

### FACULTAD DE DERECHO

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

***“RESTRICCIONES A LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL TESTADOR”***

#### Presentado por la bachiller en Derecho:

Cécili Scarlet Zavala Checa

#### Asesor:

Mag. Mariella Rocío Salas Becerra

**Para obtener el Título Profesional de Abogada**

### AREQUIPA – PERÚ

#### 2023

Dirección de Investigación

**Formato 13**

**Verificación de Integridad y Originalidad de Contenidos**

**Información del Titulando**

Apellidos y nombres del titulando: ZAVALA CHECA CECILI Carrera profesional: DERECHO

Título del borrador del trabajo conducente al título profesional: RESTRICCIONES A LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL TESTADOR

**Evaluación de integridad y originalidad de contenidos vía aplicación del *Turnitin* de acuerdo a los rangos establecidos**

El trabajo de tesis, en cuestión, fue analizado por el software ***Turnitin*** con la finalidad de analizar el grado de originalidad de la investigación. Al concluir la etapa de procesamiento, el programa generó un reporte que demuestra que el índice de similaridad de la tesis con respecto a otros trabajos es de 10%. Este resultado está dentro del rango máximo de similitud permitido por la institución, que según reglamento publicado en transparencia debe ser como máximo un 25%.

Se anexa el reporte generado por el software.

Adjuntar un ejemplar de la constancia de la verificación Turnitin, entregarla al Decanato

Fecha: 28 DE AGOSTO DE 2023

Firma del dictaminador 1: Firma del dictaminador 2:

*Dedicado a todas las personas que me motivaron y apoyaron mientras realizaba esta investigación, en especial a mis padres y abuelos por su paciencia y amor incondicional.*

2

### ÍNDICE GENERAL

Resumen. 6

Abstract 7

Capítulo I: Planteamiento del Problema .............................................................

8 Planteamiento del Problema ..............................................................................

9 Preguntas de Investigación ..............................................................................

11 1.1. Pregunta principal...................................................................................

11 1.2. Preguntas específicas ............................................................................

1. Hipótesis...........................................................................................................
2. Objetivos ..........................................................................................................

12

* 1. [Objetivo general. 12](#_TOC_250002)
	2. [Objetivos específicos. 12](#_TOC_250001)

[Justificación. 12](#_TOC_250000)

Capítulo II: Desarrollo de la Investigación ........................................................

15 1. Introducción...............................................................................................

16 2. Desarrollo de la investigación ...................................................................

17 2.1. Antecedentes de la investigación ..........................................................

17 2.2. El derecho sucesorio .............................................................................

20 2.3. Testamento............................................................................................

26 2.4. Libertad de testar...................................................................................

36 2.5. Legítima.................................................................................................

40 2.6. Derecho de propiedad ...........................................................................

44 2.7. Derecho comparado ..............................................................................

57 3. Resultados y discusión..............................................................................

61 3.1. Matriz de datos ......................................................................................

61 3.2. Entrevistas .............................................................................................

69 4. Conclusiones.............................................................................................

77

3

5. Sugerencias 79

Capítulo III: Marco Operativo. 80

1. Tipo 81
2. Nivel 81

Diseño Metodológico. 81

1. Técnica. 81
2. Instrumentos. 82
3. Estrategia metodológica. 82

Referencias 84

Anexos 87

4

### ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 24

Tabla 2 61

### ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. 62

Gráfico 2. 63

Gráfico 3. 64

Gráfico 4. 65

Gráfico 5. 66

Gráfico 6. 67

Gráfico 7. 68

5

### RESUMEN

El derecho sucesorio nacional, tiende a desarrollar su análisis específicamente en la protección del derecho del *heredero*, tal es así que, se ha determinado un *quantum* específico respecto de la libre disposición de bienes del testador e incluso existen algunas referencias dogmáticas que consideran a este derecho como uno de trascendencia absoluta, es por ello que, el propósito del trabajo de investigación, radicó en analizar el fundamento jurídico de la libertad de disposición del testador, efectuando un estudio dogmático comparado y la aplicación práctica de dicha institución. La investigación estuvo determinada por el estudio de ínfima libertad del testador para disponer de sus propios bienes en contraposición con el derecho de sus herederos y finalmente, haciendo un contraste con el derecho de propiedad.

### PALABRAS CLAVE:

* Libertad testamentaria.
* Testador.
* Heredero.
* Legítima.
* Propiedad.

6

### ABSTRACT

National inheritance law tends to develop its analysis specifically in the protection of the right of the heir, so much so that a specific quantum has been determined regarding the free disposal of the testator's assets and there are even some dogmatic references that consider this right as one of absolute significance, That´s why the purpose of the research work was to analyze the legal basis of the testator's freedom of disposition, carrying out a comparative dogmatic study and the practical application of said institution. The investigation was determined by the study of the testator's minimal freedom to dispose of his own assets in contrast to the right of his heirs and finally, making a contrast with the right of property.

### KEYWORDS

* Testamentary freedom
* Testator
* Hereditary
* Legitimate
* Property

7

# CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

8

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### ¿Existe un equilibrio entre la libre disposición de bienes del testador y el derecho de suceder de sus herederos?

En primer lugar, es preciso señalar que las instituciones que limitan la libertad testamentaria no son novedosas, sino que han tenido un amplio desarrollo a través de los legisladores y juristas de épocas anteriores, tal como se puede apreciar haciendo un seguimiento histórico de la «legítima» —como parte del cuerpo normativo peruano—, pues en el Código Civil del 1852, recogía que la legítima comprendía un quinto o los dos tercios de la herencia,

—dependiendo de la concurrencia de los herederos—, teniendo una variación en el Código Civil de 1936, que se mantuvo hasta el Código de 1984, determinándose que correspondía a la legítima, dos tercios o la mitad de la masa hereditaria.

Habiéndose señalado someramente que la libertad del testador ha sido limitada desde hace bastante tiempo, es menester cuestionarnos sobre los fundamentos argüidos para impedir la libre disposición del testador; a la luz de la doctrina esto pareciera que no fuese un problema, sino una «solución de freno» a la voluntad del causante, quien en buena cuenta se encuentra obligado a suceder a sus herederos forzosos, independientemente del contexto relacional que vengan sobrellevando.

Por lo tanto, si el testador mientras este viviere no invoque ninguna causal de desheredación estipulada en el artículo 744 de nuestro Código Civil, o alguna causal de indignación, la ley se aplicará taxativamente. Tal y como explica Fernández (2019): “En ninguna de las dos instituciones la exclusión opera de oficio porque ninguna de ellas deriva de normas de orden público sino de derecho facultativo, y están libradas en última instancia a la voluntad de quien corresponda ejercitarlas.” (p. 71), en esta línea de ideas, si bien el testador puede tener o no razones para no disponer de sus bienes frente a uno de sus herederos, si este no lo invoca en vida, antes de hacer su testamento, la misma no surtirá efecto.

Esto en si no convendría un problema, pero en la práctica, como se

demostrará a lo largo de esta investigación, estos procedimientos se han convertido en una especie de óbice para aquella persona que desea realizar un

9

testamento, pues puede ocurrir por nulo desconocimiento de la norma o del procedimiento, así como el desinterés de convenir solo un tercio de sus bienes a los fines que el mismo criteriosamente optase, sin posibilidad de aumentar esta disponibilidad, salvo no tenga descendientes, cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho, pues en tal caso de haber padres estos podrán requerir se respete una legítima comprendida por la mitad de los bienes del testador.

La legislación peruana estableció una restricción a la libre capacidad de la persona propietaria de bienes que desea realizar su testamento; pues los tercios de todos esos bienes de los que es propietario deben ser dejados para sus familiares más cercanos (herederos forzosos). Pese a que existe un gran número de abogados, notarios y juristas de acuerdo a la flexibilización de esta regla, actualmente la norma no ha sido modificada desde su nacimiento en 1984.

El hecho concreto que será objeto de estudio en la presente investigación comprende las limitaciones existentes en nuestra normatividad en relación a la libre disposición de bienes del testador, y aquello en buena cuenta determinado por el *quantum* destinado a los herederos forzosos, y las repercusiones existentes al momento la disposición patrimonial por parte del testador.

Uno de los factores que ha contribuido a la actual redacción de nuestro Código Civil, y en específico, del art. 723 del Código Civil, es la considerable influencia de ordenamientos civiles extranjeros, principalmente de las normatividades afiladas al sistema del Civil Law, donde se prioriza el patrimonio hereditario como un baluarte de protección familiar, sin embargo, aquella tradición jurídica ha variado considerablemente en el decurso de las décadas.

Pues, como lo ha señalado De la Fuente (2014) desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, se han dado grandes cambios sociales motivados principalmente por los grandes avances tecnológicos, por la presencia activa de la mujer en el mundo laboral, las nuevas formas de organización familiar, como es el caso de las familias monoparentales, donde se distribuyen los roles de

cada integrante, las frecuentes rupturas familiares, con la plaga del divorcio que prácticamente ha destruido el matrimonio, y, por último, otro dato importante es el aumento de esperanza de vida notoriamente más elevada que a comienzos del siglo pasado, centrándose en una edad que oscila entre los 75 u 80 años, incluso algunas personas llegan a ser más longevas. (p. 89-700)

10

La problemática que hoy se presenta se manifiesta a través de las restricciones que detalla nuestra normatividad en cuanto a la libre disposición de bienes del testador, y su incidencia en el derecho de propiedad, es sabido que en países foráneos la libertad de determinación de los bienes del testador tiene en gran medida un margen mayor al de la legítima de los herederos, y es que en buena cuenta, nuestro Código Civil ha seguido una tradición en la cual se privilegia la masa hereditaria antes que el contenido estricto del derecho de propiedad, que si bien no es de orden absoluto, merece también un reconocimiento idóneo.

El objeto de investigación es de considerable relevancia pues es un tema de actualidad, y más aún si tomamos en cuenta el contexto de pandemia que elevó el número de muertes por la enfermedad; lo que, lo que provocó la voluntad de testar con mayor incidencia, pues de acuerdo a datos del Sistema Nacional de Defunciones (SINADEF), de las 180 752 muertes registradas entre el 1/3/2020, al 22/5/2021 por COVID-19, un total de 156,692 personas oscilaban entre la edad de 50 años a más (Gonzales, 2022, p. 112, tabla 4), siendo este el rango de edad cuando la persona decide realizar o no su testamento.

### PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

* 1. **PREGUNTA PRINCIPAL**
		+ ¿Es adecuada la limitación dispositiva al derecho de propiedad del testador sobre sus bienes, para garantizar que los dos tercios de estos sean para sus herederos forzosos?

### PREGUNTAS ESPECÍFICAS

* + - ¿Cuáles son los límites y alcances del derecho a testar frente al derecho de propiedad?
		- ¿Cuál es el principal fundamento dogmático jurídico que sostiene la

legítima?

* + - ¿Cúal es el tratamiento positivo jurídico de la legítima?
		- ¿Existe proporcionalidad entre los dos tercios de la legítima y el tercio de libre disposición?

11

### HIPÓTESIS

«***Dado que*** la legislación peruana establece un quantum de legítima menor al de la libre disposición del propietario a solo un tercio de sus bienes cuando realiza su testamento, ***es probable que*** si dicho límite no contiene sustento de proporcionalidad entre la legítima y la libre disposición, entonces, se podría estar restringiendo la voluntad del titular de la propiedad en general.

### OBJETIVOS

### OBJETIVO GENERAL

**A.** Evaluar si es adecuado que el testador sólo pueda disponer libremente de un tercio de sus bienes y entregar obligatoriamente los dos tercios sobrantes a sus herederos forzosos.

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Determinar los límites y alcances del derecho a testar frente al derecho de propiedad.
2. Identificar el principal fundamento dogmático jurídico que sostiene la legitima.
3. Determinar el tratamiento positivo jurídico de la legitima.
4. Analizar los limites doctrinales de la legítima.
5. Delimitar si existe proporcionalidad entre los dos tercios de la legítima y el tercio de libre disposición.

### JUSTIFICACIÓN

Una vez planteado el problema, podemos sostener que la voluntad del legislador se encuentra orientada en resguardar la mayor parte de la masa

hereditaria del testador, advirtiéndose la existencia de una predisposición en favor del heredero —quien necesariamente podrá obtener parte de las ganancias generadas en vida por el testador—, mientras que por otro lado presenta una clara limitación al momento de realizar el testamento, pues este solo podrá comprender la masa disponible, —un tercio de su patrimonio—, viéndose así infringido su derecho de propiedad con respecto a la distribución libre de sus bienes. Al respecto, cabe precisar que el presente trabajo de investigación no

12

pretende eliminar la legítima, ni tampoco de desproteger al heredero y desconocer su derecho de percibir el patrimonio del testador, sino de encontrar el equilibrio entre el derecho de propiedad, en estricto la libre disposición del patrimonio, y el derecho de sucesión, en estricto la capacidad pasiva de poder percibir herencia.

Es así que, la relevancia jurídica del presente trabajo de investigación es la detección y el análisis de los límites normativos que existen sobre la libertad de disposición del testador al momento de distribuir sus bienes; pues desde la perspectiva de la investigación realizada, se ha sobreprotegido al heredero por encima de los derechos del testador, pese a que el objeto del testamento son los bienes de este segundo nombrado; es decir, el heredero tiene más derechos sobre los bienes del testador, que el mismo testador. En atención a esta premisa, la investigación estará orientada a detectar los limites previstos en la norma y su incidencia en el derecho del testador como propietario de los bienes.

El testamento es un instrumento mediante el cual la persona manifiesta su voluntad, y es con el fallecimiento del testador cuando esta se convierte en su última voluntad; por ello, el ordenamiento jurídico debe prever el cumplimiento de tal decisión y no, por el contrario, contradecirla o limitarla dentro de un marco legal que no le es beneficioso.

La relevancia social de la investigación radica en fomentar una cultura testamentaria en la sociedad peruana, esto es, que al menos una gran parte de la población, tome conocimiento acerca del funcionamiento de las instituciones

sucesorias, en buena cuenta, esto coadyuvará a que los testamentos se realicen de manera idónea, respetando las proporciones brindadas por nuestra normativa.

