no.

Para dilucidar la naturaleza de la legítima en la regulación peruana y en base a ella, responder la pregunta principal de la tesis, el primer capítulo también analizará las distintas propuestas acerca de la naturaleza de la legítima. Cabe mencionar que la normativa de los países que recogen la legítima no mantiene un concepto o una definición restrictiva; por ello, se tratará de encontrar ideas comunes y mayoritarias.

Por ejemplo, algunos autores como Pablo Rodríguez y Adolfo Catayud (como se cita en Codina, 2011) opinan que el fundamento de la legítima no es la solidaridad familiar, ellos creían que la herencia era un retorno de los bienes a favor de los descendientes, porque, lo que sucedía en Roma era que el aumento del patrimonio del *pater* se debía a la aportación de los bienes de los hijos bajo su dominio. Además, estos autores, contradicen la supuesta solidaridad familiar, principio desarrollado en la época actual, pues si bien es cierto que los padres tienen la

obligación de cuidar y criar a los hijos, estos deberes surgidos de la patria potestad se verían cesados cuando el hijo pueda mantenerse por sí solo (aspiración de cualquier padre); y, según las exceptivas actuales de vida, el patrimonio del hijo aumentará, proporcionalmente a la edad de los padres; siendo incongruente, al criterio de los autores, que por un deber de alimentos deba guardarse una legítima a favor de hijos independientes basados en la solidaridad familiar (pp. 255-256).

Respecto de la pertinencia de la legítima, se sostendrán los distintos discursos en la postura abolicionista y no abolicionista. La postura abolicionista apuesta por un régimen sucesorio de entera libertad para testar; en cambio, la no abolicionista, como es el caso de la codificación peruana, se inclina por una herencia fundamentada en valores sociales, morales; y, en general, de Derecho de Familia (Ferrero, 2012 pp. 429-430).

Finalmente se hará una breve comparación entre el Derecho Español y el Derecho Civil Peruano. Por ejemplo: a pesar de que las instituciones de matrimonio, familia y los derechos constitucionales de propiedad y herencia tienen su respectiva mención en cada Carta Magna, además de una definición parecida; la figura jurídica de la legítima tiene diferencias y esto se debe a la organización jurídica de España y el reconocimiento de la autonomía de ciertas comunidades en material de derecho civil.

## **1.2 El origen histórico en el Derecho Romano**

El estudio de la legítima exige analizar el concepto en la tradición romana, tradición que nutre muchas de las instituciones del Derecho Civil Continental a la que también se adscribe el Derecho Peruano. No obstante, cabe recalcar que, no en todas las etapas del Derecho Romano la legítima aparece como la conocemos actualmente. Es en la etapa postclásica romana o periodo Justiniano cuando su aproximación conceptual es comparable con la figura en la legislación peruana. En un inicio, para los antiguos romanos la posibilidad de testar libremente era de las prerrogativas más importantes; por ejemplo, en la época romana arcaica la libertad de testar solo se limitaba con la obligación formal de mencionar a los hijos en el testamento, dando validez a la disposición testamentaria sin la necesidad de reservar bienes a favor de los hijos. Con el paso del tiempo la libertad se limitó cada vez más (Polo, 2013, p. 332).

El Derecho Romano se dividió en tres etapas: la primitiva, la clásica y la postclásica, cada una con sus pormenores y distintivos. De la etapa primitiva no se puede afirmar con certeza la existencia de algunas figuras jurídicas ya que, por su antigüedad, se carece de un soporte físico verídico que pueda probarlas. Sin embargo, esto no sucedía con la legítima; algunos autores consideran que la ley de las XII Tablas fue la norma en donde se encontró detallada la legítima, específicamente la forma de disposición *mortis causa* (Castán, 2013, pp. 206-208).

En el Derecho Romano primitivo la ley de las XII Tablas o Ley Decenviral le daba la potestad al *pater* de familia para disponer *mortis causa* y por testamento de todos sus bienes, aun cuando esto pueda ser una medida abusiva; su libertad prevalecía frente a los miembros de la familia (González, 2012, p. 171) siempre que existiera un testamento en el cual el *pater* pudiera, irrevocablemente nombrar a los beneficiarios de sus bienes. Ahora al cavilar en la situación de falta de testamento, que no eran pocas, la V tabla regulaba la herencia o mejor llamado comunidad de bienes familiares, basado en la relación agnaticia del *pater* al fallecer, la cual se trasladaba proporcionalmente entre hombres y mujeres que hubiesen estado bajo la potestad del *pater* (Castán, 2013, pp. 208-210).

En ese tiempo primitivo existía la responsabilidad *ultra vires*, que obligaba a los herederos a responder por las deudas del *pater* con los bienes del fallecido y con sus propios bienes. La solidaridad en las obligaciones, aún después de la muerte, respondía a la premisa del honor familiar en el mundo antiguo (Quinteros, 1954, pp. 14-15,27). Otro punto relevante por rescatar es que la entera libertad de testar permitió que los causantes acostumbraran a designar sus bienes mediante legados, siendo la herencia normalmente rechazada por los herederos agnaticios y voluntarios. Por tal razón, con el fin de que el heredero no rechace la herencia, no se generen discusiones y responda por los pasivos del causante; en la época clásica se legisló y creó tres leyes que no solo obligarían a que el heredero voluntario responda por débitos, sino que se asegure, al momento de su constitución, activos a su favor (González, 2012, p. 171).

Fueron tres leyes las que favorecieron al heredero en la época clásica: *Ley Furia*, *Ley Voconia* y *Ley Falcidia*. La primera disponía que el *pater* no podía disponer más de 1,000 ases (monedas de bronce) en un solo legado, asegurando la *portio debita*<sup>1</sup>; sin embargo, dicha disposición era inútil ya que el *pater* podía legar en cuantas cuotas de ases se pudiera y en ocasiones no dejando nada para los herederos. Por otra parte, la *Ley Voconia* disponía que el monto de los legados no podía ser superior al valor de la herencia que obtendría el heredero. Esta ley también fue en la práctica ineficiente, pues el causante legaba tantas veces que la cuota del heredero se veía tan reducida que la herencia era rechazada sin cavilar. Posteriormente, la *Ley Falcidia* reguló eficientemente la libertad de testar, disponiendo, según la traducción del cuerpo de la ley que realiza González (2012): “todo ciudadano romano después de promulgada esta ley hiciere testamento, tendrá derecho y potestad para legar a cualquier ciudadano romano por derecho público cuánto dinero quiera, con tal de que el legado se dé de modo que los

---

1 La *portio debita* es la locución latina que se usa para nombrar la parte de la herencia que el testador estaba obligado a disponer en favor de una determina clase de herederos, esta obligación se perfeccionó con la existencia de la Ley Falcidia.

herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia” (pp. 172-175), siendo el primer esbozo de la existencia de una porción indisponible a favor de los herederos.

A la cantidad de la porción que el testador debía guardar a favor de los herederos sanguíneos se conoció como *cuarta falcidia*<sup>2</sup> y aseguraba parte de la herencia al heredero. No respetar la figura de la *cuarta falcidia*, permitía una acción de *querella inofficiosi testamenti*<sup>3</sup>, a favor de los desheredados injustamente (De la Fuente, 2014, p. 694).

El proceso iniciado con la *querella inofficiosi testamenti* estuvo basado en el principio de *Officium pietatis*<sup>4</sup>, también conocido como afecto paterno, en los casos más graves su interposición podría conllevar a la anulación del testamento dando pie a la sucesión intestada. En el mejor de los casos cuando se comprobaba que no se había legado la parte debida a los herederos, se respetaba el testamento y se otorgaba la cuota al heredero declarando el testamento oficioso (González, 2012, pp. 188-195).

Con el paso del tiempo, la época clásica unió las figuras de cuarta falcidia y *portio debita* originando la *portio legitima*, que también fue tratada como tradición jurisprudencial por los *Centumviri*<sup>5</sup>. Los herederos de sangre o agnaticios, hijos del *pater* no emancipados, podrían recibir en vida como donación la *portio legitima*; sirviendo este valor para realizar el cálculo sobre lo que ya dispone el heredero y determinar si es o no posible el proceso de inoficioso testamento (González, 2012, p. 197).

Finalmente, en la etapa postclásica, con la codificación Justiniana, se reunieron normas comunes de derecho privado civil, acompañadas también de reformas en materia de familia y sucesiones. Justiniano propuso aumentar la porción debida de un cuarto del haber hereditario a un tercio, siempre hasta un máximo de 4 hijos. Si sobrepasaba este número, tendrían derechos los herederos a la mitad de la herencia. Asimismo, instituyó la figura de la representación por premoriencia de los hijos o también conocida como herencia por estirpe, reconoció la participación de la viuda en la nueva cuota de la porción debida y universalizó la herencia de los parientes más cercanos (González, 2012, pp. 293-295). También se le debe a Justiniano el

---

2 La cuarta falcidia es el derecho que tenían los herederos legales a recibir por lo menos una cuarta parte de la herencia.

3 Según De la Fuente la *querella inofficiosi testamenti* es el procedimiento por el cual se impugnaba la disposición testamentaria, por la cual se pretendía disponer de todos los activos líquidos del causante sin respetar la cuarta falcidia a favor de los herederos sanguíneos. Entre los resultados posibles estaban la redistribución de la herencia respetando la porción legítima de los herederos, la restitución de los bienes y la nulidad total o parcial del testamento.

4 A título personal la existencia en el mundo antiguo de figuras jurídicas basadas en los lazos familiares es prueba de que figuras contemporáneas como la solidaridad familiar podría tener raíces en los inicios de la civilización.

5 Órgano de justicia conformado por jueces de las 35 tribus de Roma.

beneficio del inventario, figura mediante el cual los herederos solo respondían por las obligaciones del causante con los bienes de la herencia y no los propios, terminando así con la responsabilidad *ultra vires hereditatis*<sup>6</sup> (Quinteros, 1954, p. 17).

De lo revisado, se concluye que el Derecho Romano tuvo un proceso de cambios que han significado cada vez más una protección mayor a los herederos necesarios, y han acercado el concepto de la legítima y el tratamiento de la herencia a la tradición jurídica continental. Cabe recordar que la legítima, para los romanos, estuvo basada en la organización social de su tiempo, donde el patriarca era dueño de todos los bienes, incluido los de sus hijos, quienes estaban obligados a aportar bienes a la familia, aumentando al patrimonio del *pater*. Añadiendo que, en sus inicios, la *portio debita* existió para que los herederos no rechacen la herencia y no defraudar a los acreedores del *pater*. Fue a final de la época clásica, con la cuarta falcidia y el principio *officium del pater*<sup>7</sup>, que la definición de legítima fue madurando.