Finalmente, la relevancia contemporánea se encuentra en que el tema sucesorio ha cobrado importancia debido a la pandemia mundial que viene aquejando a la sociedad. Por desgracia, la mayoría de las personas que fallecieron no dejaron un testamento donde dispongan la voluntad de distribución que tuvieron en días; pues hasta el mes de setiembre, según datos de la SUNARP (2021), se ha evidenciado 125 361 trámites de sucesiones intestadas, siendo Arequipa la segunda con mayor número de estos trámites, habiéndose registrado el número de 9960 trámites hasta ese mes.

13

14

# CAPÍTULO II: DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

15

### INTRODUCCIÓN

La libertad para testar, además de un derecho, es una facultad que toda persona con capacidad ostenta, esto quiere decir, que el testamento es propio de aquella persona mayor de dieciocho años, incluyendo a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con independencia del apoyo estos puedan necesitar para manifestar su voluntad, sin embargo, mediante la presente investigación evidenciaremos que, pese a tener esta libertad las personas, por alguna o varias razones no es común que se realicen testamentos, siendo un acto trascendental en sociedades desarrolladas; en ese sentido observaremos que las razones que dan origen al problema tratado, recaen en la sobreprotección de la institución de la legítima.

Ahora bien, pese a tener reconocimiento constitucional y normativo la libertad para testar encuentra un límite en el derecho a suceder de los herederos, esto,

en teoría, debe crear un equilibrio entre la libre disposición de los bienes por parte del testador, es decir de los elementos propios del derecho de propiedad, y el derecho de percibir el patrimonio de los «herederos forzosos»; equilibrio que desde la perspectiva de la investigación no existe, pues el ordenamiento jurídico se ha inclinado por sobreproteger al heredero o herederos legitimarios, y con esto reivindicar la autonomía de la voluntad del testador.

La presente investigación buscará revelar la realidad jurídica del desequilibrio que persiste en nuestros días sobre la limitada libertad que tiene el testador de disponer de sus bienes en comparación con la masa hereditaria protegida por la legítima, así también, buscará resaltar una medida de solución a fin de terminar con este desequilibrio y recobrar la estabilidad entre el derecho de propiedad del testador en relación a sus bienes y el derecho de sucesión de los herederos de primer orden. En esta línea de ideas, no se pretende realizar un menosprecio o minimización significativa de la legítima, sino que, se busca que la misma no sobreestime un derecho por encima de otro de igual valor como el derecho de propiedad, pues esto ocasiona que el testamento como acto no se realice con frecuencia por la ínfima o mermada libertad de disposición patrimonial que tiene el testador.

En esta línea de ideas, si bien instituciones como la legítima, son derechos que representan la protección jurídica de la familia y sus derechos sucesorios,

16

estos a la vez son correlativos como habíamos mencionado al derecho de propiedad, siendo que dentro de una fórmula simple, mientras más masa hereditaria grave la legítima, mayor será su afectación al derecho de propiedad del causante, con esto tenemos el hecho materia de la investigación: ¿Cuál es la relación que guarda la propiedad del testador con la legítima?.

Otro aspecto de suma relevancia a tocar, es la tratativa actual de la legítima en el contexto peruano, recordemos que, ante la injerencia de la globalización, nuevos sistemas financieros, inversiones privadas, y sobre todo el aumento de la población, ha ocasionado que los bienes patrimoniales como por ejemplo una casa, sean más difíciles de conseguir, frente a esa realidad la norma se ha ido adaptando a lo largo de la historia del derecho sucesorio peruano.

Finalmente, es necesario resaltar que los ordenamientos jurídicos mundiales,

no han uniformizado cuan proporcional debería ser la legítima respecto del caudal de libre disposición del testador, esto nos conlleva a investigar las diferentes fuentes información jurídica internacional con relación a este tema, para poder darnos una visión general del asunto, y de esa manera realizar un propuesta conforme a derecho nacional e internacional, recabando sus fundamentos e intentando uniformizarlos en el contexto social peruano, a fin de poder convertir a la realización del testamento en una práctica común y no excepcional.

1. **DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**
	1. **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

**LIBERTAD DE TESTAR, LEGÍTIMA Y SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL (2015)**

**AUTOR: ISIS DEL CARMEN ESTRADA FLORES**

El derecho de sucesiones y, en particular, la institución de la legítima, en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, son ejemplos legislativos del proceso de búsqueda del equilibrio entre la libertad de testar y la solidaridad intergeneracional la cual se presenta como el fundamento de la sucesión familiar.

En nuestros tiempos, todavía prevalece el debate acerca de la libertad del testador y la libertad que tiene éste para disponer por última vez de sus bienes, sin embargo, todos concluyen con la idea de realizar reformas jurídicas con la

17

finalidad de beneficiar a todos los integrantes que merecen o son dignos, jurídicamente hablando, de percibir parte de la masa hereditaria repartido en el testamento sin dejar de lado la voluntad del testador, teniendo que existir un equilibrio entre estas dos. Al final y cabo el derecho de familia no puede ser desequilibrado y sobreproteger con normas a solo un integrante de la familia, sino que debe buscar proteger a todos los integrantes, por lo menos, crear una garantía de las necesidades de determinadas personas vía un derecho de alimentos, una protección a todos los integrantes de los diferentes tipos de familia.

### LIBERTAD DE TESTAR Y CONDICIONES TESTAMENTARIAS (2015) AUTOR: ANTONI VAQUER ALOY

La libertad de testar se considera un principio fundamental del Derecho de Sucesiones moderno. Dicha libertad a priori parecería solo contemplar el hecho de otorgar un testamento, sin embargo, por el desarrollo de la doctrina nos hemos dado cuenta que esta libertad conlleva más que sólo la capacidad de otorgar testamento, sino también, la capacidad de distribuir a voluntad los bienes materia de la masa hereditaria, así como también establecer ciertas condiciones para la parte de la herencia de absoluta disposición del testador.

Sin embargo, esta libertad del testador puede afectar la libertad y otros derechos fundamentales de los sucesores. Este artículo mediante el uso del método de comparación nos mostró el panorama español que se vive acerca de la concepción de la libertad para testar, en especial, las que afectan a sus libertades, y en segundo lugar las que conciernen al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Por ello el artículo detalla la condición de principio fundamental de la libertad testamentaria dentro del Derecho Sucesorio, desde la perspectiva del derecho español, comprendiendo la misma a los territorios autónomos del País Vasco, en donde cada Municipio ha adoptado una percepción distinta de la libertad testamentaria, pues en comparación con otras regiones esta capacidad tiene en mayor o menor grado porcentual de libre disposición, llegando a ser en algunos lugares como Ayala una disposición absoluta de los bienes, caso contrario del Municipio de Vizcaya, donde la legítima, comprende hasta los 4/5 de la herencia,

18

pero de libre repartición por parte del testador hacia los herederos forzosos. Cabe resaltar que el autor resalta que el fundamento doctrinario a estas discrepancias trata sobre que la función de designar sucesores no se realiza mediante el imperio de la ley, sino a través de la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar.

**LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROPUESTA DE**

**NORMAS ADECUADAS PARA AMPLIARLA Y PARA SER LEGITIMARIO (2020)**

**AUTOR: LUIS PUERTAS MEDINA**

Esta tesis tuvo por finalidad, el análisis de la información legislativa, jurisprudencial y doctrinal, concerniente al proceso evolutivo sobre el grado de libertad de otorgar testamento y disposición de los bienes contenidos en el testamento que ha existido desde el Derecho Romano hasta la actualidad, concluyendo en posibles soluciones equitativas a fin de salvaguardar ambos derechos por igual. Para ello, en primer lugar, la tesis empieza por el nivel de libertad de testar que ha existido desde el primitivo Derecho Romano hasta la época de 1889 y, en segundo lugar, desde ésta hasta nuestros días conforme al Derecho Español vigente.

### ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS LÍMITES JURÍDICOS EN LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL COMMON LAW (2017)

**AUTOR: MOLER BELÓN, KATHERINE MARÍA**

La finalidad de este estudio es analizar la disposición de los bienes del testador al momento de testar, entre las familias del Civil Law y el Common Law. Pues, la autora precisa que el Código Civil Peruano que forma parte del sistema jurídico del Civil Law, ha sometido su fundamento a la teoría que prima en la mayoría de legislaciones la cual sostiene una limitación que restringe la libre disposición del testador sobre sus bienes, en pro de sus herederos, obligándolo a destinar los 2/3 de su masa hereditaria a favor de sus herederos forzosos, y caso estos solo fueran ascendientes el 50% de la masa hereditaria, pues en parangón los ordenamientos jurídicos propios del sistema jurídico del Common Law, han establecido sistemas de libertad testamentaria absoluta, siendo así

19

que, el testador puede disponer absolutamente de todos los bienes pertenecientes a la masa hereditaria, sin tener que restringir sus voluntad forzosamente a repartir parte sus bienes a sus descendientes, ascendentes, cónyuge o la sobreviviente de la unión de hecho; es por ello que esta investigación analizó solo el estudio de la legítima y su contraparte, la porción

de libre disposición, a fin de reducir el objeto de estudio y poder estudiarlo más a fondo.

### ANÁLISIS DE LOS LÍMITES JURÍDICOS A LA LIBRE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA (2020)

**AUTOR: DIEGO ALONSO CARRASCO LEÓN**

Este trabajo de investigación tuvo como finalidad analizar cuáles son las limitaciones existentes en la actualidad sobre la libre disposición patrimonial que tiene el testador al momento de realizar su testamento, también ahonda acerca sobre la contraposición con el derecho a heredar de los llamados por la doctrina jurisprudencial peruana como herederos forzosos. Por otro lado, desarrolla cuales son los beneficios que conlleva limitar la libertad del testador y así también en contraparte, los aspectos negativos del mismo, llegando a concluir que se debe limitar, y de ser posible eliminar la figura de la legítima al ser el derecho a la libertad reconocido como un derecho constitucional, en contraposición del derecho del heredero que tan sólo nace de la tradición.

### EL DERECHO SUCESORIO

El Derecho Sucesorio, y en especial el derecho de testar libremente, tienen un origen muy remoto, teniendo como antecedente principal de nuestro sistema al Derecho Romano, pues en aquellos tiempos el testador podía disponer como quisiese del cien por cierto de masa hereditaria; pero, posteriormente en la Etapa Republicana a partir del Derecho de Justiniano tal derecho fue limitado en el sentido de no desheredar al heredero legitimo sin justificación, siendo así que se concluye con la libre disposición absoluta de la masa hereditaria por parte del testador, siendo una regla que regía incluso para aquellos herederos que obtenían una menospreciante parte de la masa hereditaria.

Conjuntamente con esta restricción Justiniano limita la masa hereditaria de libre disposición por parte del testador a sólo poder disponer de las 2/3 partes en

20

caso de tener hasta cuatro hijos, y si el número de hijos superaba los cuatro este solo podía disponer de la mitad de su masa hereditaria.

En Roma la sucesión intestada, al igual que en nuestros tiempos, ocurría cuando el páter no dejaba testamento, cuando decaía en nulo o el mismo no podía ser recibido por los herederos del mismo, la misma tenía los efectos propios de la época, el heredero sucedía en la posición del páter, siendo que en algunos casos no era ni siquiera necesario la aceptación de la misma, sino se realizaba de manera automática.

Cabe precisar que, Da Silva (2013) nos dice:

“La transmisión *mortis causa* estaba vinculada con la *religión*, junto con las nociones de *familia* y *propiedad*. Los bienes pasaban al heredero, como consecuencia natural de la continuidad del culto. Mientras eran un atributo de la comunidad doméstica, la sucesión fue solo legal.” **(la traducción es nuestra)**

En el Perú el Derecho Sucesorio no fue ajeno a las normas incaicas incipientes, sin embargo, en el Virreinato las tradiciones españolas influyeron dentro a la normatividad especial creada para el territorio sudamericano, en la línea que escribe Paredes (2015):

“En la Época del Virreinato tuvo plena vigencia el derecho español, sin embargo, las circunstancias sociales, económica y geográficas desconocidas para la sociedad española, hizo que los reyes de España dieran nuevas leyes para cubrir aquellas situaciones no previstas, surgiendo de esta forma el Derecho Indiano.” (p. 39)

Es decir, tenemos que las instituciones centenarias como la legítima fueron implantadas por la influencia occidental, las cuales prevalecen en el tiempo.

Consecuentemente la promulgación del Código Civil de 1852 trae consigo el reconocimiento de 3 testamentos que no han desaparecido hasta la fecha, el testamento por Escritura Pública, ológrafo y el testamento cerrado; ahora bien, posteriormente se fueron agregando los testamentos especiales, es decir, los testamentos militares, aéreos, marítimos, consulares.

21

### DEFINICIÓN

Lohmann (1996) define la sucesión mortis causa, “aquella en virtud de la cual una o más personas asumen (ingresan a) las posiciones jurídicas que deja al morir el causante y que sean transmisibles.” (p. 33), en base a esta idea el autor da paso a una definición general de la sucesión, pues el término suceder en una de sus acepciones significa “sustitución de alguien en un lugar o en el desempeño de una función” (DRAE, 2021); esto quiere decir, que a través de la sucesión el heredero, toma el lugar del causante como propietario, con lo que se lleva una trascendencia patrimonial y de derechos sobre la masa hereditaria.

Desde la perspectiva de Pérez (2010) la sucesión se conceptúa como: El medio por el que una persona ocupa en derechos el lugar de otra; es decir, lleva implícita la sustitución de una persona, por cuanto a su titularidad de derechos y obligaciones, por otra que los adquirirá a falta de la primera” (p. 185).

Concepto concordante con la visión de Lohmann, la cual posiciona a la sucesión mortis causa, como la figura de mayor relevancia para el Derecho Sucesorio, pues el Código Civil Peruano (1984), en su artículo 660 se redacta lo siguiente, “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.”, y al heredero como sujeto importante en la relación sucesoria

### CONDICIONES PARA SUCEDER

Para la determinación de las condiciones de sucesión, primero debemos detectar quienes son los elementos que concurren al momento del acto sucesorio, en este sentido tenemos primero al denominado causante, quien proviene del latín “de cujus”, que traducido a la lengua española significa “de quien se trata la sucesión”; por otro lado, tenemos a los sucesores, quienes son aquellas personas llamadas a suceder, ya sea por imperio de la ley o por determinación del causante, entre estos tenemos a los herederos y a los legatarios, y por último tenemos que, como objeto de la sucesión tenemos a la herencia, la cual comprende al conjunto de bienes patrimoniales que ha dejado el causante; cabe precisar que, la misma trae consigo cualquier obligación que hubiese tenido en vida el causante.

22

Ahora bien, una vez identificado a los participantes y objeto de la sucesión podremos determinar las condiciones necesarias para que se lleve a cabo la sucesión:

* La existencia de una persona con capacidad para suceder hasta antes de la muerte del causante.
* Tener capacidad de goce.
* No haber sido declarado indigno.
* No haber sido desheredado.

La existencia de la persona con capacidad para suceder, se entiende como aquella persona nacida, o concebida antes de la muerte del causante; en esta línea de ideas, por un lado, tenemos que el nacimiento de la persona, con condiciones vitales, efectiviza su capacidad de goce, sin embargo, la concepción anterior a la muerte del causante, puede comprender el derecho de sucesión siempre y cuando el concebido naciese con vida.

Acerca de los elementos sobre la indignidad y la desheredación, se precisa solamente que ambas son figuras ejercibles en caso el heredero o legatario haya cometido determinados actos que causen daño al causante o a los herederos de un orden preferente o igual al suyo u otro que pueda tomar el lugar del causante en la sucesión.

En este punto cabe resaltar que el indigno en principio no está impedido de disponer de la herencia, sino que, una vez declarada judicialmente su indignidad, el mismo tendrá que restituir los bienes y frutos procedentes de la masa hereditaria de la cual dispuso.

Por otro lado, la desheredación produce sus efectos sobre los herederos forzosos, y consiste en la privación de la porción legitimaría, debido a haber causado algún agravio al causante, un aspecto importante, que lo diferencia de la figura de la indignidad, es que esta requiere la declaración expresa del testador de forma clara e incuestionable.

La desheredación, como ya se mencionó se declara en contra de los herederos forzosos; quiere decir que las causales sobre las cuales pueden recaer los 3 tipos de herederos forzosos son diferentes, esto quiere decir, que

tanto los descendientes, ascendientes, la cónyuge o superviviente de la unión de hecho, tienen distintas formas de recaer en una conducta proclive a la desheredación.

23

Águila y Capcha (2005, p. 191), diferencian ambas figuras de la siguiente manera:

*Tabla 1*

**DESHEREDACIÓN INDIGNIDAD**

* Requiere la voluntad del

legal.

causante.

* Las causales sueles ser numerosas.
* Solamente se establece en la sucesión testamentaria.
* La acción de desheredación puede realizarla cualquier persona que tenga interés.
	+ Tiene por fuente un dispositivo
* Las causales no son tantas como las de desheredación, aunque algunas veces suelen coincidir.
	+ Se establece en la sucesión testamentaria o intestada.
* La acción de indignidad sólo puede ser ejercida por las llamadas a suceder o en concurrencia con el indigno.

*Nota: Tabla tomada de “ABC DERECHO CIVIL” (2005), autor: Elmer Capcha Vera.*

### TIPOS DE SUCESIÓN

El estado peruano constitucionalmente ha reconocido el derecho de heredar como una libertad de poder transmitir y a ser pasivo de la transmisión de bienes y derechos a través de la herencia; por ello la codificación de las leyes civiles, es decir el Código Civil Peruano (1984), reconoce 2 tipos de transmisión sucesoria: testamentaria e intestada.

En primer lugar, el testamento, en palabras de Zarate (1998) es "aquel acto jurídico personalísimo, unilateral, revocable y solemne por el que una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes y una parte de ellos, así como de otros asuntos no patrimoniales que le conciernen.” (p. 132), ergo este tema será desarrollado a profundidad luego, por el momento tenemos que el testamento como institución es el tipo de sucesión que se realiza de manera expresa y voluntaria, la cual tiene sus propias características, formalidades y tipos del mismo.

Afirma Fernández (2014) que las únicas fuentes del Derecho Sucesorio son el testamento y la ley, “En nuestro ordenamiento legal, el testamento y la ley, vía declaración de herederos, constituyen las dos únicas fuentes del derecho

sucesorio. No son admitidos los pactos sucesorios.” (p. 173)

La contraparte del testamento, es decir la sucesión intestada, en palabras de Fernández (2019) es “la sucesión intestada es una clase de sucesión hereditaria

24

que tiene lugar cuando el causante carece de testamento o este es declarado nulo o caduco.” (p. 26), por lo cual se puede concluir que la sucesión testamentaria es una forma suplementaria de transmisión de la propiedad activable mientras el causante no haya expresado su voluntad dispositiva mediante testamento, o de haberla expresado esta devenga en ineficaz o nula.

### FUNDAMENTO

La justificación del Derecho Sucesorio cómo explicaría Vásquez (2010):

*“Entre los fundamentos del derecho sucesorio se tienen varias tendencias, este derecho encuentra su justificación en la característica de perpetuidad del derecho de propiedad ya que a la muerte de una persona el derecho se halla en la disyuntiva de disponer lo conducente al patrimonio del muerto, a fin de que el patrimonio del autor de la sucesión no quede desprovisto de su titular, es decir a fin de evitar las herencias sin dueño.” (p. 2)*

Por su parte Castán (1956) expresa sobre el fundamento de la sucesión hereditaria:

“no puede separarse del problema de la propiedad, ya que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de perpetuar la propiedad privada más allá de los límites de la vida humana con el objeto de dar estabilidad a la familia.” (p. 42)

En esta línea de idea podemos afirmar que la preservación de la propiedad privada se extiende a través de la familia y se exterioriza con la protección de la economía familiar y su estabilidad.

Ahora bien, se entiende que la fundamentación del Derecho sucesorio, es principalmente la familia y la vinculación que tiene con él o la causante (Castán, 1960, p. 177), la misma no pretende infundir un derecho absoluto de la familia a

suceder, sino de un tratamiento preferencial (Lohmann, 1996, p. 28), pues el Derecho Sucesorio prioriza el derecho de la familia otorgándole una prioridad en el orden sucesorio, y conjuntamente una porción intangible de la disposición del testador.

25

Aproximándonos, a una idea general de la sucesión y su incidencia con la propiedad, tenemos que la sucesión comprende 2 aspectos, el aspecto de suceder y el de ser sucedido, en palabras de Lohmann (1996) el poder trasmitir herencia y el derecho a recibir herencia (p. 23-24). La facultad de transmisión de herencia revela la capacidad de la persona de expresar la voluntad de disposición post mortem de sus bienes patrimoniales, voluntad limitada por el derecho de herencia referente a sus herederos, que si bien es fundada en su derecho el mismo no es perfecto, como anotaría Valverde (1926):

“Es un mal en algunos casos que las personas sepan que han de heredar bienes de fortuna que les permita tener una vida holgada, circunstancia que motiva la dejadez y la falta de trabajo, pero no puede negarse tampoco que este inconveniente se contrarresta con otras ventajas que acarrea la herencia individual.” (p. 6)

Por ende, se entiende que el derecho sucesorio protege no solo el patrimonio sino también el desarrollo de la familia, es decir se presume que el causante o testador pretende sobrecoger su patrimonio luego de su muerte en el seno de su familia superviviente, pues es con estos con los que la relación fue más estrecha además de contar con el lazo sanguíneo que los une.

Constitucionalmente el derecho sucesorio se encuentra inmerso en artículo dos, inciso 16 de la Constitución (1993), “toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia”. Ahora bien, el Código sustantivo Civil (1984), le ha dedicado el libro IV al Derecho Sucesorio, concerniente a 2 modalidades de transmisión de la herencia, la testada y la intestada, además, de las formalidades que a estos acompañan, pues bien, existen entre estas prerrogativas la institución de la legítima, institución que limita la libertad testamentaria, tomando provecho o para sí las dos tercias partes de la misma

en caso concurra descendientes, cónyuge o superviviente de la unión de hecho; y por otro lado la mitad si solo concurren ascendientes.

### TESTAMENTO

El testamento fue una práctica de vital importancia para el romano, como anotaría Torrent (2021):

26

*“Desde luego que el testamento tiene la máxima importancia en la conciencia social de los romanos. Como acto esencialmente unilateral y estrictamente personal en el sentido de que tiene que realizarlo directamente el interesado sin posibilidad de realizarlo por medio de representantes, es un acto jurídico fundamental en la vida de cada ciudadano que sólo adquirirá eficacia a su muerte.” (p. 883)*

Sin duda la voluntad de respetar la última voluntad del hombre en Roma era trascendental, siendo que algunos juristas romanos lo detallaron como el acto de mayor gravedad, entiéndase gravedad como importancia, pues está en un principio no se trataba solo de la trasmisión del patrimonio, sino también de los valores familiares lo que algunos autores determinarían como la sacra familiare, la cual de manera resumida se puede interpretar como los valores y directrices que tenía una familia, es decir, aquellas razones que unen a una familia. Sin embargo, la evolución e intereses de la sociedad romana pronto cambiarían con la llegada de la República, con la cual la sucesión quedó limitada a la simple transmisión patrimonial, ideario que ha llegado hasta la actualidad.

Queda claro entonces, que la sucesión testamentaria, tiene la función de darle la capacidad al cujus de destinar y distribuir su patrimonio como lo crea conveniente, siendo limitado por las obligaciones del causante con los familiares más cercanos de grado consanguíneo.

Entonces, podemos afirmar que en Roma el testamento fue un acto jurídico distinto a los otros actos, teniendo sus propias reglas y formalidades. Acerca de los caracteres estructurales del testamento Torrent (2021, p. 886), agrega que son los siguientes:

* Acto iuris civilis.
* Acto personalísimo.
* Acto formal.
* Acto unilateral.
* Acto mortis causa.
* Acto esencialmente revocable.

Como notamos la influencia romana dentro de la legislación peruana ha sido determinante, por no decir total, pues estos caracteres son los que rigen en la actualidad el acto testamentario en el Perú, ergo, el legislador con la finalidad de adaptar

27

### DEFINICIÓN

Para Messineo (1979) el testamento:

*“Es un acto de disposición patrimonial mortis causa que opera mediante la institución de heredero o la atribución de legado. Puede contener declaraciones de última voluntad no patrimoniales o limitarse a ellas, pero de un contenido admitido por la ley, como reconocer un hijo - extramatrimonial, designar tutor, designar el beneficiario en el seguro de vida.” (p. 72)*

No obstante, además de lo resaltado por el autor, se entiende que el testamento es un acto que conviene la voluntad del testador para distribuir sus bienes obtenidos en vida, a fin que los mismos tengan un destino diferente al que ley, a través de una sucesión testamentaria, podría darle; esto no desvirtúa el hecho que el testador pueda estipular en su testamento el mismo destino que lay le daría, ergo entiéndase que no resultaría como un acto útil.

Para Fernández (2005) el testamento es “un acto jurídico unilateral, porque se perfecciona con la sola declaración de voluntad del testador, La manifestación de voluntad distinta a la del testador in- valida al testamento.” (p.10), esto nos quiere decir que el testamento siempre nace unilateralmente de la voluntad del testador de querer dejar constancia de cómo es quiere que se distribuyan sus bienes; y así pues el Código Francés (1804) en su artículo 968 nos dice que el testamento, “**Es unipersonal** (individual), en el sentido que no se admite el testamento conjunto; no pueden testar dos o más personas mancomunadamente o en el mismo instrumento, ni aun cuando lo hagan en

beneficio recíproco o de los mismos terceros beneficiarios”, por otro lado el Código Italiano (1942) en su artículo 631, dice que, “**Es personalísimo** porque no se puede otorgar, modificar o revocar un testamento mediante representante. El testamento no puede contener más voluntad que la del testador.” Lo mismo que no implica que el testador no pueda hacer un testamento posterior.

Por su lado, Bustamante (2015) menciona que el testamento:

“En la sucesión testamentaria, la vocación hereditaria está referida en primer lugar a la existencia de las personas comprendidas como herederos forzosos, esto es, los hijos y demás descendientes, los padres

28

y demás ascendientes, y el cónyuge o, en su caso, el conviviente supérstite.” (p. 127)

Con esto notamos que en una primera instancia el testador o testador puede requerir asesoramiento a fin que su testamento no decaiga en nulo por cuestiones legales, por otro lado, no se ha contemplado que pasa si el asesoramiento proviene de uno de los herederos, asunto que resulta debatible doctrinalmente.

Messineo (1979), anota una característica más al acto del testamento,

“La revocabilidad es conexa con la libertad testamentaria con la que el legislador asegura al testador la posibilidad de expresar verdaderamente la última voluntad y, por consiguiente, de modificar las propias disposiciones cuantas veces le plazca; el Derecho Romano declaraba ambulatoria la voluntad del difunto hasta el último instante de su vida.” (p.74)

El autor refiere que la voluntad de la persona es plausible de modificaciones conforme se va desarrollando la vida, es en virtud de esta especificación que tradicionalmente se denomina al testamento como “última voluntad del testador”, pues en tal sentido, solo el último testamento valida la voluntad sucesoria de la persona.

Pues esta misma puede cambiar solo hasta el momento de la muerte del

testador, siendo que la última voluntad del testador debe recaer frente a una fuente verificable, y es esta justamente donde radica la importancia del testamento, pues ésta sirve de fuente referencial de la voluntad de la persona testador.