En el actual Derecho de Familia, a diferencia de lo que sucedía en las sociedades antiguas como Roma, la legítima está estrechamente vinculada al principio de solidaridad y asistencia familiar. Incluso distintas formas de interpretación del principio de solidaridad y asistencia familiar dan lugar a argumentos del que los reformistas y abolicionistas de la legítima se basan para la reducción y/o desaparición de su *quantum*<sup>8</sup> apostando, nuevamente, por una completa libertad de testar (De la Fuente, 2014, p. 696).

### 1.3 La naturaleza jurídica de la legítima

La figura de la legítima tiene diferentes naturalezas de acuerdo con la interpretación que se haga. La doctrina califica a la legítima por su contenido como: *pars valoris*, *pars valoris bonorum*, *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, *pars bonorum*, *pars hereditatis* (Codina, 2011, pp. 25-28).

La naturaleza de la legítima como *pars valoris* es un derecho de crédito, un valor sobre los bienes y derechos de la parte activa de la herencia (Vaquer, 2007, p. 7). El valor activo se genera sobre el valor neto de la herencia, causando un derecho de crédito a favor del legitimario, quien no tiene condición de heredero ni de legatario; la condición del legitimario es de titular de un derecho de crédito (Codina, 2011, p. 26). Por ejemplo, en el caso que el causante haya dejado en su testamento a favor de un legatario la casa en la que vivía, los legitimarios tendrán

6 La responsabilidad *ultra vires hereditatis* consistía en la obligación legal de los herederos de responder por las obligaciones del causante con los bienes propios y no solo con los bienes dejados por herencia.

7 El principio de *officium pater* o buen padre de familia es la denominación que se le da a las diligencias regulares que se espera del buen padre, como aquella figura que asegura y provee a los suyos; debido a que es lo esperado por su condición.

8 Término usado mayoritariamente por los *Centumviri* para referirse al monto o cantidad de las obligaciones o prestaciones civiles, nacidas de obligaciones contractuales o responsabilidad patrimonial.

un derecho activo sobre esta casa, el cual tendrá que ser imputada a su favor por el legatario; no podrán, en ningún caso, interferir con la propiedad del legatario. Esta naturaleza se encuentra presente en legislaciones donde existe mayor libertad de testar.

La naturaleza *pars valoris* se acopla a la regulación civil de Cataluña; el artículo 451-1º del Código Civil Catalán regula que: “la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial y que este puede atribuirle a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma”. El legitimario no es necesariamente un heredero, pues no adquiere a título universal el patrimonio causante, es más bien un acreedor sobre un caudal patrimonial. En tal sentido, al no tener el carácter de heredero, no podría promover alguna acción para la partición hereditaria o para la adquisición de los bienes dispuestos en el testamento a otras personas. Solo podrá ejercer una acción de pago contra los herederos instituidos debido a que cuenta con un derecho de crédito por los bienes que forman parte del patrimonio heredado (Hilario, 2019, p. 314).

Por otra parte, la legítima como *pars valoris bonorum* no se conceptualiza como un crédito del caudal, sino más bien como un derecho sobre los bienes concretos que integran el patrimonio hereditario. En este sentido, la legítima es un derecho específico sobre determinados bienes o, en su defecto, una hipoteca legal sobre los mismos. Como se vio anteriormente, en la naturaleza *pars valoris*, al considerarse únicamente como derecho por parte del valor del patrimonio hereditario, el legitimario no tiene calidad de heredero, sino de acreedor de un derecho especial crediticio (Codina, 2011, p. 26). La expresión *pars valoris bonorum* tiene dos significados: como legítima abonable en metálico, cuya fijación se hace a la muerte del causante del caudal de sus bienes; o bien como cuota de los bienes del caudal relicto (bienes, derechos y obligaciones), representando una parte alícuota del valor de la herencia (Hilario, 2019, p. 95).

Un ejemplo claro de la legítima como *pars valoris bonorum*, está en la regulación civil vasca. El artículo 48º del Código Civil Vasco menciona que la legítima es una cuota sobre la herencia y se calcula en razón a su valor económico. Además, el causante puede atribuirle a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo; sin embargo, el causante tiene la facultad de preferir o apartar a ciertos legitimarios. Este apartamiento de legitimarios no debe entenderse como desheredación, sino como una facultad del testador para preferir a otros dentro de la misma estirpe, como son los nietos. Sobre esta facultad cabe una precisión,

de acuerdo con el artículo 51° del Código Civil Vasco, de apartarse a todos los descendientes, la disposición se tendrá como nula<sup>9</sup>.

Desarrollando la legislación vasca, la cuota de la legítima será de un tercio del caudal hereditario conforme al artículo 49° del Código Civil Vasco y se computará de acuerdo con el artículo 58°, cuya redacción es la siguiente: “(...) para el cálculo de la cuota de legítima se tomará el valor de todos los bienes de la sucesión al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria, con deducción de deudas y cargas (...)”. De la lectura del Código Civil Vasco se confirma que la legítima es un crédito, pero configurado por determinados bienes que deberán responder a un tercio del caudal hereditario después de que estos hayan respondido por las cargas y deudas, los bienes obtenidos después de la liquidación tendrán una conexión estrecha el crédito.

La legítima como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, también entiende a la legítima como un gravamen sobre los bienes, un derecho sobre el valor mismo; pero, este gravamen solo puede ser pagado con los mismos bienes y no con dinero. Así se comporta la legítima en Ibiza y Formentera (Codina, 2011, p. 33).

Dentro de la variedad de posturas sobre la naturaleza de la legítima, la doctrina europea se ha decantado por la legítima como *pars bonorum*, como un derecho personal independiente de la herencia (Ferrero, 2012, p. 435). Un valor de los bienes y derechos del causante que puede pagarse a título de liberalidades otorgadas en vida por el causante o en legados (Aguilar, 2017, p. 225). Por lo tanto, la legítima como *pars bonorum* significa que el legitimado es cotitular de los bienes y derechos a la apertura de la sucesión, y antes del fallecimiento del *cujus* solo un derecho de crédito (Aguilar, 2017, p. 228).

La cuestión problemática es si este valor se configura con los bienes que forman parte de patrimonio hereditario, después de liquidadas obligaciones, o es un valor sobre los bienes en sí, confirmando que el heredero forzoso tiene carácter de un cotitular. Según la doctrina española, la cuota definitiva de participación de los legitimarios es en la apertura de la sucesión, en la herencia misma; sin embargo, se verá concretada (satisfecha) después de liquidado los pasivos.

El civilista peruano Lohmann Luca de Tena menciona tres conceptos en la doctrina peruana que dejan en claro las características de la legítima con naturaleza *pars bonorum*. La primera, el legitimario es condómino y no heredero; es decir, no adquiere a título universal, solo tiene un derecho que se ve cumplido con el pago de los bienes relictos, es un simple

---

9 Esta facultad lleva el nombre de preterición derivada del principio de troncalidad, principio con dos acepciones: a) La primera es que determina ciertos bienes como familiares; b) La segunda limitar la libertad de testar.

adquirente. La segunda, el legitimario es acreedor del heredero, en el caso de que el legitimario no estuviera nombrado en el testamento podría tener una acción contra el heredero voluntario. La tercera, el legitimario es acreedor de la herencia, el patrimonio hereditario responde por el *quantum* que debe alcanzar la cuota legitimaria y serán los bienes relictos los que respondan para verse satisfecho este crédito, importa aquí el valor nominal sobre los bienes (Lohmann, 1995, pp. 37-38).

Como *pars bonorum* la legítima es una institución netamente cuantitativa es decir que es un valor sobre los bienes del causante, que aparece al momento de existente del patrimonio neto, importando poco la intangibilidad cualitativa, que se refiere a que la legítima debe ser recibida sin cargas ni gravámenes, aunque hay matices, pues lo importante es el valor sobre los bienes o donaciones del *cujus* (Lohmann, 1995, p. 40).

Finalmente, la legítima como *pars hereditatis* menciona que el legitimario es un heredero forzoso, que participa tanto en activos como pasivos según la proporción que le corresponda, la legítima es la parte de la herencia no disponible (Codina, 2011, p. 28). La legítima está estrechamente vinculada a la calidad de heredero, tal es así que el derecho de la legítima se pierde cuando este es desheredado o indigno (Ferrero, 2012, p. 435). Para calcular la legítima como naturaleza *pars hereditatis* se deben colacionar los bienes, pero también las deudas para reconstruir el patrimonio<sup>10</sup> (Aguilar, 2017, p.225).

#### 1.4 La naturaleza jurídica en el Perú

El artículo 723° del Código Civil Peruano define a la legítima como una parte de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente cuando se presente la condición en la que, este, le sobrevivan sus herederos forzosos. Una primera lectura podría condicionarnos y afirmar que la legítima es *pars hereditatis*, no obstante, su naturaleza es materia de discusión para algunos autores. Por ejemplo, el Civilista Lohmann Tuca de Tena (1995) menciona que la legítima es el “derecho a participar en un monto proporcional del 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 percibido previamente de otro modo, debe concretarse preferentemente en bienes hereditarios por un valor que cubra la legítima” (p. 40). Actualmente la discusión doctrinal versa entre dos naturalezas, la *pars bonorum* y la *pars hereditatis*.

---

<sup>10</sup> El civilista Benjamín Aguilar Llanos menciona que la legítima entendida desde la naturaleza *pars hereditatis*, responde al deber del estado de protección de la familia, como se afirma en la Constitución Peruana. Tal es así, que ordena que una parte de la herencia sea guardada para los descendientes, ascendientes y su cónyuge o conviviente sobreviviente.

Para los defensores de la legítima como *pars bonorum*, la legítima es un derecho que no responde a la herencia dejada, es el valor de herencia neta (relicta) más donaciones que se hayan dado en vida tanto a los herederos forzosos como a tercero. Una vez sumada las donaciones se obtiene efectivamente el valor del *quantum* legitimario (Lohmann, 1995, p. 34):

Otro argumento a favor de la postura *pars bonorum* es que la legítima puede ser satisfecha sin la necesidad de la apertura de la sucesión; es decir, no es necesario que se adquiera a título de herencia. Tal es el caso de lo previsto en el artículo 831° del Código Civil Peruano, el que recoge la posibilidad en la que el causante, mediante la donación o cualquier otra liberalidad, disponga de sus bienes en vida a favor de sus herederos forzosos, considerándose esta disposición dentro de la cuota legitimaria que para ellos corresponde.