Ahora bien, cabe precisar si el otorgar testamento es un acto propio de la persona natural, o esta capacidad también puede ser llevada hacia las personas jurídicas, en relación a este punto Borda (1976) menciona:

“Por el testamento el testador dispone de sus bienes para después de su muerte. Las personas jurídicas no mueren; se disuelven. Pueden disponer de sus bienes para después de su disolución, conforme a sus estatutos, pero éste será siempre un acto inter vivos y no de última voluntad” (p. 359)

29

Con lo que nos deja más claro el panorama de la capacidad de testar de la persona jurídica, pues lo que quiere decir la cita antes mencionada es que requiere que la persona pueda morir, situación que no sucede con la persona jurídica, pues la misma solo se disuelve y no muere. En esta misma de ideas Torres (2016) indica lo siguiente:

“Las personas jurídicas no tienen derecho de otorgar testamento Se trata de excepciones a la capacidad de goce (art. 3). Estas personas naturales o jurídicas carecen de capacidad testamento. Cuando se tiene el derecho, pero no se puede ejercer por no tener capacidad de obrar, el derecho ejercido por el representante legal del incapaz, hecho que no ocurre con el incapaz para otorgar testamento.” (p. 70)

Lo que el autor refiere que pese a tener capacidad de goce, propio del derecho de las personas, la persona jurídica al no poder manifestar voluntad, esta se ve impedida de hacerla en cualquier circunstancia que esta lo requiera, tal y como lo necesita el testamento.

Respecto de los contextos en los cuales una persona no podría ejercer su capacidad de testar, el artículo 687 del Código Civil Peruano (1984) menciona:

1. Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
2. Los comprendidos en los artículos 43, numerales 6, 7 y 9 (\*)

#### Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto. DEROGADO

En ese sentido Olavarría (2020) acota desde su visión:

“Este precepto ha sido derogado parcialmente por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, en cuanto al inciso 3 que impedía otorgar testamento a las personas que carecen en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento del acto testamentario” (p. 89)

30

### TIPOS DE TESTAMENTO

En la legislación peruana tenemos que las clases de testamento son divididas en 2 grupos: ordinarios y especiales (art. 691 Código Civil <1984>). Al respecto Águila (2020) interpreta que:

“La separación que hace el Código en testamentos ordinarios y especiales se debe a que los primeros suponen condiciones o situaciones favorables, para que la persona tenga el tiempo y la tranquilidad y el sosiego necesario a fin de expresar su última voluntad.” (p. 131)

En el grupo de ordinarios tenemos:

* 1. Escritura pública.
	2. Cerrado.
	3. Ológrafo.

En el grupo de los testamentos especiales, y en circunstancias previstas por el Código tenemos:

1. Militar.
2. Marítimo.

Algo resaltante del Código Civil actual (1984) es que este recoge el testamento militar, hecho que no hacía su predecesor del 1936, pues estaba recogido en el Código de Justicia Militar; de forma opuesta se reconocía el testamento consular, siendo que este no es un tipo de testamento sino un contexto en el cual el cónsul toma las funciones de fedatario o Notario frente a la persona que desea realizar un testamento, siendo este tipo eliminado del Código Civil actual (1984).

Aguilar (2020) acota sobre el testamento privado en el Perú que “perdió vigencia el testamento por escritura privada, y ello debido a la existencia del testamento ológrafo, el cual puede ser otorgado en cualquier tipo de papel con la sola exigencia de que escrito de puño y letra por el testador” (p. 130), siendo que la legislación civil peruana busca no solo que la voluntad sea expresa sino legítima y sobre todo que la misma sea verificable y certera.

Dentro de las formalidades testamentarias tenemos que la misma está vinculada a la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma. En caso el testador sea analfabeto, se agrega la lectura doble del

31

testamento, una por el Notario y otra por el testigo que el mismo testador elija; además, en caso que la persona no sepa o no pueda firmar, se procederá a registrar su huella digital, y si en caso no tuviese la misma, se procede a cualquier otro método de verificación de identidad del testador.

Por otro lado, el Código Civil Peruano establece un contexto, que por su naturaleza no es un tipo de testamento, sino una situación donde se puede dar, con esto menciono al testamento realizado en el extranjero, el cual se realiza frente al agente consular peruano en el país correspondiente, pudiéndose registrar los 3 tipos de testamentos ordinarios, mediante escritura pública, cerrado, u ológrafo; sin embargo, el mismo código en el artículo 722 menciona que son válidos otros tipos de testamentos realizados por peruanos u extranjeros con el requisito que sea compatible con la legislación peruana.

### TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA

Este primer tipo de testamento puede que sea el más fiel y seguro de realizar, pues la misma se realiza con un cúmulo de garantías que efectivizan que en efecto lo descrito en la escritura es voluntad libre del testador, así como que la misma se realiza sobre el mayor fedatario privado que consigna nuestra legislación, es decir frente al notario, o por cuestiones situacionales, quien haga de notario, como en el caso de cónsul, en los testamentos consulares.

En su momento Aguilar (2020) describe:

“El testamento por escritura pública llamado también abierto, nuncupativo que significa a "viva voz", es el que otorga mayor seguridad debido a la presencia del Notario y de los testigos, sin embargo, presenta como riesgo el que la voluntad del testador. conocida por el notario y los testigos, se difunda ante la infidencia de alguno de ellos, lo cual puede resultar nefasto para el testador” (p. 131)

Bien, entonces se entiende que a pesar de ser el tipo de testamento que otorga mayor seguridad jurídica, no es perfecto, y pues, frente a diferentes motivos además de los anotados por el autor, pues se entiende que el testamento es una figura vencible por otro testamento más reciente, además que, de ser única, podría tener vicios presentes, como una inobservancia a

32

alguna formalidad o menosprecio del patrimonio en la parte protegida por la legítima.

### TESTAMENTO CERRADO

Zarate (1999) anota sobre este tipo de testamento:

“En esta clase de documentos podemos distinguir por consiguiente dos documentos, uno de ellos privado que es el llamado pliego interior en el cual el otorgante expresa clara y privadamente su voluntad de testamentaria bajo su firma, y el segundo que le confiere el elemento de la publicidad, que es el sobre cerrado o lacrado sobre el cual se extiende el acta notarial que autentica su otorgamiento y da fe de su recepción por el Notario” (p. 160)

Por ello se entiende que el testamento cerrado no se realiza en una etapa, pues primero se realiza de manera privada, en el pliego interior, explica el autor, donde el testador realiza por escrito la disposición testamentaria de sus bienes, esta misma no es válida por su sola creación, a diferencia que el testamento de escritura, que la misma se efectiviza en cuanto el Notario da fe de su contenido, sino que debe esperar una etapa “revisoría” pues es lleva frente al notario, quien determinara si el testamento es auténtico o es una copia o si la misma no parece tener una manifestación de voluntad verificable o válida.

Por su lado Aguilar (2011) describe esta clase de testamento: “se diferencia de los anteriores en que es otorgado en privado, sin la presencia de Notario la intervención de testigos, pero no obstante su privacidad no deja de ser un acto jurídico solemne en cuanto su validez está supeditada al cumplimiento de formalidades.” (p. 335).

Por un lado, entonces, encontramos que la misma requerirá de una formalidad más rigurosas que el testamento por escritura pública, pues la misma no se encuentra envestida de la seguridad que otorga un Notarial momento de su redacción dejando al albedrío y conocimiento de testador la disposición de sus bienes, siendo que en esos momentos puede ser influido por personas que buscan un beneficio propio.

### TESTAMENTO OLÓGRAFO

Este testamento guarda correlación con los 2 anteriores, sin embargo, tiene una característica que lo distingue de los demás, el cual es que está realizado

33

con puño y letra del testador, es decir, que no cabe duda que de ser comprobada que dicha letra y escritura es la del testador, esta puede ser declarada como su última voluntad y de esta manera efectivizar y darle validez a dicho testamento.

Desde su perspectiva, Ferrero (2012) escribe que “las ventajas de este testamento están reflejadas en la simplicidad para otorgarlo, así como en la reserva y facilidad para revocarlo. No hay testigos que puedan hablar, ni conflictos entre los familiares del causante.” (p. 390), está claro que la formalidad en este testamento recae sobre la verosimilitud de escritura por propia mano, es decir, como en otros aspectos una identificación certera será

suficiente para darle validez al acto, por otro lado, la misma permite que sea rápidamente revocable por otro testamento del mismo estilo, siendo este el testamento que puede revocar de manera indubitable testamentos de otros tipos, quedando como el testamento de mayor efectividad.

Ahora bien, esto significa que el presente testamento debe ser totalmente escrito y ser comprobado judicialmente, para que efectivice los fines pertinentes, esto pretende, dilucidar si tal testamento pese a tener un gran efecto positivo para el testador, también resulta tener una formalidad acorde a su importancia, pues el mismo pasará por 3 fases, su creación, su comprobación judicial y su posterior protocolización en la entidad notarial respectiva. (Palacios, 2020, p. 200)

### TESTAMENTO MILITAR

Ingresando al universo de los testamentos especiales, tenemos en primera línea los testamentos militares, quienes tiene un carácter y contexto muy singular y diferente a otros testamentos ya mencionados, anota Ferrero (2020) “Es el acto jurídico que pueden otorgar determinadas personas en circunstancias especiales. Reemplaza al testamento en escritura pública, y al cerrado. No así al ológrafo que se puede otorgar en cualquier ocasión.” (p. 403), pues, por un lado, esta solo puede ser entregado cuando el militar se encuentre en una localidad donde se haya declarado el estado de guerra, sin importar su ubicación en tiempo real, es decir, si estuviese dentro del cuartel o en la zona bélica, ahora bien, este testamento podría calificarse como una forma de testar subsidiaria, pues a falta de poder realizar un testamento bajo escritura pública o testamento cerrado, por la condición del estado de guerra, la persona se ve limitada a

34

realizar su testamento de emergencia, pues se entiende que en la guerra, la vida de los soldados pasa a un segundo plano, sin embargo, si la persona realizara un testamento ológrafo, este aún gozaría de validez, ya que, como hemos anticipado en los testamentos ológrafos lo único que importa es una verificación grafo técnica de la escritura, ergo resulta improbable que en el contexto bélico dicho testamento pueda ser otorgado de manera factible hacia quien puede ejercer su validez.

Otro gran aspecto de este testamento es que no resguarda la libertad testamentaria de los militares, sino también de los policías, rehenes de guerra, o personas que se encuentren en el contexto bélico, siendo que esto da la posibilidad que dicho testamento pueda ser otorgado por cualquier persona dentro de un estado de guerra, pues anticipa la norma “Las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas” dejando un vacío que todavía no ha sido dilucido concretamente.

### TESTAMENTO MARÍTIMO

El testamento marítimo es otorgado a fin de garantizar la libertad testamentaria de las personas que se encuentre en algún barco de guerra peruano o barco mercante, por su parte, la norma expresa que cualquiera que se encuentre dentro de ellos, tendría la posibilidad de realizarlo, siendo así que no existe controversia sobre este punto, anotando como puntos principales que se deba realizar sobre el oficial que este al mando del buque, o ante a quien este delegue esta facultad y dos testigos, realizándose dos ejemplares.

Este estilo de testamento otorga la capacidad de que un agente consular, en caso el barco arribe primero en el extranjero, se quede con un ejemplar del testamento a fin que este lo remita al Ministerio de Marina, o de ser el caso de un buque de guerra a la Capitanía de Puerto, para ser remitido a la Dirección General de Capitanías, e independientemente de esto, este sea remitido al juez de primera instancia del último domicilio del testador, y en caso sea extranjero uno de los ejemplares llevado el Ministerio de Relaciones exteriores.

### FUNDAMENTO

El fundamento del testamento radica en el respeto de la voluntad de la persona constitucionalmente reconocido, pues la misma demuestra la capacidad de decisión que tiene la persona sobre los bienes que ha obtenido en vida, así

35

como el respeto por su propiedad y la aceptación tácita de la propiedad privada, por su parte Torrent (2021) escribe sobre el fundamento del testamento en Roma: “A mi modo de ver, el fundamento ultimo del testamento descansa en el individualismo de la sociedad romana, y estaba tan extendido que llegó a convertirse en una costumbre repetidísima practicada por todas las clases

sociales.” (p. 884)

De esta forma podemos resaltar 2 hechos, el testamento proviene de la costumbre, pues fue una práctica no creada por el Derecho, sino adoptada y legalizada, y por otro lado el hecho que el testamento está ligado a la voluntad individual y no a la voluntad colectiva, por lo tanto, tenemos que el testamento es el instrumento mediante el cual la persona puede proyectar su voluntad posterior a su muerte.

Zárate (1998) menciona, “la potestad de disponer por testamento aparece posteriormente cuando la propiedad colectiva se transforma en propiedad individual. Surge entonces con una concepción individualista de la sociedad, como la más directa y enérgica afirmación del derecho de propiedad individual.” (p. 130), en esta línea de ideas queda claro que el fundamento de la existencia y legalización del testamento responde a la individualización de la persona dentro de la sociedad, en relación con la continuación y preservación de sus bienes por personas que el elija libremente.

### LIBERTAD DE TESTAR CUESTIONES PREVIAS

En primer lugar, cabe resaltar los aspectos sustanciales de la libertad en general, pues bien, la libertad como capacidad se encuentra reconocida en el Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 2, en los diferentes contextos personales de la persona, junto con esto cabe anotar que no existe una norma legal que defina concretamente en que consiste la libertad, sin embargo, se entiende por el contenido constitucional como una capacidad de autodeterminación de pensamiento y de conductas a nivel personal dentro de la sociedad.

En segundo lugar, como se enseña a cualquier persona en los primeros años dentro de la facultad de Derecho, no existen derechos absolutos, entonces bien, la libertad como capacidad está reconocido como un derecho fundamental, pero

36

a la vez se encuentra limitado por derechos que ponderadas con esta encuentra un mayor sustento jurídico, en el presente trabajo de investigación notaremos como el derecho del heredero o sucesor se superpone a la libertad testamentaria y dispositiva del testador, pues si bien su capacidad de testar se

encuentra legitimada, la capacidad de distribución de sus bienes se encuentra limitada en extremo.

Ahora bien, frente a la libertad testamentaria tenemos como antagonista a la legítima, pues la misma es la razón limitativa de la capacidad de disposición del testador al momento de efectivizar su testamento, esto pues cumple un rol subsidiario de la familia del testador, quiere decir, que los vínculos sanguíneos y relacionales de primer orden, como los ascendientes, descendientes, cónyuge o superviviente de la unión de hecho, crean no solo un vínculo netamente biológico y social, sino también un vínculo patrimonial entre los bienes de los mismos, debido a que es razonable pensar que en buena cuenta la unidad familiar depende de roles atendidos como organización, en otras palabras, los vínculos familiares se expresan mediante roles que permiten la convivencia y una calidad de vida de la persona y su entorno familiar más próximo, que en caso práctico suele ser hijos con padres, y la pareja.

Ciertamente tal fundamento no puede ser debatido sin recaer en algún estereotipo apático, pues no cabe duda razonable sobre la protección de familia y su subsistencia. Sin embargo, también cabe resaltar que el rol de la legítima no se cumple en todos los casos, ni responde al fundamento antes mencionado, como señalaría Aguilar (2018) “Los que cuestionan la existencia de la legítima afirman que ésta no cumple el rol social que se propone. Más aún, ellos señalan que la legítima podría suprimirse y que debería protegerse el derecho alimentario de los herederos forzosos.” (p. 54), de esta manera se retomaría el debate de la legítima como una institución sobrevalorada por los efectos que puede producir, pues si bien el fin alimentista puede o podría recaer sobre otras formas más eficientes de asegurar la calidad de vida obtenida hasta el momento de la muerte del testador.

### CONCEPTO DE LA LIBERTAD TESTAMENTARIA

Por su parte Pereña (2010) citando a Sierra (1995) anota:

37

“Se trataría ni más ni menos, de profundizar en el principio de libertad civil, que parte de una idea básica, solo hay que introducir a la libertad del individuo, aquellas restricciones que están plenamente justificadas,

aquellas que demandan ineludiblemente las necesidades sociales” (p. 251)

Esto conlleva a preguntar si la legítima tal y como está planteada (dos tercios para los herederos descendientes, cónyuge o superviviente de la unión de hecho, concurrentes o no, o en su caso la mitad de los bienes en caso solo concurran ascendientes) se encuentra justificada.

La libertad de testar se encuentra íntimamente relacionado con dos capacidades, la capacidad de otorgar un testamento y con la capacidad de disponer libremente de los bienes y derechos que el testamento contiene, el presente trabajo de investigación se encuentra centrado en analizar objetivamente la segunda capacidad descrita, es decir, acerca de la capacidad de disponer libremente de los bienes y derechos que el testamento contiene.

Para Torres (2016) la capacidad de testar puede definirse de esta manera:

“La capacidad testamentaria puede ser activa (*testamenti factio actita*) que es la capacidad para hacer testamento o pasiva (testamenti factio passiva) que es la capacidad para recibir por testamento. Aquí nos ocupamos de la capacidad y de las incapacidades para testar.” (p. 69)

El Código Civil peruano vigente en su artículo 686 estipula lo siguiente:

“Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.”

Con esto el Código Civil nos quiere decir que, en una instancia general, el testamento confiere la capacidad de libre disposición de los bienes, sin embargo, esta capacidad encuentra una restricción en el artículo 723 sobre la legítima que señala lo siguiente: “La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.”, con esto vemos que la libertad testamentaria encuentra una línea limítrofe que le

38

impide ser absoluto, viéndose enfrentado con el derecho de sus herederos

forzosos.

Es en tal sentido que, los herederos forzosos de acuerdo al artículo 724 son los siguientes: “herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.” A cuenta de este artículo tenemos que el testador puede tener más de tres herederos concurrentes, dependiendo del número de descendientes

Por otro lado, la Casación 3008-2011, Lima del veintitrés de julio del 2012, impone que:

**“NOVENO** Que, un aspecto que resulta relevante destacar en cuanto a dicha causal es que la incapacidad para testar debe existir y se juzgará con referencia al momento en que el testamento fue otorgado, no siendo relevante determinar si dicha capacidad existía o no en el momento del fallecimiento del testador”. (f. 09)

Con esto, el autor refiere que la libertad de testar, así como se hace presente en la voluntad previa de dar testamento, también se encuentra en todo momento cuando el testamento se realiza, haciendo un hincapié en el momento de la distribución del patrimonio o bienes materiales de la masa hereditaria, pues es en este momento cuando el testador o testador explaya la parte fundamental de su voluntad, la cual se hace referencia es la de otorgar bienes y los derechos que sobre estos convengan hacia sus herederos.

Para Antoni Vaquer (2013) la libertad para testar es, “la plena facultad de disposición respecto de sus bienes, cuyo propósito es que éstos sean entregados y distribuidos en la forma que haya dispuesto una vez que haya fallecido el testador.” (p.159). En esta línea de ideas Vaquer proyecta la dimensión dispositiva de la libertad para testar, con la cual podemos aclarar el panorama absoluto de dicho derecho, pues esta disposición solo depende de la voluntad del testador, sin embargo, como veremos en las líneas próximas esta capacidad se encuentra sumamente restringida en el ordenamiento jurídico peruano, superpuesta por el derecho del heredero.

39

### LEGÍTIMA

La institución de la legítima es una institución tradicional del Derecho Romano que ha sido reconocido en otros ordenamientos jurídicos antiguos y modernos, siendo el caso del Perú que en el 1852 el Código Civil de aquella época lo reconoce por primera vez, la cual contemplaba calidades de herederos.

### CONCEPTO DE LEGÍTIMA

En torno al concepto de esta institución tenemos que Lanatta (1985) lo conceptúa de la siguiente manera:

“la legítima es la parte intangible de los bienes del testador de la que éste no puede disponer libremente, porque está reservada a ciertos herederos, quienes, en virtud del derecho imperativo que la ley les acuerda en la sucesión, son denominados forzosos, legitimarios o necesarios” (p. 236)

Como notamos la legítima es una institución que fue creada justamente para ser una limitativa de la libertad del testador, evitando que este disponga libremente de todos sus bienes materia de la herencia, en correspondencia a la “reserva” de ciertos herederos.”

Por otra parte, LOHMANN (2010) la legítima:

*“Es el derecho a recibir del testador una parte de su fortuna, que se expresa en el derecho de participar en un monto proporcional a la suma del valor del patrimonio neto relicto y del 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 legitima” (p.219)*

El autor en las líneas anteriores, estigmatiza a la legítima como un derecho, precisión que nos acerca a la naturaleza de la misma, esto quiere decir, que la legítima entendida como un derecho es exigible mediante la tutela jurisdiccional respectiva, afirmación que se ve sustentada por el reconocimiento normativo

que tiene, acotado a esta idea cabe resaltar la característica intangible de la misma en virtud de su naturaleza, pues esta misma provee de contenido constitucional

40

su reconocimiento, pudiendo así contraponerse al derecho de la libertad testamentaria activa, sin embargo, como se puede observar en la doctrina nacional la legítima tiene una mayor relevancia para el operador jurídico, así como para el legislador, pues el desarrollo legislativo y doctrinal peruano se fundamenta en el hecho de proteger el heredero de las circunstancias que pudiesen afectar su derecho a reclamar parte de la masa hereditaria del testador; excluyendo en ese aspecto la voluntad de este último.

Acerca de los legitimarios tenemos que el artículo 724 del Código Civil peruano (1984) señala:

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

A estos doctrinalmente se le has denominado también como herederos forzosos, pues se entiende que los mismos responden, por su voluntad personal o por voluntad de la ley, al llamado sucesorio ya por testamento o no, por otro lado, se precisa que los mismos tiene un orden sucesorio entre los herederos del mismo orden, salvo el caso del cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho:

“Artículo 816.- Órdenes sucesorios

Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.” (Código Civil, 1984).

Ahora bien, se ha señalado por la doctrina el detalle de la formulación del artículo 729 del Código Civil (1984), el cual se redactó de la siguiente manera, “La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.” En atención a ello, consideramos correcta la aplicación de la figura de la legítima cuando el causante no ha dejado

41

ningún tipo de testamento válido; sin embargo, advertimos que es una situación distinta cuando se trata de aplicar la legítima en la sucesión testamentaria; pues consideramos que, vulnera el fundamento principal que tiene la realización de un testamento, que a nuestro entender es: “decidir el destino de nuestros bienes libremente”.

Por su lado Parra (2009) menciona, “la legítima enlazaría con un determinado régimen familiar de copropiedad, es decir, sería un derecho de los herederos forzosos, quienes integraron la familia y contribuyeron a la formación de la propiedad familiar.” (p. 497). Esto no debe ser tomado someramente pues correlaciona tres áreas jurídicas, el Derecho Sucesorio, el Derecho de Familia y el Derecho de Propiedad, lo que a su vez demuestra un profundo arraigo entre el patrimonio dentro de la familia, pues se puede entender que el patrimonio individual no es totalmente propio, pese a que la ficción jurídica del derecho de propiedad reconoce total libertad sobre los bienes muebles e inmuebles, esto se ve contradicho con el derecho sucesorio que si bien convendría una limitante – restricción- jurídica positiva, la misma se ha convertido en una especie de contradicción entre la libertad sobre la propiedad y el derecho sucesorio del heredero.

En esta línea de ideas Aguilar (2018) en su tesis sobre la supresión o mantenimiento de la legítima sucesoria a la legítima solidaria, dice, “En conclusión, se entiende que la porción legitimaria debe estar destinada prioritariamente a cubrir el sustento (alimentos) de los herederos forzosos del causante, quien en vida cumplió con este deber.” (p. 45), en relación entonces, la legítima cubre el vacío económico producido por la muerte del testador o causante, ergo tal posición cubre un cúmulo de situaciones no totalitarias, pues

también cabe el contexto que tales necesidades o calidad de vida ya haya sido asegurada por el mismo heredero, el testador u otro; antes de la muerte del causante.

### CLASIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA

Desde una perspectiva general se puede decir que la legítima convendría a ser una sola, como anotaría Pérez (2010), “La sucesión legítima se abre cuando no hay testamento o el que se otorgó es inválido o nulo o perdió su validez, cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.” (p. 213) en tal sentido que

42

la legítima es una figura creada por el Derecho para resguardar o garantizar el derecho del heredero, por lo tanto, de acuerdo a la legislación de cada país podremos observar cómo es que esta varía al grado de protección que le da cada país.

En ese sentido, el Código Civil Peruano (1984) ha pretendido diferenciar no 2 tipos de legítimas distintas, sino ha tenido el afán de establecer un significante parámetro acerca de la legítima de cónyuge, como se puede observar en el artículo 730:

“La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.”

Como podemos observar el legislador peruano garantiza los derechos procedentes del matrimonio, evitando que los mismos colisionen con los derechos de los demás herederos forzosos existentes.

Entonces, podemos concluir que el Código Civil ha optado por limitar a la propia legítima a fin que la misma no se incongruente con otras figuras del derecho de familia, en específico los derechos provenientes del matrimonio.

A lo largo del presente trabajo de investigación, hemos presentado como una figura conflictiva en relación con la libertad del testador, esto no ha significado que se menosprecie la importancia que esta tiene dentro del derecho sucesorio, pues esta responde al deber de la persona para con sus familiares más cercanos que en cuestiones prácticas suelen ser o son los hijos, la cónyuge o la conviviente o los padres; claro cabe la salvedad que el contexto actual ha variado tal situación y hoy en día no es poco común ser criados por parientes

de distinto orden a los ya previsto.

Al respecto Fernández (2014) anota, “El fundamento de la legítima es el deber de piedad que debe existir entre los miembros de la familia. Fue pues un correctivo contra la libertad absoluta del testador establecida por la ley de las Doce Tablas.” (p. 233), de lo expresado concuerda con los antecedentes románicos de la figura que han prevalecido y han sido adaptados a la actualidad.

De esta manera encontramos en la doctrina de forma repetitiva que la legítima es la expresión legislativa para enervar el “deber” de los integrantes familiares, Zárate (1998) al respecto distingue,

43

*“La legítima aparece entonces como una manifestación de solidaridad familiar, como una prolongación del deber de asistencia, y lo hace por influjo de la jurisprudencia, que empezó a considerar el testamento del que fallecía sin dejar una porción conveniente de sus bienes a sus parientes más próximo.” (p. 189-190)*

Lo que quiere decir, que la legítima se sostiene sobre el “deber de asistencia”, que, a falta de ser amparada por propia voluntad del testador, es el derecho quien ampara aquel deber, en vez de, de no haber testamento la legítima se convierte en la única forma de representar la presunta voluntad del causante, a fin de garantizar esta asistencia familiar.

### DERECHO DE PROPIEDAD DEFINICIÓN

La propiedad históricamente ha acompañado al hombre desde las eras de las creaciones de las primeras ciudades primitivas, forjando entre las personas una barrera abstracta limitativa entre los bienes de uno y los bienes de otro, esto, en principio había logrado generar un orden social que permitía convivir tolerantemente a la persona incipiente. Posteriormente la codicia y astucia de un sector poblacional logró acrecentar sus arcas patrimoniales y reclamar otros bienes para sí, declarándose dueños de grandes parcelas de tierra, en las cuales otras personas se vieron perjudicadas, al cual la historia denomina Época Feudal, sin embargo, este sistema político económico, decaería con el

auge del comercio, y la llegada del liberalismo económico.

Previo a la llegada del liberalismo económico en el siglo XIX, se entendía como una capacidad absoluta de la nobleza, por lo que, el derecho de propiedad consistía en una tradición de sucesión familiar, esto quiere decir, que la propiedad en principio no se regía generalmente por la compra y venta, sino por la transmisión de padre a hijo.