También existe la posibilidad en la que el *cujus* disponga en testamento un bien indivisible a favor de uno de sus herederos forzosos, este en consecuencia tendría la obligación de deducir lo que le tocara a los demás y pagarles en dinero conforme al artículo 835° del Código Civil. Los defensores de la legítima como *pars bonorum* usarán estos dos casos para demostrar que la legítima no es cumplida solo con la herencia, sino más bien, cuando se vea satisfecho el valor cuantitativo (Lohmann, 1995, p. 35).

La postura mencionada agrega que, la legítima, como esta expresada en el IV Libro del Código Civil, no prohíbe la disposición de los bienes, la prohibición versa en la afectación al *quantum* o cuota que se genere de un patrimonio ficticio a la muerte del causante, es decir, de un valor sobre los bienes, tenga testamento o no; computándose, como se había mencionado antes, con los bienes heredados y las donaciones (liberalidades) que se hayan hecho en vida (Lohmann, 1995, p. 38).

Finalmente, la postura *pars bonorum* afirma que la imperatividad de la disposición legal que plantea la sucesión hereditaria forzosa al legitimario es inexacta. Pues responde a un error que proviene del Código Civil anterior, el cual asimilaba los conceptos de legitimario y heredero forzoso. Siendo así, la mención en la ley de los herederos forzosos no es equiparable a la de legitimario. La prohibición de la ley respecto de afectar el *quantum* dispuesto a favor de los legitimarios siempre que el *cujus* redacte un testamento, lo hace en el uso de un recurso literario, para reafirmar que el legitimario tiene un derecho, lo que no implica que se vuelva heredero.<sup>11</sup> (Lohmann, 1995, p. 40). De la interpretación de la ley se entiende que la legítima

---

<sup>11</sup> El civilista Lohman Luca de Tena propone que la calificación de heredero forzoso es un adorno en la redacción del Código Civil para recalcar que la legítima es un “derecho legal a cierta parte de la fortuna”.

es derecho sobre la herencia y no una parte de esta. Siendo así, puede ser cumplido de muchas formas, como las donaciones inter vivos o legados.

Por otro lado, las opiniones mayoritarias afirman que la legítima en el Perú es *pars hereditatis*, parte de la herencia e instituye a todo legitimario en heredero. La legítima es parte del patrimonio de la herencia, para la configuración hay que tener en cuenta los pasivos para que se deduzcan hallándose del haber neto y calcular la cuota de la legítima (Aguilar, 2017, p. 226). Recordando que dentro de la legislación los acreedores tienen prioridad para el cobro de sus deudas, que deben ser cumplidas por los herederos con los bienes del patrimonio hereditario.

Un argumento por parte de los defensores de la postura *pars hereditatis* en contra de la legítima como *pars bonorum*, es que, si bien el causante pudo haber transmitido por anticipos la herencia que le tocase al legitimario, esto no genera una efectiva satisfacción del derecho del legitimario, se tiene que esperar irremediablemente, el fallecimiento del causante y la colación de lo donado para saber si efectivamente estas donaciones satisfacían o no la legítima. Cabe mencionar si bien el donatario no es heredero, no significa que no este llamado a serlo y por lo tanto es por la futura calidad hereditaria que puede ser beneficiado de las donaciones de anticipo de herencia conforme al artículo 831° del Código (Aguilar, 2017, p. 227).

La donación en vida de los bienes se conoce como anticipo de legítima, figura por la cual el donante, causante de la sucesión, dispone de sus bienes a favor de sus descendientes o herederos forzosos en vida, bienes que serán computables dentro de la cuota legitimaria. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que el Derecho Sucesorio tiene como fenómeno esencial para su configuración, la muerte. Por eso, la razón de esta disposición atañe única y exclusivamente al carácter de las donaciones cuando fallezca el causante y agrega que deben ser colacionadas junto con las obligaciones y pasivos del causante para el cálculo correcto. (Aguilar, 2017, pp. 228-229).

Uno de los argumentos más fuertes a favor de la naturaleza *pars hereditatis* es la interpretación de los artículos 723° y 724° del Código Civil para identificar la figura de heredero y legitimario. Cuando el Código Civil menciona que el heredero forzoso tiene derecho a la legítima, no es una asimilación imperativa entre ambas figuras, es por una identificación de los deberes de liquidación de los herederos forzosos a los legitimarios. No une ambos conceptos, a pesar de que los herederos forzosos no pueden ser otros que los hijos, cónyuge, padres, abuelos o nietos; y en el caso de convivencia el sobreviviente conviviente; es decir, los legitimarios (Aguilar, 2017, p. 230). Lo que se procura es la defensa de la institución familiar y determinar

la responsabilidad de cuidado entre los legitimarios, una figura clara es la colación definida en el artículo 843° del Código Civil<sup>12</sup>.

### **1.5 El fundamento de la legítima**

Como se ha podido inferir de los puntos antes mencionados la legítima como la conocemos hoy en día no existía, la prerrogativa más importante en los tiempos antiguos era la entera libertad de testar. La legítima aparece para proteger obligaciones impagas por el fallecimiento del causante y a la necesidad de limitar la libertad de testar. No obstante, su evolución en el tiempo ha cambiado y han cambiado las raíces de esta figura. Raíces que inicialmente respondía al cumplimiento de las obligaciones, por raíces más profundas y humanas.

En los últimos tiempos romanos la legítima se concebía como la continuación post mortem del *officium pater* a diferencia de lo que actualmente menciona la doctrina española la cual considera que la existencia de la legítima sugiere fundamentarse en las relaciones familiares. Asimismo, salvaguarda dos conceptos: la limitación de la libertad de testar y la protección de los hijos (Vaquer Aloy, 2017, pp. 5-6).

La misma opinión es manejada por la doctrina civil peruana la cual se menciona que: “La legítima es 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 freno a libertad de testar.” (Gómez, 2007, p. 485)

Si bien este concepto reúne lo que esencialmente busca la legítima, frenar la libertad de testar, corresponde hacer un análisis profundo de los principios actuales que la inspiran, entender su valor e importancia e influencia.

### **1.6 El principio de solidaridad intergeneracional y otros principios del derecho de familia**

El antecedente normativo más antiguo de la solidaridad familiar se encuentra en las discusiones que se sostuvieron para crear el Código Civil Francés de 1804 (Estrada, 2015, p. 213). La solidaridad familiar se definió como una obligación de los padres consistente en mantener económicamente a los hijos, a los suyos. Esta obligación aparece en la regulación civil con respecto a la libertad de testar en Francia, su apuesta por el mantenimiento de la familia es superior a la voluntad del testador (Ferrero, 2012, p. 430). Sin embargo, a pesar de que el

---

<sup>12</sup> La colación es un derecho por el cual los legitimarios ven protegida la cuota hereditaria que les corresponde, agregando a la herencia los bienes que fueron donados en vida por el causante. Ello asegura que los legitimarios vean protegido su derecho y que no hayan favorecidos en perjuicio de los demás.

Código Civil Peruano este muy inspirado en el Derecho Civil francés, la influencia que tuvo Francia en este aspecto va disminuyendo paulatinamente.

La familia en el Perú es una intuición querida, fomentada y protegida. El artículo 4° de la Constitución Política del Perú declara que la familia es una institución de derecho natural y fundamental para la sociedad. En la misma línea, toda la normativa legal referente a las relaciones familiares debe estar encaminada obligatoriamente a su preservación. Por mencionar un ejemplo normativo, en la regulación del derecho de alimentos en el artículo 472° del Código Civil, la noción de alimentos solo existe con la existencia previa de vínculos familiares, siendo exigibles entre sus miembros, e incluso determinando la cantidad de acuerdo con las posibilidades familiares. Recordando la codificación civil del año 1936, existía el principio de buen padre de familia, principio que regía no solo en las conductas familiares sino también las civiles, puesto se consideraba que la familia es la institución por antonomasia de la moral social (Quispe, 2002, p. 27-34).

La codificación actual si bien elimina de su texto normativo la denominación de buen padre de familia, no desconoce otros principios de Derecho de Familia, como son la solidaridad familiar y solidaridad intergeneracional. Principios que han remplazado el principio de buen padre de familia en virtud de la igualdad entre los hombres e igualdad entre los cónyuges<sup>13</sup> (Jarrín de Peñaloza, 2019, p. 41). El Código de 1984 hace múltiples referencias al deber de asistencia entre los miembros de la familia regulando la asistencia entre cónyuges y entre hermanos conforme a los artículos 288° y 474°<sup>14</sup> respectivamente.

En cuanto al principio de Solidaridad Intergeneracional, su antecedente más remoto es en el año 1993 en su uso por parte de las Naciones Unidas en el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (Rodríguez & Vidal, 2015, p. 266). La doctrina española entiende que este principio se presenta en aquellas relaciones de deber de cuidado entre descendientes y ascendientes, y no solo se presenta en el Derecho de Alimentos, también se presenta en la posibilidad de heredar por parte de los ascendientes y en otras figuras jurídicas como son: la habitación vitalicia y el usufructo por el cónyuge sobreviviente, o del usufructo de la madre o padre de los hijos. Un ejemplo en el Derecho Comparado Catalán es la existencia de alimentos a favor del cónyuge y ascendientes sobrevivientes (Estrada, 2015, p. 299).

---

13 La prerrogativa de la igualdad entre los cónyuges es una enseñanza que se desprende de los valores cristianos. Valores que influyeron a nivel político y social.

14 Específicamente estos dos artículos demuestran la relación de igualdad entre los hombres. Los cónyuges están destinados a brindarse soporte por que entre ambos impera una igualdad. Así mismo entre hermanos hay una relación equiparable en la que sin importar la edad, implica únicamente el estado de necesidad para que se obliguen a brindarse alimentos.

Regresando al concepto de la Solidaridad Familiar, se tiene que este principio procede del derecho natural, basada en el orden moral, social y espiritual (Hinostroza, 2014, p. 127). La mayoría de la doctrina peruana reconoce la Solidaridad Familiar como una exigencia moral que tiene el *pater* para no desamparar a sus hijos y salvaguardar la existencia de los suyos. Los argumentos contrarios afirman que la legítima no deviene de la Solidaridad Familiar, defiende que la legítima es realmente un derecho de crédito por copropiedad de los herederos en los bienes del *cujus*. (Ferrero, 2012, p. 430).