En las épocas feudales la situación política donde los reyes reinaban y a la vez gobernaban, desembocó en un desmedro de los derechos civiles de los considerados vasallos, pues el derecho no se les reconocía como un derecho real, pues la misma institución otorgaba privilegios absolutos sobre el dueño de la tierra o feudos, incluso capaces de imperar sobre los derechos naturales como

44

la vida, su salud y sus libertades; como anota Rojina (2008) “no sólo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos.” (p. 81)

Sin embargo, llegado el siglo XIX, el comercio, obtuvo la primacía sobre la sociedad y la misma se convierte en la herramienta, mediante la cual la sociedad empieza a desarrollar sus derechos en plena igualdad, entre ellos el derecho a la propiedad, como anotaría Gonzáles (2013) “Siendo así, la definición de propiedad, dentro del ámbito de los derechos humanos, ha redimensionado la noción civil, liberal y propia de las codificaciones. Por tal motivo, en la actualidad ha dejado de ser un "derecho-voluntad", para convertirse en "derecho-función" (p. 757), de esta manera, podemos observar que el derecho de propiedad privada refleja, a su vez, el respeto por el bien común, pues la consistencia en una sociedad democrática se expresa en el respeto paralelo entre lo particular y lo común, esto quiere decir que el derecho de propiedad, en su rama privada, se encuentra obligada a no desequilibrar dicha armonía con su contraparte, propiedad común, sino más bien, oficiar la promoción del derecho privado en concordancia con los límites del derecho público.

Como se ha anticipado en el párrafo anterior, la propiedad ya no puede ser entendida como un derecho mediante el cual el particular abuse de su libre disposición y ejerza absoluto control de sus bienes, independiente del orden público, como, por ejemplo, construir alguna edificación dentro de su propiedad que sea un potencial peligro para sus vecinos, o como en el caso de la presente investigación una persona que deja en peligro de subsistencia a sus familiares de primer orden, con el afán de repartir sus bienes en otros fines ajenos a la familia.

Para entender la relación entre el derecho de propiedad y libertad de testar del causante, debemos primero definir que es la propiedad; al respecto Velasco (2011), menciona

*“Los derechos básicos de propiedad consisten, en primer término, en la facultad de usar y explotar un bien, y al mismo tiempo, de impedir a otros el uso y explotación de ese mismo bien –lo cual en Economía se denomina*

45

*“exclusión”-; y, en segundo lugar, en la “internalización” de los efectos positivos y negativos que el uso o la explotación de la bien generación.” (p. 3)*

En base a esta idea se tiene que la propiedad perdura a través de la voluntad de la persona a quien le pertenece el derecho, esto, por un lado, quiere decir que cuando no haya voluntad, el derecho de propiedad se verá amenazada, y por otro que, si la voluntad es clara, esto imposibilita a otros a tomar acciones contrarias contra a dicha voluntad del propietario sobre el bien.

Por ello tenemos que la propiedad adopta una naturaleza inter vivos, pues las acciones que decaigan sobre el bien o bienes del propietario, por parte suya o de terceros, afectarán positiva o negativamente el derecho de propiedad del testador.

Expuesta esta idea, es pertinente resaltar la característica interdependiente de los derechos civiles, esto quiere decir, que los mismos carecen de fundamento sin el respeto de los otros, ya que, si bien podríamos reconocer el

derecho sucesorio y darle validez, pero por otro lado negar toda vinculación de la propiedad con la persona, lo que causaría que la sucesión pese a tener validez carecería de beneficio, pues no habría patrimonio que suceder, y solo se sucederían derechos no vinculados a la propiedad, lo cual en nuestra legislación sería imposible, pues se entiende que la sucesión, encuentra fundamento en la sucesión.

Por su lado, Atienza y Ruiz (2006) destacan, “el derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un título que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas.” (p. 48). Esto quiere decir, que el derecho de propiedad es aquel vínculo que une a las personas con su patrimonio, y a su vez excluye a terceros que no tuviesen título legítimo sobre la cosa u oponible al derecho de propiedad.

Ahora bien, una vez entendido que el derecho de propiedad tiene un carácter personalísimo, también es necesario precisar que la voluntad puede referirse tanto a la voluntad de proteger y mantener el bien, como también a la voluntad de transferir dicho derecho mediante actos jurídicos, por mandato de la ley, y

46

también el derecho sucesorio, siendo el testamento el tema del presente proyecto de investigación.

### TEORÍAS SOBRE LA PROPIEDAD DUALISTA

El Código Civil Peruano de 1984 optó en su momento por la teoría dualista, pues la esta teoría diferencia los derechos reales de los personales en tal sentido que los derechos personales vinculan a la persona –valga la redundancia- con otra, en este sentido, y por otro lado los derechos reales generan el vínculo entre la persona y la cosa, como por ejemplo la propiedad.

Es así que nuestro Código Civil distingue en dos libros distintos los derechos reales (persona-cosa) y los derechos obligacionales (persona-persona), Posición a parte, las corrientes doctrinarias modernas optan por teorías menos disgregativas, esto quiere decir, que los derechos del sujeto (subjetivos) forman parte del patrimonio de la persona, a esta teoría se le denomina la teoría

monista y se vierte en dos corrientes de pensamiento, la realista y personal u obligacionista.

### MONISTA REALISTA

Es teoría proveniente del derecho anglosajón, considera que el derecho personal (obligacionista), tiene el mismo fundamento que el derecho real, siendo que, pese a que las obligaciones son realizadas por personas, las mismas se fundan en sus derechos patrimoniales, es decir, con realización a los derechos (reales) que engloban sus bienes. Rojina (2011) describe sobre esta teoría:

“El derecho personal tiene la misma naturaleza que el real. Se trata de una concepción monista, pero en sentido inverso a la de la tesis de Ortolan y Planiol Saleilles inicia con la tendencia de despersonalizar la obligación o derecho de crédito” (p. 28)

Explica García (2019) “El acreedor tiene sometido a su poder al patrimonio del deudor y no al deudor; por lo tanto, si el deudor desaparece o muere, el acreedor puede cobrarse con su patrimonio” (p. 376) de esta manera se entiende que esta teoría establece que la relación no es directamente entre personas, sino que es la persona en vínculo abstracto con el derecho patrimonial del sujeto pasivo determinado.

47

De manera conclusiva se entiende que el patrimonio de la persona es el fundamento de toda obligación, pues no se puede realizar obligación sin objeto apreciable patrimonialmente.

### MONISTA PERSONALISTA

Por su parte, la otra vertiente de la teoría monista, en pocas palabras es la misma idea que teoría realista pero invertida, pues se relata que los derechos reales pueden ser tratados como derechos personales, siendo que, si bien los derechos reales guardan relación con la persona, es imposible que la persona se relacione con las cosas, sino únicamente con personas, pero sin embargo la propiedad y otros derechos de connotación real se encuentran anexados a la voluntad de las partes y por ende, son un elemento que si bien no interviene como parte de la relación es un elemento presente para su realización.

Esta teoría dista de la teoría clásica al reconocer que frente a toda relación ya sea real o personal, esta relaciona jurídicamente a las personas. Acerca del tema Gutiérrez y Gonzales (2008) anota:

*“El derecho real implica necesariamente una relación entre personas, pero, si bien es fácil decir que el sujeto activo del derecho es el titular del derecho real, el sujeto pasivo es la persona que constituye el extremo de la relación jurídica, que en el derecho real es tan amplia, tan vaga en sus contornos, que pasó desapercibida ante la teoría clásica.” (p. 225)*

### ECLÉCTICA

Como se puede inferir, esta teoría busca la confluencia entre la teoría clásica (dualista) con las nuevas teorías monistas, de tal manera que, los elementos del sujeto activo (titular del derecho), el poder jurídico y el bien, de tal manera que tengamos que el titular del derecho manifieste su voluntad mediante la capacidad de tomar decisiones sobre el destino de su patrimonio, con el fin de aprovechar total o parcialmente el bien sujeto a su voluntad.

Muñoz (2010) define:

*“El derecho real es un poder jurídico que una persona ejerce sobre un bien determinado de manera directa e inmediata, para aprovecharlo total o parcialmente; dicho poder es oponible a un sujeto indeterminado que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho” (p. 40).*

48

Conviene entonces establecer que la teoría ecléctica, acepta la relación patrimonial con la persona, y de la misma manera entiende a la propiedad como una figura hipotética que describe las capacidades fácticas independiente del reconocimiento jurídico, esto quiere decir, que el derecho real, garantiza la seguridad de los actos dispositivos, mas no los crea, sino que, los reconoce y los reconduce hacia un espacio de protección jurídica a fin que no sean vulnerados por terceras personas.

### RELACIÓN CON EL DERECHO SUCESORIO

En esta línea de ideas, se tiene que la transferencia del derecho de propiedad guarda relación con el derecho sucesorio, en buena cuenta pues tienen ciertas características similares y compatibles, siendo la más resaltante,

y probablemente sea el hecho que para que surta efectos el testamento se necesite la muerte del testador o causante, y a la vez esta sea una forma de transmisión de propiedad.

Una vez que ya tenemos claro la relación que guardan entre si el derecho sucesorio, en especial el testamento, y el derecho de propiedad, Lohmann, (1986), dice que:

*“Sin perjuicio de la voluntad de querer otorgar amparo jurídico a esta, todo conduce a suponer que entendió (lo que es correcto, pero no exacto ni completo) que la sucesión mortis causa es una de las maneras de transmitir la propiedad y que el derecho a disponer post mortem de los bienes propios se considera como una de las manifestaciones inherentes al derecho de propiedad privada aunque no está de más precisar que puede haber herencia sin bienes sensu stricto (así, por ejemplo, el derecho previsto en el artículo 679 C.C.) y régimen sucesorio no patrimonial, como lo evidencia el último párrafo 686 C.C.).” (p. 29)*

Ciertamente, pese a que el derecho de propiedad tiene como característica la capacidad de exclusión, es decir la facultad de poder excluir a los demás de disposición, uso y disfrute de los bienes propios, pues citando a Posner, Velasco (2011) nos dice lo siguiente:

*“Señala Posner que si en un país se abolieran súbitamente los derechos de propiedad, un agricultor seguiría sembrando, por ejemplo, maíz, para*

49

*su consumo personal, pero si todo el maíz maduro fuera tomado por su vecino que es más fuerte que el agricultor, este último no tendría la posibilidad de recurrir a ningún remedio legal para solucionar el problema suscitado, ya que ahora el agricultor no sería propietario de la tierra que cultiva ni del maíz que sembró, por lo que evidentemente se implantaría la ley del más fuerte y el vecino se impondría al agricultor. Pero el efecto principal que generaría esta situación es que el agricultor decidirá abandonar su actividad y –según lo que afirma Posner- finalmente aquella sociedad regresaría a una vida semejante a la del Paleolítico, es decir, caracterizada por la caza y la recolección como medios de*

*subsistencia, pues sin derechos de propiedad no existiría ningún incentivo para incurrir en costos de inversión en tiempo, trabajo e insumos, porque no habría ninguna recompensa razonablemente asegurada para tal acción; toda vez que en el ejemplo planteado, el agricultor ya no tendría la posibilidad de exclusión sobre el maíz que ha sembrado.” (párr. 4)*

Con este ejemplo dilucidamos el rol de la propiedad dentro de la sociedad, no tan como un derecho personalísimo, sino también como un derecho que asume la sociedad al momento de respetar la propiedad privada. Esto, por un lado, demuestra el grado de importancia y por ende la influencia del respeto a la propiedad como pilar fundamental de la sociedad y sus costumbres, es decir de sus conductas diarias; pues mientras se respete el derecho de propiedad, tendremos la seguridad de adquirir nuevos bienes. Por otro lado, se entiende que, de ser mermado el derecho de propiedad, ocasionaría un desmedro en los actos de adquisición de bienes o actividades, pues sin la seguridad jurídica de preservar a través del tiempo tus bienes, tampoco tendría sentido adquirirlos en base a un básico análisis coste-beneficio.

### FUNDAMENTO

Por su parte Cooter (2004) señala acerca de la relevancia del derecho de propiedad:

*“El concepto de la libertad de los propietarios es deseable en una sociedad a fin de obtener producción de riqueza porque la descentralización de la información y la toma de decisiones son necesarias en un mundo*

50

*complejo. La decisión de cómo utilizar más eficientemente un recurso tiene, necesariamente, una alta carga subjetiva. Debemos asegurarnos de darle la discrecionalidad necesaria al propietario particular para que éste pueda tomar tales decisiones.” (p.262)*

De esta manera, se precisa que la libertad del propietario se relaciona con el desarrollo económico de un país, y si bien esto no implica que el derecho de

propiedad deba estar por encima del derecho del heredero, si podríamos estar hablando de un derecho con amplia incidencia, tanto a nivel individual como a nivel de sociedad. En esta línea de ideas, la limitación al derecho de propiedad, se encuentra supeditada al grado de afectación que tiene con los terceros, pues mientras mayor pueda ser el grado de afectación, mayor serán las limitaciones a su libertad propietaria.

Con esta idea, relacionando el derecho de propiedad con el derecho sucesorio, entendemos que la acción de testar conlleva una forma de transmisión de propiedad, como escribe Savigny (1878) sobre el concepto de derecho sucesorio:

“Este derecho consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una extensión del poder y la voluntad del hombre más allá del término de la vida; y esta voluntad que continúa obrándose unas veces expresa, otra vez tácita” (p. 298).

Por lo tanto el derecho sucesorio al tener influencia en el derecho de propiedad, indirectamente las limitaciones que la misma aplique al propietario/testador, también afectarán a las conductas humanas, esto quiere decir, que si las limitaciones sucesorias determinan un mínimo rango de libertad dispositiva, es decir el control distributivo de tan solo un tercio de sus bienes, conllevará a las personas a no realizar testamentos, pues no resulta de un beneficio considerable confrontado al valor oneroso que implica realizar un testamento.

### ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD

Históricamente el derecho romano ha reconocido las facultades del ius abutendi (abuso), ius fruendi (goce) y el utendi (uso); elementos que en conjunto

51

son el “poder jurídico”, pues desde una perspectiva general, esto proporcionaba la posibilidad de ejercer total control de sus bienes al propietario, incluso cuando estas contravenían o lesionaban los derechos de terceros, este “abuso” legitimado respondía a la naturaleza subjetiva y absoluta del derecho de

propiedad que por ese entonces se tenía como base doctrinaria.

Con el avance doctrinal, se ha podido establecer que ningún derecho es absoluto, por lo tanto, esta determinación donde el derecho subjetivo, puede lesionar el derecho de terceros, ya no es admisible, en su lugar se han traído al estudio doctrinario, la ponderación de derechos, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, y su progresividad, que en línea cortas tratan sobre la necesidad del respeto de los derechos de todos los rangos, así como la armonía de los mismo llevan a la efectividad de los mismos.

Vásquez y Serrano (2011) acotan “En consecuencia, se trata de priorizar algunos derechos en atención a sus posibilidades de realización, a su importancia para un contexto determinado o su vinculación con otros derechos.” (p. 158) lo cual nos lleva a interpretar que los derechos al estar vinculados en una sociedad interdependiente permiten que el valor jurídico aplicable al derecho varié según el contexto, bajo es idea, no es posible limitar un derecho de forma absoluta y permanente, sino que la misma limitación responde al contexto plausible de cambios que permite una flexibilización y por lo tanto la desaparición de la limitante, o su atenuación.

Ahora bien, el Código Civil peruano de 1984 define a la propiedad como un “poder jurídico” expresado en 4 momentos, uso, disfrute, disposición y reivindicación; siempre y cuando estas sean congruentes con el interés social y los límites que determine la ley, lo cual demuestra que los fundamentos modernos han impregnado al pensamiento jurídico que rige al Código Civil, que a la vez expresa la filosofía humanista que predomina en el Derecho Internacional.

### USO

Pezet (2011) analiza el elemento del uso de la siguiente manera, “El derecho de usar o *ius utendi* es aquel en virtud del cual el propietario utiliza el bien de conformidad con su naturaleza o destino” (p. 190), bajo esta premisa tenemos que el uso hace referencia a la acción de emplear el bien para el fin por el cual

52

se construyó, sin embargo esta facultad también encuentra expresión cuando el bien encuentra empleo hacia otros fines distintos al primigenio, como la utilización de diversos materiales para la creación de arte, pues el fin primigenio

de estos sea utilitario, sin embargo, un fin alterno a estos es su manejo en elaboraciones de piezas artísticas o de otra connotación

Bajo estas circunstancias, entendemos que el aprovechamiento o no del bien, no incide en la caducidad del derecho, es decir, es un derecho que si bien no es absoluto es perpetuo, esto quiere decir que a pesar del paso del tiempo el derecho de propiedad persiste y empapa de sus características a los bienes sujetos de la persona, Avendaño (1994) señala, “Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.” (p. 117).

Entonces, queda claro que el “uso” es un elemento constitutivo de la propiedad y se encuentra relacionado con el empleo del bien; pero también conviene la faz negativa de no emplearlo; lo cual a largo plazo no restringe ni afecta su derecho de propiedad, pero sin embargo esta puede ser limitada por la ley o por el interés social; en caso de la expropiación.

### GOCE O DISFRUTE

Este elemento es el símil del ius fruendi del derecho romano, esto quiere decir, que el goce y disfrute se basa no en el fin que tiene el objeto, sino en el aprovechamiento que tiene el propietario sobre ella, incluyendo los beneficios (frutos) que pueda obtener a largo plazo. Bajo la posición de Pereira (2014) “El lenguaje corriente, incluso jurídico, emplea la expresión en un sentido más amplio, insertando en el derecho de goce el de uso, teniendo en cuenta la lógica del empleo de la cosa, cuyo disfrute habitualmente involucra el uso.” (p. 96-97), es pues en efecto una deducción acertada relacionar el goce de la cosa, con el uso, sin embargo, esta regla no tiene un sentido general, sino de presunción, es decir, se presume que un bien se disfruta o goza, mediante el uso; ergo esta no es la única manera de gozar los frutos de un bien, pues la cesión –arrendamiento o alquiler- de la cosa también causa el goce de los frutos que esta puede generar, teniendo que la cesión puede ser a una pluralidad de persona como a una sola, en un tiempo determinado o indeterminado.

53

Avendaño (1984) señalaría sobre el goce, “Por ello es este el atributo que debe más urgentemente armonizar con el interés social. Esta es la que

podríamos llamar la “zona del conflicto social” (p. 102). Por lo expuesto, queda entendido que el aprovechamiento del bien por parte de la persona, responde a una necesidad política económica de beneficiarse del bien, es pues el beneficio económico y los efectos que esta pueda generar, los que más se vinculan con el interés social, por ejemplo, si A tuviese un auto último modelo que llega a los

200 km/h, es claro que A si lo desease tiene completo poder para acelerar su vehículo cercanos a los 200 km/h, sin embargo, el interés social y en específico, el interés por la seguridad ciudadana, ha logrado normar y limitar la capacidad de los dueños de autos para conducir sus vehículos a más de 35 km/h, dentro de las calles de la ciudad, y siendo obligatorio el detenerse preventivamente en zonas de entradas a colegios, hospitales, etc.; esto ve limitado el poder jurídico de A al impedirle ir más allá de los 35 km/h dentro de la ciudad, sin embargo, esta limitación es justificada, y genera una línea abstracta de lo socialmente permitido; en base a este fundamento se explica porque el goce se encuentra íntimamente vinculado al interés social.

### DISPOSICIÓN

En palabras de Schreiber (2011) el disponer:

*“Es el más caracterizado y típico de los atributos del dominio dado que el uso y el goce son actos de administración, por cuya virtud el dueño tiene la libertad de disposición tanto material como jurídica, consumiéndolos, afectándolos, desmembrándolos o desprendiéndose de ellos a título oneroso o gratuito.” (p. 191)*

Por lo que se puede evidenciar que en efecto la disposición se relaciona con la libertad de hacer lo que uno desee, mientras no contravenga las leyes ni el interés social, con el bien de su propiedad, esto por un lado se entiende, mediante la disposición no es en estricto el uso del bien, sino la libertad de usarlo o no usarlo, en base a la conveniencia o decisión del propietario; esto clarificando un poco la naturaleza dispositiva del derecho de propiedad, también por otro lado, la libertad de desprenderse del mismo bajos cualquier forma prevista o no, es decir, que por la disposición se legítima la transmisión de la propiedad en todas sus formas.

54

Ya en este punto importa analizar lo descrito por Pereira (2014) “disponer de

la cosa dará como resultado en los hechos el alcanzar su *sustancia*, desde que el derecho a esta reside en la misma esencia del dominio.” (p. 97) A primera vista, se entiende el punto de Pereira en línea generales, la acción de disponer implica la libertad activa de aprovechar el bien mediante el uso, por la función del dominio que recae sobre la cosa; tal afirmación complejiza el panorama real de la disposición, pues conduce a razonar que la esencia del dominio en si es la de disponer, es decir, que independientemente del agente (propietario), la disposición subyace en la propia figura del dominio, y no en la persona. Afirmación bastante controversial, pues como hemos señalado en puntos anteriores, esto deviene de la corriente de pensamiento realista, es decir, tratar al derecho real como si fuera un derecho personal más, otorgándole características personales, pese a que su estudio es independiente de la persona y se centra en la esencia del derecho real.

### REIVINDICAR

No queda duda que la acción de reivindicar es una capacidad jurídica reconocida por el legislador direccionada a proteger el uso del propietario que tiene sobre su bien, pues la acción implica la sujeción del sujeto a la vía judicial con el fin de recobrar su bien, como bien anotaría Pereira (2014):

*“De nada le valdría al dominus, en verdad, ser sujeto de la relación jurídica dominial y reunir en su titularidad el ius utendi, fruendi y abutendi si no le fuese dada la posibilidad de readquirir el bien de quien lo poseyera injustamente o detentara sin título.” (p. 97)*

Pues si el derecho de propiedad perdería su valor a la primera intromisión posesoria de cualquier otra persona, los intereses sociales decaerían hacía la finalidad de arrebatar bienes indiscriminadamente, claro está entonces, que la posibilidad que tiene el propietario de reivindicar, encuentra fundamento en la limitación a través de una línea abstracta que separa los bienes privados de otros bienes o derecho que puedan afectarlo.

De este modo, la acción reivindicatoria, es el elemento jurídico válido para el recobro del bien y su protección ulterior a la reposición contra demás acciones ilícitas o irregulares que perturben el interés social.

55

Acerca del plazo de la acción, esta ha tenido claros fundamentos para determinarse como un derecho imprescriptible, pues como ya hemos señalado, pese a no ser absoluto el derecho de propiedad deviene en perpetuo, pues su vigencia no está relacionada con el no uso del bien, o el deterioro del mismo; sin embargo, en esta misma línea de ideas, pese a tener una notoria naturaleza procesal jurídica, la reivindicación responde a la necesidad que tiene el Estado de resolver los conflictos de la manera más pacífica posible y mediante el uso de razón, racionabilidad y ponderación, más no es absoluta, pues así como el código premia la diligencia del propietario, también sanciona al propietario negligente; dejando la posibilidad de realizar actos atentatorios con el derecho de propiedad negligente de forma válida, como por ejemplo la usucapión.

Los requisitos de la acción reivindicatoria son: (Vásquez, 2003, pp. 130-131) a) El demandante deberá ser dueño de la cosa.

1. Individualización del bien.
2. Que el demandado esté en posesión del bien.

### FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Este aspecto Rojina (2011) citando a Duguit señala, “Queda, pues, explicado cómo el derecho de propiedad, en la tesis de Duguit, es una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al Estado y que la norma jurídica no pueda tocar.” (p. 85), conviene entonces conceptualizar de manera breve lo que se entiende por una función social. Acerca de este punto Avendaño (1994) refiere lo siguiente, “La idea de la función social de la propiedad se expresa sustantivamente cuando interviene la administración pública y concreta la referencia al interés social en nombre del interés general.” (p. 119), esto aunado al pensamiento de Duguit se puede entenderse de esta manera, la libertad (capacidad) de dominar y reivindicar un bien, tiene límites, y es justamente el límite la armonía social, es decir, que los derechos privados no puedan contravenir al derecho público o general, razón por la cual en contexto precisos la administración se ve obligado a intervenir, ya sea para hacer respetar los límites o, por el contrario, flexibilizar el mal llamado absolutismo del derecho de propiedad, pues al ser una función social, naturalmente tiene una jerarquía más alta el interés pública o de la mayoría.

56

Pues si se entendiese de otra manera, como, por ejemplo, al derecho de propiedad como una institución subjetiva previa al estado y al mismo derecho, esta no podría recibir limitación alguna, es decir, que todas las personas podríamos hacer lo que deseemos con nuestros bienes, sin importar, si nuestras acciones dañen los derechos de terceros. Actualmente las liberalidades de los sistemas económicos han logrado posicionar el derecho propiedad de las corporaciones en una cumbre inalcanzable, provocando que grandes sumas de bienes y dinero recaigan sobre una sola persona –natural o jurídica-, esto puede generar una falsa perspectiva absolutista del derecho de propiedad; convirtiéndolo de esta manera –la acumulación de riqueza- en un enemigo de la sociedad carente de recursos.

### DERECHO COMPARADO

El análisis comparativo de las ciencias jurídicas supone la recolección normativa y casuística extranjera para su posterior análisis propiamente dicho, pues la suposición de la mera recolección no supone el uso de la herramienta del derecho comparado, pues si esta no es estudiada, la actividad recaería en una mera actividad de compilación de legislación y jurisprudencia internacional.

El uso de esta herramienta proporciona al interesado diferentes enfoques o perspectivas jurídicas, cuyo beneficio para la investigación es comparar el razonamiento legislativo y jurisprudencial nacional con los razonamientos internacionales, a fin de verificar si alguna de ellas, corrobora o niega la hipótesis planteada.

Ahora bien, respecto de la selección de los países consignados en este acápite, es preciso indicar que las legislaciones traídas a colación nos servirán para contrastar cómo es que, en la realidad los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han visto influenciados por aquellos ordenamientos que conforman el Civil Law, especialmente tomando en consideración la similitud existente con el ordenamiento jurídico español, donde la legítima comprende la misma proporción que aquella consignada en nuestro Código Civil, a diferencia de Argentina, que muestra una predisposición a la protección de los herederos sobre los bienes de la masa hereditaria, enervando la calidad de propietario del

testador. Un aspecto diferencial, y la razón por la que se escoge al país alemán, es que este no solo se ha limitado a generar una obligación entre el testador y

57

sus herederos, sino que evalúa elementos como la idoneidad del heredero que recaiga en su inestabilidad económica por sus propios actos; fundamental característica que no se toma en cuenta en legislaciones latinoamericanas, e incluso en el país español, también analizado en el presente capítulo.

### ESPAÑA

En la mayoría del país ibérico, tenemos, salvo en dos ciudades (Álava y Navarra), la libertad para testar se encuentra restringida por la figura de la legítima, así pues este país, al parecer inspiración de la legislación peruana, deduce las 2/3 partes de los bienes a favor del descendiente, y, por otra parte, solo en caso la persona no tenga descendientes, estos activan el derecho del ascendiente a la legítima, que en su defecto, como en la legislación peruana, deduce la mitad, salvo concurra con el cónyuge, pues en este caso, el derecho se deduce a 1/3.

Es preciso aclarar, como habíamos mencionado, que existen un trato distinto en los pueblos como Navarra, o sector de Ayala, parte del pueblo de Álava, donde la libertad para testar es completa y libre de cualquier restricción, sin embargo, en tales pueblos el cónyuge es pasiva de la transmisión a título del usufructo universal, lo que configura que hasta su muerte la cónyuge tiene la potestad de usar y disfrutar los bienes dejados por el cujus.

### ARGENTINA

El Código Civil Argentino, en su Título X, artículo 3591, describe a la legítima: *“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.”*

Con esto la legislación argentina establece un orden para el inicio de la determinación testamentaria, quiere decir, que se prevé que la concurrencia legitimaría determina la pared abstracta que evita la proyección dispositiva del

testador alrededor de toda su masa hereditaria.

La misma se ha delimitado de la siguiente manera, 4/5 de la legítima corresponderán a los descendientes, siendo este un amplio margen de

58

restricción a la libertad testamentaria, posteriormente, los ascendientes tienen derecho a los 2/3 de los bienes, y la cónyuge a la mitad.