Si bien la Solidaridad Familiar en nuestro país se mantiene como una teoría vigente, ha sido múltiples veces cuestionado por la doctrina española donde cada vez es más discutida. Alguna doctrina considera que la familia ya no es un centro de producción<sup>15</sup>; por lo tanto, no hay necesidad que la patria potestad despliegue unos efectos obligacionales *mortis causa*, los hijos a diferencia de las épocas antiguas heredan a una muy tardía edad, y las mujeres cuentan con igual o mayor patrimonio que el padre de familia. En tal sentido, se tiene que revalorar el fundamento (Santisteban, 2023, pp 399-401).

La misma doctrina española que cuestiona la solidaridad familiar prefiere que el sustento de la legítima se base en los cuidados personales del causante, ello quiere decir que la legítima no figure como una forma de protección sino como un pago, crédito o recompensa al legitimario que cuida al causante; de tal forma que, la prohibición de no disposición del caudal hereditario, sirve en beneficio del propio causante, incidiendo el Derecho en las relaciones familiares y legalmente protegiendo al *cujus* (Santisteban, 2023, pp. 421-423), remplazándolo, a mi parecer, en su voluntad, creando una ficción.

A mi consideración hay más principios a tocar que nutren el principio macro de solidaridad familiar o intergeneracional como son:

- a) Principio de protección de la familia, por la cual el estado debe brindar garantías para el fortalecimiento de la institución familiar y sus políticas públicas deben estar orientadas al salvaguardo de la integridad física y psicología de sus miembros.
- b) Principio de protección del más débil, por la cual el estado encuentra necesario proteger a los miembros que se encuentren en estado de indefensión, de este principio proviene el interés superior del niño y la protección al cónyuge más débil (Lepin, 2014, pp. 13-55).

---

15 La familia era considerada un centro de producción porque los miembros del núcleo aportaban y sacrificaban el patrimonio para poder ver aumentado el patrimonio familiar. Bajo este concepto la legítima protegía aquellos herederos familiares del causante para no verse desprotegidos después de la muerte del primero.

### 1.7 La legítima en el Código Civil Peruano y en el Derecho Español

En el Perú la división geográfica y normativa se divide en gobierno central y distritos con autonomía normativa ejercida por las distintas Regiones y Municipios dentro su respectiva jurisdicción y limitada por la Constitución, la Ley orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades. Los gobiernos locales pueden crear y aprobar impuestos como tasas y contribuciones, y pueden normar lo pertinente respecto al desarrollo de los servicios públicos locales o regionales. Por otro lado, solo las normas que genere el Congreso del Gobierno Central tienen alcance general, ello en virtud del derecho de igualdad y autonomía legislativa; en esta línea, la normativa sucesoria es de alcance nacional por lo que corresponde al Congreso de la República desarrollarla mediante leyes.

En España, según su constitución, el territorio se divide en municipios, provincias y comunidades autónomas, estas comunidades autónomas están regidas por las mismas leyes civiles emitidas por el Parlamento; sin embargo, al tener la característica especial de autogobierno<sup>16</sup>, corresponde a las comunidades autónomas un cierto cuidado a las relaciones civiles que se regirán por el derecho foral y especial de cada comunidad. Por esta razón, en el territorio español, habrá diferentes formas de conceptualizar la legítima, sobre todo para lo que interesa en esta investigación correspondientes al *quantum* y aplicación de los principios de familia.

En el Perú la legítima es *pars hereditatis*, parte de la herencia que no puede disponer libremente el testador si le sobreviven herederos forzosos, se regula en vista al orden público y sus efectos son queridos por el ordenamiento, no está sujeta ningún tipo de modalidad, condición o gravamen debido a su intangibilidad cualitativa y cuantitativa. Toda disposición testamentaria que implique el incumplimiento de la legítima será reducida hasta que se concrete efectivamente el derecho de los legitimarios. Solo puede perderse por causas taxativas cuales son: renuncia, desheredación, indignidad, divorcio, separación de cuerpos por culpa del cónyuge sobreviviente y cuando el causante enfermo haya celebrado nupcias muriese a causa de esta enfermedad dentro de los 30 días posteriores a las nupcias, el cónyuge superviviente no será legitimario (Fernández, 2019, p. 127).

La legítima persiste a pesar de la nula mención del heredero forzoso en el testamento, bajo el principio de igualdad entre herederos forzosos todos tiene la misma participación cuantitativa en la cuota legítima, no pueden existir herederos voluntarios que concurren con los

---

<sup>16</sup> El autogobierno es el sistema por el cual cada comunidad autónoma define sus estructuras organizacionales e institucionales, basándose en sus estatutos de autonomía propios de cada comunidad autónoma, un símil a una constitución.

forzosos. Si el testador en vida hubiese donado los bienes a favor de algún heredero forzoso la donación se debe considerar anticipo de legítima y el beneficiado tendrá la obligación de colacionar el bien o bienes con el fin de armar el patrimonio hereditario, pues la intangibilidad de la legítima y sobre todo igualdad entre los hijos obliga a los legitimarios a respetar la cuota legitimaria (Ferrero, 2020a, pp. 469-471).

En cuanto al *quantum* de la legítima corresponde a los dos tercios de la herencia, interpretando sistemáticamente la disposición del artículo 727° con los demás apartados normativos, los dos tercios de calcula de la herencia relicta siempre y cuando el testador cuente con descendientes, cónyuge o conviviente. Por otro lado, si solo contara con ascendientes, la legítima varía a ser la mitad de los bienes de la herencia relicta. El monto se calcula deducidos los pasivos (obligaciones del causante), también se restituyen los montos de las donaciones inoficiosas que superaren el tercio de libre disposición (Fernández, 2019, pp. 127-128).

A primera vista, la legítima en el Derecho Español podría parecerse mucho a la peruana; sin embargo, hay ciertas particularidades a notar en su regulación. El Código Civil Español en su artículo 806° menciona que la legítima es una parte de los bienes de los que el testador no puede disponer por haber sido reservada por ley a los herederos forzosos. La referencia expresa de *porción de bienes* hace a su naturaleza *bonorum*, el cálculo del *quantum* dependerá efectivamente de la herencia relicta y se entiende al legitimario como un acreedor de los activos del causante (Gómez, 2007, p. 488). Su valor es de dos tercios del haber cuando haya descendientes y de la mitad si solo contara con ascendientes, el cónyuge concurre con los descendientes como con los ascendientes, pero de manera distinta a como lo hace en el Perú pues participan como usufructuarios de una porción de la herencia dependiendo del caso.

La legislación española tiene ciertas peculiaridades con respecto al *quantum* y la cuota destinada a los descendientes, si bien imperativamente los dos tercios del total de la herencia neta están destinados a los legitimarios, hijos o descendientes del testador. Ello no implica que necesariamente sea repartida en partes iguales, pues un tercio de la herencia relicta, que hace parte de estos dos tercios reservados, puede disponerse como mejora a favor de los hijos o descendientes que el causante voluntariamente disponga. En cambio, de no contar con hijos o descendientes, pero si ascendientes, la legítima será de la mitad del caudal relicto a favor de los padres, y si son abuelos entonces por cada línea se repartirá la mitad de la herencia.

La situación del cónyuge según el Código Español es distinta a la situación en el Código Peruano, el cónyuge superviviente que no se hallase en separación de cuerpos o de hecho tiene derecho al usufructo del tercio de la legítima destinado a la mejora cuando concorra con descendientes, caso distinto cuando concorra únicamente con ascendientes, será usufructuario

de la mitad de la herencia y si no concurriese con ningún ascendiente o descendiente el usufructo sobre la herencia será los dos tercios de la herencia, no hay nuda propiedad sobre los bienes, a quienes corresponde el derecho de propiedad es a los herederos, en virtud de ello incluso se regula la conmutación del derecho usufructuario, también llamado usufructo viudal, para que vía pensión vitalicia u otras formas pueda ser satisfecho el derecho del cónyuge superviviente (García-Bernardo, 2006, pp. 204-205).

El Derecho Civil Vasco en materia de sucesiones tiene sus propios principios, como por ejemplo el de troncalidad, según el cual se busca mantener los bienes dentro de los miembros más cercanos de la familia, y frente a este principio es que existe la legítima propiamente dicha. Por todo el causante debe siempre nombrar para los bienes afectos a la troncalidad a un sucesor legitimario, pudiendo apartar a los otros hijos que tuviere, en favor de otros descendientes. Sin embargo, en Ayala, territorio de Ávala, hay una completa libertad de testar y lo único que de alguna forma podría satisfacer a los hijos y su cuidado es el usufructo poderoso. Por eso se dice que estamos frente a una normativa que regula la libertad de testar con incidencia en la herencia forzosa (Codina, 2011, p. 106).

Según el Código Civil Vasco la troncalidad se respeta en los territorios de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña. Son gravados como bienes troncales los bienes raíces entendidos como el suelo, las edificaciones o cualquier inmueble que no pueda ser separado del suelo. La troncalidad sirve para reputar el patrimonio familiar y son beneficiados los descendientes de forma ilimitada, los ascendientes, los hermanos y sobrinos en ese orden de prelación y siempre prevalece sobre la legítima, eso quiere decir que en el territorio vasco si los bienes raíces son superiores al *quantum* de la legítima esta se reputara a la adquisición de los bienes troncales.

Nuevamente en la legítima, el *quantum* es de un tercio del haber hereditario a favor de los hijos o descendientes en partes iguales sin embargo el propio testador puede apartar a uno de estos y que otros en representación del apartado dispongan de la legítima, en este caso únicamente los descendientes en línea recta del hijo. Se ha previsto solo a los hijos y al cónyuge como legitimarios, este último cuando concurra con los descendientes podrá vía usufructo disfrutar de la mitad de los bienes y de no concurrir con estos de los dos tercios de la herencia. Algo muy importante a tratar, el viudo no podrá ejercer derecho de usufructo o perderá los derechos de habitación de la casa conyugal y usufructo cuando tenga pareja sentimental posterior a la muerte del causante o cuando contraiga nupcias (Fernández, 2015, pp. 429-431).

A resaltar, para el cálculo de la legítima, se hará siguiendo las reglas de deducción de cargas y obligaciones del causante para posteriormente, y en ese orden, colacionar los bienes donados con la previa deducción de todos los gastos en los que haya incurrido el beneficiado por la misma. El valor del bien será el que tiene al momento de la muerte del causante y no al momento de su entrega. De igual forma si este su hubiese encontrado en posición de terceros, por contrato de compraventa su valor será igual al precio de venta. La legítima se puede pagar en vida mediante donaciones, vía testamento como herencia o legado (Fernández de Bilbao y Paz, 2015, p. 433).

Otra comunidad autónoma que llama la atención es Cataluña, el *quantum* de la legítima responde a un cuarto de la cantidad base (herencia relicta) que se obtenga de seguir unas reglas dispuestas en el articulado del Código Civil Catalán. La determinación es parecida a la general, se cuenta el valor de los bienes a los cuales se les descuenta obligaciones que haya tenido el causante junto con los gastos de entierro y sepelio.

Posteriormente se añade el valor de bienes que hayan sido donados en vida por el *cujus* dentro de los 10 años anteriores a su muerte en cuanto fueran donaciones imputables a la legítima no importara la fecha. El valor de los bienes será al momento de la muerte con la justa deducción de los gastos y actos conservatorios sobre los mismos y si se hubiese enajenado el bien, entonces se tendrá como valor que tuviesen antes de la enajenación (Gómez, 2007, p. 498).

Son solo legitimarios para los efectos del Código son los hijos, sus descendientes solo pueden suceder por representación, y los padres al no contar con ningún descendiente, el cónyuge no es legitimario. Su pago es en dinero o en bienes, salvo el testador haya dejado algún legado a favor de los legitimarios de bien determinado o en otra modalidad, es el heredero el que se encarga de la liquidación de los bienes y el pago de la legítima, según el Código las legítimas pueden ser pagadas a título de legados, legítima, herencias o donaciones.

Para proteger al cónyuge o conviviente sobreviviente se dispone el derecho a la cuarta viudal, un derecho sobre los bienes relictos sin reducción de la legítima. No le confiere la categoría de heredero o legitimario, tampoco son un derecho para su protección la adquisición del ajuar, la propiedad del mobiliario que se reputan a derechos adquiridos por el vínculo matrimonial. Adquiere junto con los legitimarios un derecho de crédito frente a los herederos (Hilario, 2019, pp. 310-312).

## **Capítulo 2**

### **El derecho de propiedad y la herencia**

#### **2.1 Introducción**

La propiedad y la herencia son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Peruana. La jurista Robles (2019) explica que tradicionalmente se entienden juntos estos derechos porque todos tenemos la posibilidad de adquirir, disfrutar y transmitir la propiedad *inter vivos y mortis causa* (p.40). Asimismo, con el reconocimiento de la herencia se afirma que con la muerte del propietario no se extinguen sus obligaciones, por el contrario, se perpetúan; y los herederos están obligados a cumplirlas con el caudal hereditario, con el fin de preservar la seguridad jurídica en la sociedad. Por consiguiente, a pesar de su estrecha relación con la propiedad, la herencia mantiene también en su núcleo esencial las ideas de individuo, familia y sociedad (Robles, 2019, p. 43).

Por otro lado, la propiedad es entendida como un derecho real que recae sobre las cosas o bienes transmisibles, puede disponerse, se puede gozar, reivindicar y hasta destruir. Sin embargo, su uso debe ser bajo los límites de la ley, el orden público y respetando su función social (De la Fuente, 2015, pp. 517-520).

He aquí la pregunta que plantea el análisis de este capítulo, ¿el derecho a la herencia (legítima) tiene un núcleo esencial diferente al de la propiedad, o es una mera forma de adquisición de la propiedad? Preliminarmente se puede decir que en el Perú y en el Derecho Comparado Español hay un interés por preservar la seguridad de los miembros de la familia por medio de la herencia, lo que podría encaminar a una respuesta.

#### **2.2 La propiedad como derecho constitucional**

La Constitución Política del Perú reconoce a la propiedad como un derecho inherente a toda persona, inviolable y solo limitado por ley expresa. Esto último quiere decir que solo por razones que se sustenten en la necesidad pública o seguridad nacional se puede limitar la propiedad. Y en estos casos será necesario que aquella persona a quien se le grava y expropia la propiedad se vea justipreciada<sup>17</sup>. El límite de su disposición responde al principio de legalidad y se ejerce dentro de los parámetros del bien común.

La doctrina tradicionalmente ha dotado de tres características básicas a la propiedad. Se dice que la propiedad es absoluta, exclusiva y permanente (o perpetua); sin embargo, en cuanto permanente, no debe entenderse infinita en el tiempo. Por ejemplo, en el Derecho se ampara la

---

<sup>17</sup> Un ejemplo de este límite se encuentra en el artículo 71° de la Constitución Política del Perú, en el cual se menciona que los extranjeros dentro de los 50 kilómetros fronterizos no pueden poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía.

adquisición prescriptiva de los bienes, se prefiere muchas veces a un poseedor diligente que hace funcionar y movilizar los bienes a un propietario negligente. En cuanto absoluta existen limitaciones debido al orden público por más que el propietario tenga todas las facultades de disposición y uso (Alvendaño, 1994, p. 117).

Estas limitaciones por parte del Estado, que alguna doctrina ha nombrado carácter reglamentario de la propiedad, se fundan en razones sociales y de bienestar general (Alvendaño, 1994, p. 118). ¿Pertencen efectivamente estas restricciones a su naturaleza o son disposiciones arbitrarias por el legislador? Todo indica que la sociedad y el bienestar general preceden a la propiedad, así también muchas veces ha sido redactado en distintos cuerpos normativos.

Además, se tiene que, según la ley natural, la propiedad es la participación racional del hombre sobre las cosas. Por lo tanto, toda inclinación humana que proviene de la propia naturaleza (en este caso la propiedad) debe ser amparada por la ley, justamente por ser derecho natural. Se tiene que el dominio sobre las cosas es plenamente una facultad humana y existe antes que todos los derechos subsecuentes que la graven, no solo por el precepto de racionalidad del ser humano, sino por la inclinación del hombre al hacer suyo las cosas. Si la propiedad es un derecho natural reconocido por la inteligencia, no es acaso su uso razonable también debido por todos los hombres en virtud de su inteligencia (De la Fuente, 2015, pp. 509-512).

Para que se vea satisfecho el uso razonable, la propiedad es recogida y reconocida como derecho fundamental en nuestra constitución, y como todo derecho fundamental cuenta con dos dimensiones una subjetiva y otra objetiva. La primera se refiere a las facultades de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, mientras la segunda se refiere al compromiso del poder político para garantizar los derechos fundamentales dentro de los márgenes de interés u orden público (Castillo, 2006, pp. 167-169).

En este orden, la constitución como instrumento normativo que determina el sistema de estado también exige una interpretación sistemática de cada uno de sus artículos, para encontrar el significado completo de las disposiciones constitucionales. Por ello el artículo 2.16° de la constitución, el cual recoge el derecho de propiedad, se complementa con las disposiciones de los artículos 70°, 71°, 72° y 73°, entendiéndose a la propiedad como un derecho inviolable y únicamente limitado por seguridad nacional o necesidad pública, las que se verán desarrolladas en reglamentos, que buscan beneficio o ventaja a favor de un sector público o población, pero mediatamente a favor de toda la comunidad (Alvendaño, 1994, p 121).

### **2.3 La herencia como derecho constitucional**

La norma constitucional peruana señala que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia, sin embargo, no define la herencia en sí. Podemos teorizar que, al mencionarse

junto con la propiedad, es el modo de transferencia de la propiedad y la dotación de su carácter exclusivo y absoluto; es decir, la herencia es el instrumento de realización de los bienes *mortis causa*. Por otro lado, otra acepción se referiría a la herencia como el derecho que tienen los herederos designados o no (por mandato de la ley) en la realidad jurídica (De la Fuente , 2015, pp. 516-520).

Ambas alternativas son compatibles, la razón de la primera alternativa es que exclusivamente el causante es quien puede disponer de sus bienes *mortis causa*; por eso, en el Perú se prohíbe cualquier tipo de testamento mancomunado, además el *cujus* puede disponer de la universalidad de sus bienes a favor de sus herederos, con algunas limitaciones mandadas por la preservación del orden público. En cuanto a la segunda acepción, se ve recogida en la figura de la colación como muestra de la legitimidad de herederos forzosos con el fin de ver satisfecha un derecho (Fernández, 1994, p. 110). Aunado a lo mencionado, es muy común hacer anticipos de legítima, cada vez con mayor frecuencia y simulaciones de contratos de compraventa con el fin de que se vean satisfecha la herencia en un futuro, evitando que el posible heredero pierda los bienes (Centeno, 2019, pp. 150-152).

La herencia, además, es un derecho que interesa al estudio del Derecho Sucesorio para verse salvaguardado dentro del marco de un estado democrático, social y de derecho, a diferencia de lo que sucedía en sociedades antiguas. La sociedad actual permite que la propiedad de los bienes (entendido en sentido lato) alcanza una temporalidad superior a la muerte, para que el propietario ejerza su última disposición a favor de quienes quisiera (o de quien estuviese obligado) y estos herederos por un derecho concedido por el causante de la herencia adquieran una acción contra quienes vulneren la propiedad.

Concebida la herencia como un derecho asegurable, se asemeja a un derecho fundamental, esta concepción tiene gran relevancia en la tradición jurídica peruana a diferencia de otros países, como es el caso de España. En el Derecho Comparado Español el concepto de la herencia no corresponde con una teoría *ius* naturalista de la herencia. Alguna doctrina española está de acuerdo que el uso del verbo “*reconoce*” en el artículo 33°.1 de la Constitución Política Española el cual menciona que: “*se reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia*”, es una locución verbal que no indica su condición de fundamental, sino un ejercicio del tecnicismo jurídico que asevera el reconocimiento de una realidad jurídica anterior. Indica que, aunque sea cierta su innegable separación al derecho de propiedad esta sirve en primer lugar como facultad dispositiva del causante (Robles, 2019, pp. 38-43).

Esto implicaría que la herencia es una garantía institucional constitucional<sup>18</sup>, únicamente se concedería teniendo en cuenta la primera definición de la herencia, como una disposición atemporal del causante a favor de quienes quisiera. En esta línea, la herencia no es una pretensión, ni mucho menos exigible por aquellos quienes esperan en condición de herederos legales o forzosos un derecho del crédito de una herencia en virtud de las relaciones familiares, protección o cuidado (Robles, 2019, p. 85).

Reduciendo en este sentido la herencia a un mecanismo procesal por el cual se protege y efectiviza la propiedad, contradiciéndose con la teoría *ius* naturalista y no solo eso, al recudirla a la garantía de otro derecho, abole la propia naturaleza subjetiva de la herencia y la vuelve inexigible por parte del ciudadano heredero. Por tanto, los problemas ocasionados al aceptar una teoría reduccionista de la herencia, es decir, verla como una mera garantía institucional del derecho de propiedad puede generar problemas filosóficos y jurídicos, ignorando su naturaleza e importancia. Por otro lado, sería inviable una postura reduccionista porque posibilita la entrada de teorías que buscan abolirla por completo, lo que conllevaría a desincentivar la acumulación de riqueza, por la satisfacción de necesidades inmediatas. Además, la eliminación de la herencia exigiría una capacidad mayor del estado, quien deberá asumir una mayor responsabilidad para asegurar y garantizar el bienestar de las personas que ya no pudiesen exigir propiedad alguna que, en varios casos, sirve para salvaguardar su integridad, personal y económica.

#### **2.4 La libre disposición de los bienes, la libertad de testar**

También denominada teoría abolicionista de la legítima supone que la herencia solo es una de las manifestaciones de los actos dispositivos de la propiedad, defiende que las obligaciones patrimoniales entre *paters* e hijos terminan con la muerte del progenitor. Por eso, el *pater* mediante disposición *mortis causa* puede favorecer a quienes considere han ganado por mérito estos bienes y no por una obligación de subsistencia de la estirpe. Los juristas que apoyan esta teoría hacen un planteamiento de necesidad, independencia y supervivencia de los hijos, entendiendo que si de estar siempre a la espera de la herencia del *pater*, no podrán desarrollarse económicamente (Fernández, 2019, p. 126).

En el Derecho Comparado hay vastos ejemplos de ordenes jurídicos que respetan la libertad de testar irrestricta por parte del testador, estos no buscan cumplir con una cuota destinada a los parientes más cercanos, sino cumplir con la última disposición del testador, en orden al absoluto respeto a la propiedad.

---

18 Bajo la concepción española, la herencia solo es una forma transferencia de la propiedad, estando al nivel de la compraventa o la donación.

El Derecho Inglés, si bien protege a los familiares más cercanos en la sucesión intestada, situación distinta es en las disposiciones completamente testamentarias. La normativa inglesa ampara por completo una teoría absoluta de la propiedad por la cual al momento del fallecimiento se pueda disponer por completo de sus bienes y cuyos beneficiarios serán acreedores de la herencia relicta (Anderson, 2006, p. 1273).

Sin embargo, esta disposición hereditaria de los bienes es pasible de ser cuestionada judicialmente con el fin de que se asegure para los familiares suficientes medios de subsistencia. Esta figura jurídica recibe el nombre de *Provision for family*. Para la admisión judicial es necesario que el testador no haya dispuesto ningún bien a favor de los descendientes que supla con sus necesidades, y la provisión otorgada dependerá de que miembro familiar haya solicitado y probado su estado de necesidad (Anderson, 2006, p. 1276).

Los sujetos que pueden pedir esta provisión son el cónyuge viudo y en misma razón el conviviente sobreviviente. Las reglas para la legitimidad de esta protección son parecidas a las de otros ordenamientos en donde se usufructúan bienes a favor del cónyuge, entre ellas tenemos: no contraer nupcias, no estar divorciados o en proceso de divorcio o separados de cuerpo. El siguiente grupo colectivo de sujetos son los hijos del causante, los dependientes del causante y los hijos del cónyuge que hayan sido tratados como hijos en vida. En ambos casos se aplica el principio de proporcionalidad para determinar la adecuada pensión a favor del primer grupo y una participación en los bienes relictos, para el segundo grupo (Barrio, 2018, pp. 109-116).

Un ejemplo continental es el Código Federal Mexicano, el legislador de este país ha creído que no hay mejor disponente de los bienes que el propio testador. En México existe una completa libertad de testar únicamente condicionada a una pensión de alimentos conforme el artículo 1536° del Código Federal. La pensión está dirigida a salvaguardar a los hijos menores de 18 años o mayores que no pudiesen trabajar, el cónyuge o conviviente viudo mientras no contraiga nupcias u otra relación sentimental y bienes no tenga, a sus ascendientes y hermanos siempre que no puedan valerse por sí mismos. No hay obligación de dar alimentos si existe un pariente más cercano a entregarlo (Estrada, 2015, pp. 221-225).

Al igual que en la legislación inglesa, de no respetarse la pensión de alimentos los legitimados podrán emprender un juicio por testamento inoficioso, al igual que el hijo preterido (no nombrado en el testamento) también tiene derecho a solicitar una pensión de alimentos. Se debe recalcar que la realidad jurídica en México responde a su realidad social, los bienes de los que finalmente puede disponer el testador no son muchos y el ciudadano mexicano promedio no tiene mayor intención de testar. En tal sentido, aunque la legislación le brinde la posibilidad

de disponer de los bienes según su deseo, prefiere que la sucesión intestada se aplique y sean los mismos herederos los que se repartan los bienes (Estrada, 2015, pp. 226-228).

Dentro de las legislaciones comparadas, la legislación del Fuero de Ayala, en la Comunidad Vasca, es muy interesante. Según el Código Civil Vasco, los habitantes del Valle de Ayala cuentan con la potestad dispositiva de todos sus bienes por medio de testamento, donación, legado, o como quisieren. Para lo cual, deben apartar a los herederos forzosos de la sucesión intestada tácita o expresamente (Codina, 2011, pp. 115-116). Por otro lado, si decidiese no apartar a los herederos forzosos, se permite que el causante afecte los bienes *mortis causa* con la constitución de un usufructo poderoso<sup>19</sup>, el cual recae sobre los bienes que quedarían a favor de los hijos y el cónyuge. Estos bienes pueden ser específicos, constituidos en el testamento, o podrían ser aquellos que terminen adjudicados en aplicación de la legítima (en caso de los hijos) o legítima viudal (en caso del cónyuge). Cabe resaltar, nuevamente, que no hay ningún impedimento para que el testador, incluso, disponga de estos bienes y no deje nada a sus descendientes, cónyuge o conviviente (Celaya, 2010, pp. 13-15).

Otros países en donde la libertad es irrestricta y no corresponde ninguna pensión de alimentos son Panamá, Costa Rica, Estados Unidos. En Honduras también existe una libertad de testar bajo la condición que se dejen alimentos a favor de los hijos, ascendientes cónyuge o conviviente si se encontraran en estado de necesidad. El caso de Guatemala es muy parecido al de Honduras hay una libertad irrestricta por parte del testador mientras no tenga hijos menores de edad. Si fuese así tendrá que seguir asegurando alimentos a pesar de su muerte, de igual forma a los mayores de edad y cónyuge que se encuentren en estado de necesidad.

Como se puede inferir en los sistemas jurídicos en lo que se ha eliminado la legítima y se apostó por una entera libertad de testar siempre han tenido en cuenta el derecho de alimentos de los supérstites mas cercanos al causante o de aquellos que dependían del *pater* al momento de su muerte. Una realidad anterior, social y que necesita protección, la misma que funda a la legítima, la solidaridad intergeneracional.

---

19 El usufructo poderoso, consiste en la dotación de cláusulas no contempladas en la ley en un usufructo común. Estas cláusulas en las que se acostumbra a darle las indicaciones al cónyuge para que disponga de los bienes a favor a de los hijos comunes o no.

## Capítulo 3

### Una posible reforma para aumentar la libre disposición del testador

#### 3.1 Introducción

En el Derecho Comparado siempre se menciona que la familia es la pieza fundamental de la sociedad y, por lo tanto, es una institución merecedora de protección. A pesar de que en las constituciones internacionales no definen el concepto de familia, lo cierto es que como institución natural que funda la sociedad se asegura su protección en todos los textos fundamentales (Castán, 1995, p. 108).

Además, los tratados de derechos humanos han influido bastante en la protección de la familia. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que el estado debe proteger a la familia por ser fundamental en la sociedad, por eso toda política pública que incida en las relaciones familiares tiene el deber de ser ampliamente estudiada y reflexionada. La Convención Americana de los Derechos Humanos también menciona que la familia es pieza fundamental y fundamento de la sociedad, y el estado tiene la obligación de protegerla. En esta misma línea, la tradición constitucional peruana no es ajena a estos preceptos, desde la constitución de 1979 se incide en la protección de la familia, sobre todo de la madre, el anciano y el niño en situación de abandono (Cayro, 2012, pp. 131-147).

Todo el aparato del estado debe aplicar los principios de derecho de familia y salvaguardar la protección de sus miembros, el honor de la familia, a los miembros más débiles y abandonados, el matrimonio, el patrimonio familiar, a los convivientes, hijos póstumos y la herencia.

#### 3.2 Algunas figuras para la protección de los parientes cercanos después de la muerte

En el Perú existen muchas formas de defensa de los miembros de la familia en vida, la más usada es el reconocimiento del derecho de alimentos. Este derecho de tradición cristiana contempla como una obligación de los *paters* hacia los hijos (y viceversa) la asistencia, de dar lo indispensable para la vida, sustento, vivienda, vestido e instrucción si se pudiera (Jarrín de Peñaloza, 2019, pp. 40-44). En la actualidad, el Código Civil menciona que la educación y la instrucción laboral son derechos de asistencia obligatoria, reconocida en los alimentos y extiende la figura recogiendo como alimentistas a los hermanos, madre del hijo extramatrimonial y conviviente.

Los alimentos están basados en obligaciones de derecho natural, en la igualdad de los hombres y en el derecho de familia (Jarrín de Peñaloza, 2019, p. 46). El derecho de alimentos es altamente necesario y regula muchas de las relaciones familiares, por ejemplo: en caso declaración de ausencia los herederos forzosos, hijos y cónyuge, pueden solicitar al juez una

pensión de alimentos que corra a cuenta de los fondos de ahorros del ausente. También el juez puede favorecer al conviviente con alimentos cuando hay una separación de hecho unilateral; se debe alimentos a la madre del hijo extramatrimonial por gastos anteriores y posteriores al parto. Incluso regula la patria potestad y aquel que se niegue a prestar alimentos pierde la patria potestad.

Para el Derecho Sucesorio también son importante los alimentos. En el Código Civil de 1936 se mencionaba que se deben alimento ascendientes y descendientes proporcionalmente a su cuota hereditaria. También fijaba un gravamen a favor del hijo alimentista cual era un tercio o la mitad del patrimonio y sería indisponible por testamento. Hoy en día no existe esta disposición, sin embargo, si se regula la posibilidad de que el hijo alimentista solicite a los herederos del causante un pago por la pensión de alimentos hasta que cumpla la mayoría de edad, de igual forma este pago solicitado por pensión de alimentos no es superior a lo que le tocaría si hubiera sido reconocido como hijo en calidad de legítima<sup>20</sup> (Lohmann, 2020, pp. 253-255).

También las normas de indignidad se ven sometidas a los alimentos, pudiendo devenir en indigno aquel que estando obligado de pasar alimentos no lo hiciere, de igual forma hay una reducción de los alimentos brindados a lo estrictamente necesario para subsistir cuando el alimentista deviene en indigno o puede ser desheredado debido a su actuar.

Aparte de los alimentos, un derecho sucesorio que aparece a favor del cónyuge supérstite es la habitación vitalicia del hogar conyugal, siempre que la legítima que le correspondiese y sus gananciales no fueran suficientes para adquirirla. El valor de este derecho repercute sobre la cuota de libre disposición y hasta podría darse el caso que repercuta sobre las legítimas de otros herederos forzosos.

Para la doctrina no hay problema en catalogar a la habitación vitalicia como un derecho de naturaleza real, personal, vitalicio y gratuito convirtiendo al cónyuge superviviente en usufructuario y nudo propietario. En lo que si hay amplia discusión es en su condición *pars hereditatis* o *pars bonorum*. Al final la doctrina se ha decantado por mencionar que es *pars bonorum* por las siguientes razones a resaltar:

- a) Si la herencia fuera *pars hereditatis* entonces el valor del hogar vitalicio se calcularía dentro de la cuota legitimada que le corresponde a cónyuge, pero al ser *pars bonorum*

---

20 Esto no implica que al momento en que los herederos paguen la deuda alimenticia deban considerarlo un heredero; pues no tiene la condición de legitimario. Se verá satisfecho lo adeudado imputándose a la cuota de libre disposición del causante. Dependerá de la pensión impuesta por el juez si se ve satisfecha, hasta su mayoría de edad o antes, una renta que llegue al máximo establecido por la norma

esta no se descuenta de la parte de la herencia, sino, como un derecho anterior, es un gravamen sobre un determinado bien. Lo que se condice con la legislación.

- b) Aunque se renuncie a la herencia no implicaría la disolución del derecho a solicitar el hogar vitalicio.
- c) No es oponible por los acreedores del causante, pues debe entenderse como un derecho aparte que no corre dentro de la masa hereditaria y susceptible de ser grabada (Ferrero, 2020b, pp. 259-261).

La doctrina también apunta que en caso de desheredación del cónyuge también se perdería este derecho y así como debió anotarse otras causales de extinción de la habitación vitalicia, también debe regularse supuestos especiales que permitan su aplicación; como la separación de cuerpo sin culpa<sup>21</sup> (Ferrero, 2020b, p. 262).

En aplicación de la habitación vitalicia, el cónyuge no participará de los bienes sobrantes del patrimonio relicto, y eso tiene sentido si lo vemos desde la óptica de un proceso para solicitar judicialmente este derecho, pues ya se ha visto cumplida su legítima y liquidada sus ganancias. Por lo tanto, satisfecho su derecho a la herencia. Ferrero (2020b) afirma que es una excepción a la intangibilidad de la legítima, ya que la que les corresponde a los herederos que concurren con el cónyuge será condicionada (p. 263).

La legislación mexicana también tiene ejemplos interesantes de figuras de protección además de la pensión de alimentos, para proteger a los miembros de la familia; por ejemplo, la existencia de un hijo póstumo es una de las limitaciones a la libertad de testar. Sí existiese un hijo póstumo conforme al artículo 1377° del Código Federal este tendrá derecho a recibir una porción de lo que le correspondería como si fuese heredero legítimo. Para el cálculo de este derecho se aplicarán las reglas de sucesión legítima (intestada) usando para la satisfacción de su derecho el proceso de inoficioso testamento (García & Estrada, 2018, pp. 113-114).

### **3.3 Un posible cambio en el aumento del *quantum* de libre disposición en el Perú**

Existen diferentes investigaciones en la Doctrina Internacional que proponen un aumento de la cuota dispositiva del causante, sobre todo en el Derecho Español en vista que existen diferentes comunidades autónomas que han logrado conquistar la libertad de disposición de los bienes. Los argumentos principales para que prevalezca la voluntad del causante frente a las legítimas son dos (Vaquer Aloy, 2007, pp. 12-15).

---

21 En el caso el cónyuge que no tiene culpa no pierde derechos sucesorios, tendrá razón de ser que pueda solicitar la habitación vitalicia.

El primer argumento es que, en España, la legítima no debe considerarse dentro de los derechos fundamentales y constitucionales, porque la mención de la herencia en el artículo 33° de la Constitución Española<sup>22</sup> es simplemente como una garantía del aprovechamiento de la propiedad *mortis causa*. Es decir, solo es una de las formas de la transmisión de la propiedad; por eso, se menciona sintácticamente posterior al reconocimiento del derecho a la propiedad. Este argumento se respalda si analizamos algunas comunidades de España, como dentro del Derecho Foral de la comunidad de Ayala, en el que se puede disponer por completo de los bienes.

Sin embargo, considero que este argumento es incorrecto, porque usa la retórica para concluir realidades jurídicas complejas, como es inferir que la herencia no es un derecho fundamental, solo por estar mencionada después de la propiedad. Siendo que, en realidad, el derecho a la herencia es más complejo que la simple posición y mención en el texto constitucional español. Como se ha visto, el Derecho Foral responde a otros principios, como el de troncalidad, y costumbres de las comunidades autónomas. Los cuales no tienen que ver necesariamente con la naturaleza constitucional del derecho a la herencia.

El segundo argumento es que para el derecho español la legítima no está contemplada como un derecho familiar, por lo tanto, ni siquiera el principio de solidaridad intergeneracional legítima su existencia. Para esto, incluso alguna doctrina hace referencia al mismo concepto de solidaridad intergeneracional, concepto que busca acoger la asistencia y ayuda entre generaciones de pater e hijos y lo trastoca para convertirla en un argumento en contra de la legítima (Vaquer Aloy, 2007, p. 15).

Bajo este último argumento el principio de solidaridad intergeneracional no sería eficaz según las estadísticas del INE (Instituto Nacional de Estadística), pues la mortalidad en España está entre los 80 y 86 años. A esto se suma que el promedio de edad en las que se conciben a los hijos son los 30 años, y la edad en cual se ha acumulado más riqueza en las familias españolas es entre los 56 y 60 años donde comienza a descender la curva adquisitiva. Una simple resta nos demuestra que la edad aproximada en la que se da el fenómeno sucesorio es cuando el español promedio cuenta con mayor cantidad de bienes (Vaquer Aloy, 2007, pp. 8-11).

---

22 Expresamente el artículo 33° menciona que: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Este argumento es inviable en el Perú, conforme al INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática) la mortalidad en el Perú para el quinquenio 2020-2025 corresponde a los 74,5 años en hombres y 79,8 en mujeres (INEI, 2019). La edad en que las mujeres son madres en el Perú se mantiene en el rango de 22 a 23 años según las encuestas de natalidad efectuadas en el 2017. Según esta estadística, la muerte de los *paters* ocurrirá cuando el hijo tenga aproximadamente 50 años. Sin embargo, esto no necesariamente significa que se encuentre en la mejor estabilidad económica. En el Perú, el ingreso mensual en el 2024 según el INEI fue de S/.2,035.4.00 soles (Andina, 2025), tres veces menor al sueldo mínimo en España que es de 1184 euros fijado por el Real Decreto 87/2025.

A estos datos se adicionan los obtenidos en el Censo de Población y Vivienda del 2017, la cantidad de hogares particulares donde residían habitantes superaba los 8 millones, cerca al 54% de estos inmuebles eran habitados por familias nucleares y cerca al 21% conformado por familias extensa o extendida. El otro 15 % se divide en hogares unipersonales, compuestos u hogares sin núcleo (García, 2019). En síntesis, indica que aún en nuestro país las familias siguen organizando jerárquicamente con un ascendiente que vela por la protección de los hijos y nietos.

Alguna doctrina considera que se debe dar un mayor valor a la propiedad y voluntad del causante, pero dejar sin protección a las familias, por lo que, en cuanto a descendientes y cónyuge, la porción legítima debería ser reducida y no abrogada a diferencia de la cuota legítima que se guarda a favor de los ascendientes, que pueden ser beneficiados por una pensión de alimentos (De la Fuente, 2014, pp. 695-700).

Considero que el deber de ayuda y asistencia a los ascendientes es incuestionable en atención directa a los deberes de reciprocidad; y debido a que como se ha observado son más las familias nucleares que habitan en hogares particulares (progenitores y prole) pero muy de cerca las extendidas (abuelos), por lo menos la cuota legitimaria para descendientes debe mantenerse como una salvaguarda.

En base a lo mencionado, un aumento del *quantum* de libre disposición es posible mientras no deje desamparado a los descendientes que necesiten cuidado, sobre todo en la adquisición de los bienes habitacionales. Incluso, podría proponerse la normativización de la figura del usufructo poderoso del derecho anglosajón, además teniendo en cuenta que cada vez más son las personas entre 35 y 54 años gozan de una vivienda propia, constituyendo el 59% de la población (Gestión, 2012), no quedarían desamparados en los supuestos en los que el causante falleciera según el estimado de vida.

Si bien la libertad de testar irrestricta puede ocasionar problemas prácticos, de darse, es conveniente que se agudice en algunas reformas conceptuales en el código civil ya que, como

hemos observado, mucha de la normativa respecto a la sucesión, desheredación, incluso alimentos se configura teniendo en cuenta el concepto de legítima.

Finalmente, en el Perú las propuestas de ley que inciden en la legítima no han considerado una variación al *quantum*. La propuesta más reciente dada en el Proyecto de Ley 499-2016- CR esquematiza los pasos a seguir para el cálculo de la legítima, pero no aumenta la cuota de libre disposición del causante cuando tenga herederos forzosos. Sin embargo, un ejercicio parecido al de la doctrina española y un posible cambio socioeconómico, podría brindar algunos argumentos para una correcta propuesta para la reducción de la cuota legitimaria. Pero, resaltando una vez más, con la necesidad de un estudio agudo para asegurar la subsistencia de los herederos y fortaleciendo las salvaguardas que se tiene en la actualidad.



## Conclusiones

**Primero.** - En el Código Civil Peruano la legítima es una parte de la herencia de la cual únicamente pueden disponer los herederos forzosos, y se encuentra resguardada en normas imperativas con el fin de asegurar el derecho a recibir herencia. Este derecho de los legitimarios que a la par son herederos forzosos nace con la muerte del causante de tal forma que no puede verse satisfecho aun cuando se hayan realizado liberalidades en vida imputándose a la legítima, el anticipo de legítima tiene entonces efectos desde que inicia el fenómeno sucesorio, aquella donación del causante solo se imputará a la legítima cuando fallezca

**Segundo.** - Los principios del Derecho de Familia también se ven involucrados en el Derecho Sucesorio, importa mucho en el Perú el mantenimiento de los miembros de la familia aun después de la muerte, pues como institución trasciende a ser pilar de la sociedad. A diferencia de España las normas sucesorias son generales y buscan fijar una legítima a favor de aquello parientes más cercanos y se reparte siguiendo los ideales de igualdad y fraternidad.

**Tercero.** - La propiedad y la herencia no deben entenderse como derechos contrapuestos, sino indisociables, no es la herencia solo una forma de disposición atemporal de los bienes, es también una limitación natural; su regulación a favor de los herederos forzosos se basa en normas de orden público. La herencia es usada como herramienta para mantener la estabilidad económica de los miembros más cercanos a las familias. A pesar de que en otros países exista una libertad irrestricta de testar, siempre está subordinada a la defensa de la familia, o bien con una pensión alimenticia o un usufructo vitalicio y poderoso a favor del cónyuge o conviviente sobreviviente.

**Cuarto.** - En el Perú se discute si puede existir una variación en el *quantum* de la legítima entendiendo que no se puede dejar desamparado a los miembros más cercanos con los que seguramente el causante compartió gran cantidad de tiempo de su vida. Por mi parte creo que esta medida no puede ser viable por el momento. En los países en donde la legítima es porcentualmente menor, las familias nucleares tienen un ingreso más alto que el peruano. Y en los países en donde hay una libertad de testar, existe un fuerte compromiso familiar y generalmente están acostumbrados a dejar pensiones alimenticias como en Inglaterra o México, a pesar de que no se exige una pensión, a menos que los miembros sobrevivientes no se puedan valer por sus propios medios y teniendo en cuenta que la obligación debe cumplirla los parientes más cercanos vivos. Por otro lado, en el Perú, las personas prefieren no dejar testamento porque esperan dejárselo todo a sus hijos, un ejemplo claro de que la intención dispositiva de los bienes supera a lo normado que busca darle una cierta libertad al causante. La realidad es que los lazos

familiares y el principio de solidaridad intergeneracional prevalecen al fenecimiento del causante.

**Quinto.** - Puede parecer injusta esta limitación al causante, pero debe entenderse que la familia en el Perú es una institución fundamental. La legítima es una herramienta en la sucesión para que se vean favorecido los hijos, nietos, cónyuge, conviviente, *paters* o abuelos. Solo mientras se vean salvaguardados los principios de solidaridad generacional, cuidado y protección de la familia, la pensión de alimentos a favor de los *paters* y demás ascendientes podrá proponerse una libre disposición de los bienes.



## Referencias

- Aguilar, B. (Diciembre de 2017). Legítima ¿Pars Hereditatis o pars bonorum? *Ius Et Veritas*(55), 224-235. <https://doi.org/10.18800>
- Alvendaño, J. (1994). El Derecho de Propiedad en la Constitución. *Themis, Revista de Derecho*(30),117-122.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11406>
- Anderson, M. (2006). Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. *Anuario de Derecho Civil*, 59(3), 1243-1282. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2246583>
- Andina. (15 de Enero de 2025). *Ingreso mensual aumento 6.6% en Lima durante el 2024*. Retrieved 10 de Octubre de 2023, from ANDINA.PE: <https://andina.pe/agencia/noticia-ingreso-mensual-aumento-66-lima-durante-2024-1015011.aspx>
- Barrio, A. (2018). La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. UNLP*, 15(48), 103-124.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7018213>
- Castán, J. (1995). La familia en el Derecho Constitucional Comparado. *Ius Et Veritas*, 5(10), 107-111. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15480>
- Castán, S. (Octubre de 2013). Reflexiones sobre el origen de las Sucesiones en Roma. El Testamentum Calatis Comitibus y su relación con la Sucesión Intestada. *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*(11), 206-286.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/issue/view/1330>
- Castillo, L. (Mayo de 2006). El Derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo. *Normas legales: análisis jurídico: doctrina, jurisprudencia, consultas, documentos*, 2(360), 165-180. <https://hdl.handle.net/11042/1907>
- Cayro, R. (2012). La protección constitucional de la Sociedad Conyugal en el tránsito de la familia institución a la familia comunidad. En C. S. República, *Libro de especialización en derecho de familia* (pp. 131-147). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/96e584804e4d410f8601ff294bc3482d/Libro+de+especializaci%C3%B3n+en+derecho+de+familia.pdf?MOD=AJPERES>
- Celaya, A. (2010). Nuestra Libertad de testar. *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*(19), 7-16. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329486>
- Centeno, E. M. (Diciembre de 2019). La donación entre vivos y el desplazamiento del testamento. *Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 4(2), 142-152. <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/issue/view/6>
- Codina, M. (2011). *La legítima y su significación actual*. Barcelona, España: Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=119808>
- De la Fuente, R. (2014). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano. En C. Fernández Sessarego, Y. Vega Mere, F.

- Osterling Parodi, & M. Castillo Freyre, *Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica* (pp. 689-700). Lima, Perú: Gaceta Jurídica. <https://hdl.handle.net/11042/2062>
- De la Fuente, R. (2015). La Propiedad Privada desde la ética de la ley natural: naturaleza y límites del derecho de propiedad. (A. Miranda, & S. Contreras, Edits.) *Problemas en el Derecho Natrual*, 499-520. <https://hdl.handle.net/11042/2467>
- Estrada Flores, I. (2015). *Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional (Las legítimas alimentarias en el Derecho Comparado)*. Lérida, Cataluña, España: Tesis Doctoral, Universidad de Lérida. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/301769/Ticeflde1.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Fernández, C. (1994). Breves apuntes sobre la colación en la legislación peruana. *Themis: Revista de derecho* (30), 109-115. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11405>
- Fernández, C. (2019). *Derecho de Sucesiones*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández, J. (2015). El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco. En P. V. País, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros* (pp. 423-454). Bilbao, España: Parlamento Vasco. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5403803>
- Ferrero, A. (2012). *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Sétima ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ferrero, A. (2020). Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite. En M. Muro Rojo, & M. A. Torres Carrasco, *Código Civil comentado* (pp. 259-264). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ferrero, A. (2020). Título II: Sucesiones de los descendientes, Igualdad de derechos sucesorios de los hijos. En M. Muro Rojo, & M. A. Torres Carrasco, *Código Civil comentado* (pp. 469-471). Lima: Gaceta Jurídica.
- García, A. & Estrada, I. d. (2018). El derecho Sucesorio Mexicano. *Revista de Derecho Notarial Mexicano: Jornada Notarial Iberoamericana*(128), 87-181. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/34600>
- García, J. (2019). *Péru: Tipos y ciclos de vida de los hogares*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib0870/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0870/libro.pdf)
- García-Bernardo, A. (2006). *La legítima en el Código Civil* (Segunda ed.). Madrid, España: Colegio Notariales de España.
- Gestión, R. (16 de Diciembre de 2012). *Un 59% de peruanos vive en casa propia completamente pagada*. Gestión.pe Web site: <https://gestion.pe/tu->

dinero/inmobiliarias/59-peruanos-vive-casa-propia-completamente-pagada-26974-noticia/

- Gómez, J. (2007). *Derecho de Sucesiones*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- González, R. (15 de mayo de 2012). *Precedentes romanos de la regulación de las legítimas en el Código Civil Español y en la vigente Compilación de Derecho Civil de Galicia*. Vigo, España: Tesis Doctoral, Universidad de Vigo. <http://hdl.handle.net/11093/451>
- Hilario, M. (2019). *La legítima en el derecho civil español*. Provincia de Castellón, España: Tesis doctoral, Universidad Jaime I. <https://www.tdx.cat/handle/10803/666636>
- Hinostroza, A. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Lima, Perú: Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A.
- INEI. (21 de junio de 2019). *En el 2021 año del Bicentenario de la Independencia el Perú contará con una población de 33 millones 35 mil 304 habitantes*. INEI Web site: <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-2021-ano-del-bicentenario-de-la-independencia-el-peru-contara-con-una-poblacion-de-33-millones-35-mil-304-habitantes-11624/#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%202021%2C%20el,sobre%20la%20base%20de%20los>
- Jarrín de Peñaloza, L. (2019). *Derecho de Alimentos*. Lima, Perú: Tribunal Constitucional del Perú.
- Lepin, C. (2014). The New Principles of Family Law. *Revista Chilena de Derecho Privado*(23), 9-55. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722014000200001](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001)
- Lohmann Luca de Tena, G. (1995). ¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 de Código Civil). *Ius Et Veritas*, 5(10), 31-49. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15474>
- Lohmann, G. (2020). Pensión de alimentos con cargo a la porción disponible. En M. Muro Rojo, & M. A. Torres Carrasco, *Código Civil comentado, tomo IV* (pp. 253-255). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Polo, E. (2013). Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*(10), 331-376. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4451197>
- Quinteros, F. (1954). *La transmisión mortis causa y la responsabilidad del heredero*. Buenos Aires, Argentina: Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- Quispe, D. (2002). El Derecho de Familia en el Tercer Milenio. *Derecho y Sociedad*(19), 27-34. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17231>
- Robles, K. (2019). *Principio de intangibilidad cualitativa de la legítima : Excepciones*. Madrid, España: Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/10963>

- Rodríguez, M. & Vidal Figueroa, C. (Octubre de 2015). Solidaridad Intergeneracional: jóvenes y adultos mayores en estrecha colaboración. *Prospectiva Revista de Trabajo Social e Investigación Social*(20), 261-278. <https://doi.org/10.25100>
- Santisteban, S. (2023). Fundamento de la Legítima: De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales. *InDret: Revista para el análisis del derecho*(3), 396-429. <https://indret.com/fundamento-de-la-legitima-de-la-solidaridad-patrimonial-a-la-solidaridad-en-los-cuidados-personales/>
- Vaquer, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret: Revista para el análisis del derecho*(3), 1-25. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/78954>
- Vaquer, A. (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*(4), 1-28. <https://indret.com/acerca-del-fundamento-de-la-legitima/>