Como podemos observar la legislación argentina, con lo que respecta a la sucesión y en específico a la legítima, tiene un fundamento paternalista, pues esta otorga prioridad al beneficio del heredero, por encima del derecho de propiedad del testador, obligándole a disponer la mayor cantidad de sus bienes en favor de sus descendientes, siendo claro una predisposición de menor beneficio para la cónyuge superviviente; lo cual es una clara diferencia con la legislación peruana, pues en el Perú los descendientes y la cónyuge establecen sus derechos sucesorios en igualdad de condiciones.

### ALEMANIA

El Código Civil Alemán (1900), llamado en su idioma origen “Bürgerliches Gesetzbuch o por sus siglas BGB” en su libro 5 desde el artículo 1922 al 2385, se encuentran las disposiciones más relevantes sobre el derecho sucesorio.

Un punto relevante del derecho sucesorio alemán es que reconoce los contratos testamentarios, polémicos actos jurídicos que en nuestra legislación se encuentra proscritos; así también coexisten junto con la libertad testamentaria los límites a esta como la legítima.

Acerca de la legítima, los alemanes tienen una limitación bastante interesante la cual se redacta en su artículo 2338, primer numeral:

*“Si un descendiente ha sido desperdiciado hasta tal punto o está endeudado hasta tal punto que su posterior adquisición se ve gravemente comprometida, el testador puede limitar el derecho del descendiente a una porción obligatoria ordenando que después de la muerte del descendiente sus herederos legales sean a recibir lo que quede o la parte forzosa que les corresponda como herederos posteriores o como legatarios posteriores según la proporción de sus cuotas legales de herencia. El testador también puede delegar la administración en un*

*albacea por toda la vida del descendiente; en tal caso, el descendiente tiene derecho a la renta neta anual.” (Código Civil Alemán 1900).*

Como podemos observar la libertad testamentaria en Alemania incurre en la potestad de velar no solo directamente en el beneficio del heredero, sino también en salvaguardar que su patrimonio recabado en vida, pueda tener un fin

59

beneficioso para estos últimos, en todo sentido que puede limitar el derecho del heredero que ha caído en problemas económicos por su propia conducta, es decir, aquellos que recaen en deudas o en actividades que despilfarran el dinero innecesariamente; de tal modo que sean los hijos de este los que puedan aprovechar el patrimonio heredado de una mejor manera que sus padres; teniendo como única indicación que primero suceda la muerte del heredero de primer orden, para la activación de la parte gravada a su favor.

Ahora bien, respecto del monto de legítima perceptible por los herederos ya sean, descendientes, ascendientes, o la cónyuge, es decir, los herederos llamados a suceder por derecho reconocido; el artículo 2303 del Código Civil (1900) de la siguiente manera:

#### “2303.- con derecho a una porción obligatoria; importe de la parte obligatoria

(1) Si un descendiente del testador es excluido de la sucesión por disposición mortis causa, puede exigir del heredero la parte forzosa. La parte obligatoria consiste en la mitad del valor de la parte legal de la herencia. (2) Los padres y el cónyuge del testador tienen el mismo derecho si están excluidos de la sucesión por disposición mortis causa. La disposición de la Sección 1371 no se ve afectada.”

Cabe aclarar que existió cierta controversia doctrinal alemana sobre la prevalencia de la legítima dentro de su normativa, debate que fue resuelto por su Tribunal Constitucional el 19 de abril de 2005, en la medida que se le otorga a la legítima una protección constitucional, con esto, la legítima pasó a ser otra institución de observancia obligatoria al momento de testar.

60

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente capítulo se expondrán los resultados obtenidos en el periodo febrero 2022, los cuales fueron analizados e interpretados en base a los datos cualitativos obtenidos de las fuentes de investigación.

Acerca de este punto cabe resaltar lo precisado por Aranzamendi (2013) “Estas fuentes pueden ser hechos observados en el entorno social registrados e interpretados con técnicas o instrumentos o, material documental, esto es información escrita en sus diversas modalidades.” (p. 113), por lo tanto, se precisa que el presente trabajo se funda en la realización de entrevistas a tres notarios públicos, una abogada litigante y un registrador público del departamento de Arequipa, por otro lado se empleó el cuestionario como instrumento de recolección de datos.

El tamaño de la muestra a la que se aplicó el cuestionario es de 30 personas, siendo 18 varones y 12 mujeres con una edad entre los 50 a 75 años.

### MATRIZ DE DATOS

* + 1. **CUESTIONARIOS**

*Tabla 2*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 1** 28 2 30 **Pregunta 2** 5 25 30 **Pregunta 3** 9 21 30

**Pregunta 4** 4 26 30 **Pregunta 5** 11 19 30 **Pregunta 6** 17 13 30

#### MAYOR MENOR Libertad 100%

**Pregunta 7** 12 2 3 *Elaboración propia*

A continuación, expondremos y analizaremos cada resultado por pregunta a fin de realizar una interpretación de los resultados, correlacionarlos entre sí, a fin de acumular racionalmente todo material idóneo para contextualizar y verificar la certeza de la hipótesis postulada.

61

### GRAFICO N° 1

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA:**

¿Usted, conoce como se realiza un testamento en el Perú? A) SI B) NO

*Gráfico 1*

## Pregunta 1



SI NO



*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 1** 28 2 30

Del gráfico expuesto observamos que el 93% de los encuestados tiene conocimiento de la realización de un testamento, por lo expuesto se puede interpretar que el testamento es una institución conocida por la sociedad, apreciándose que existe una gran tendencia informativa entre las personas

mayores a 50 años sobre este tema. Por otro lado, todavía existe una pequeña parte de la sociedad mayor a los 50 años que ignora el procedimiento testamentario, cabe precisar en este sentido que las 2 personas que desconocen cómo se realiza un testamento en el presente cuestionario son los sujetos de menor edad en aplicarlo, siendo sus edades de 50 y 52 años respectivamente.

62

### GRÁFICO N° 2

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA:**

¿A día de hoy, usted he realizado algún testamento?

A) SI B) NO

*Gráfico 2*

## Pregunta 2



SI NO



*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 2** 5 25 30

El presente gráfico observado demuestra una marcada línea limítrofe entre el

conocimiento y la conducta de las personas; en todo sentido, concordado con la anterior pregunta, es que tenemos que a pesar que existe un 93% de los encuestados que conocen como se realiza el procedimiento testamentario, el 83% no ha realizado ningún testamento hasta la fecha de la realización del cuestionario, siendo este un contundente indicador sobre la falta de cultura testamentaria que aqueja a la sociedad peruana, pues pese a conocer el procedimiento no lo realiza.

63

### GRÁFICO N° 3

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA:**

¿Usted, sabe que sucede si no deja un testamento?

A) SI B) NO

*Gráfico 3*

## Pregunta 3

SI NO

*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 3** 9 21 30

Del gráfico circular visualizado, se desprende que el 70% de los encuestados

no entiende las consecuencias de no realizar un testamento, entendiéndose así, que no comprenden los alcances del derecho sucesorio, ni del patrimonial; esto significa el primer óbice a la libertad del propietario; es decir, desconocer los límites de su propio derecho, esto también está relacionado al desinterés de la idea de no realizar ningún tipo de testamento.

64

### GRÁFICO N° 4

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA**

¿Usted conoce que es la legítima?

A) SI B) NO

*Gráfico 4*

## Pregunta 4

SI NO

*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 4** 12 18 30

Del gráfico se desprende, que de 12 personas (60%) encuestas, 9 de ellas (ver gráfico N° 3), entienden que la legítima guarda relación con la sucesión de los bienes de la persona una vez este fallece y no haya dejado testamento, de la misma manera podemos colegir que 3 personas de las encuestadas, conocen la institución de la legitima, pero que no saben que es una institución relacionada con los órdenes sucesorios en caso la persona no deje testamento en vida.

65

### GRÁFICO N° 5

**DESCRICIÓN DE LA PREGUNTA:**

¿Considera equitativo poder disponer libremente solo de 1/3 de sus bienes a la hora de realizar su testamento?

A) SI B) NO

*Gráfico 5*

## Pregunta 5

SI NO

*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 5** 11 19 30

Del gráfico 5 podemos observar que del total de encuestados, el 77%, se encuentra disconforme con el tercio de libre disposición al no considerar equitativa en relación a los bienes de libre disposición, por otro lado, existe un 23% de encuestados que consideran equitativa la idea de disponer de un tercio de los bienes.

66

### GRÁFICO N° 6

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA:**

¿Usted, considera que sería positivo una reforma legislativa para modificar la parte de libre disposición?

A) SI B) NO

*Gráfico 6*

## Pregunta 6

SI

NO

*Elaboración propia*

### SI NO TOTAL

**Pregunta 6** 17 13 30

El presente gráfico ejemplifica cierta inclinación hacia una modificación legal de la parte de libre disposición de la masa hereditaria, en tanto el 70% de los encuestados está de acuerdo con la proposición, mientras solo existe una negativa del 13%; lo que conlleva a colegir que, pese a no existir un total desacuerdo con el mismo, existe un claro apoyo a una reforma legislativa. Por lo tanto, resulta plausible y beneficiosa una reforma de tal magnitud.

67

### GRÁFICA N° 7

**DESCRIPCIÓN DE LA PREGUNTA:**

De ser “si” su respuesta anterior, responda. ¿considera que debe ser mayor o menor al 1/3 de libre disposición actual?

A) MAYOR B) MENOR C) LIBERTAD DEL 100%

*Gráfico 7*

## Pregunta 7

1

*Elaboración propia*

**Pregunta 7** 12 2 3

2 3

### MAYOR MENOR LIBERTAD

**100%**

De este último gráfica, detallamos que el 70% de los encuestados está de acuerdo con que la parte de libre disposición de los bienes de la masa hereditaria sea mayor a 1/3 actual, sin embargo, esta misma población tácitamente le cierra la puerta a una propuesta totalitaria de la libertad testamentaria, prevaleciendo así un sentido o ideal de protección de los derechos sucesorios de los hoy llamados herederos forzosos, por otro lado existe un 18% de encuestados que desean un reforma legislativa, que optaría por una libre disposición total, de los bienes materia de la masa hereditaria; por último, observamos un 12% considera que el parte de libre disposición debería ser menor a la actual normada.

68

* 1. **ENTREVISTAS**

**ENTREVISTA N° 1**

**NOTARIO: RUBEN RAÚL BOLÍVAR CALLATA**

**DISTRITO NOTARIAL: AREQUIPA – CERCADO DE AREQUIPA**

1. **¿Considera que existe algún tipo de relación entre el derecho de propiedad y la libre disposición de los bienes del testador?** En efecto existe una relación entre estos 2 derechos, pues la libre disposición de los bienes de la herencia corresponde a una expresión de la disposición como facultad del propietario, el cual en el derecho sucesorio encuentra una afectación constitucional.

#### En su experiencia, ¿Existe descontento por parte de los testadores al no poder disponer libremente más allá del tercio regulado por el Código Civil?

Si existen un descontento de parte de las personas que se acercan a realizar un testamento, pues no conocen de tal restricción y suelen acercarse a la notaría pensando que podrán disponer libremente de sus bienes; así también desconocen que los bienes responderán por las obligaciones (deudas) que obtuvieron en vida, por lo que sí existe una disconformidad al momento de realizar el testamento.

#### En su experiencia ¿es común la realización de testamentos?

Las realizaciones de testamentos en la notaria no son comunes, siendo los pocos los casos mensuales, teniendo en cuenta que la mayoría de los pocos casos que llegan a la notaria son a efectos de patrimonios de una cuantía considerable y de alguna manera siendo motivados más por el interés de los herederos que de los mismos testadores.

#### ¿Considera usted, equitativo que el testador solo disponga de 1/3 de sus bienes para su libre disposición?

No lo considero equitativo, además que sostengo que esta es una de las razones por las que el ciudadano peruano no deja testamento, por el mínimo control que tiene sobre sus bienes, prefiriendo que sus herederos legales perciban la herencia de forma intestada; pues cabría casi el mismo efecto, pues

69

no suele ser muy sustancial, económicamente hablando, una tercera parte de

los bienes de un ciudadano promedio peruano.

#### ¿Es necesaria una reforma legislativa con respecto al porcentaje de masa hereditaria destinada a la libre distribución del testador? De ser afirmativa la respuesta. En su opinión ¿Cuánto sería el porcentaje adecuado?

Es necesaria una reforma a fin que esta se acreciente en un contexto determinado; propongo que se una disposición total de los bienes, salvo existan herederos forzosos menores de edad o mayores de edad incapaces, por lo que, en el contexto antes expuesto, podría reducirse al 50% de libre disposición.

### CONCLUSION

Se concluye de la entrevista al Notario, que es cierto que las personas no tienen una tendencia a realizar testamentos, de la misma manera es cierto que las pocas personas que las realizan están notoriamente descontentas con el tercio de libre disposición; finalmente en base a la opinión del Notario, debe existir una reforma legislativa que permita disponer libre y totalmente de sus bienes, estando excluidos de esta regla los contextos en los que exista un menor de edad o mayor con capacidad restringida legitimado para peticionar la herencia a través de los procedimientos civiles correspondientes.

### ENTREVISTA N° 2

**NOTARIO: JAVIER RODRIGUEZ VELARDE DISTRITO NOTARIAL: AREQUIPA - CAYMA**

1. **¿Considera que existe algún tipo de relación entre el derecho de propiedad y la libre disposición de los bienes del testador?** Considero que no existe relación pues, la libre disposición de los bienes del testador es una manifestación del derecho sucesorio, mientras que la propiedad está ligada directamente con los derechos reales, por ende, pertenecen a ramas del derecho distintas.

#### En su experiencia, ¿Existe descontento por parte de los testadores al no poder disponer libremente más allá del tercio regulado por el Código Civil?

70

En mi experiencia como notario, ningún testador se ha opuesto, si alguien quiere donar más del 1/3 debe hacerlo en vida y dejar establecido dentro de la donación la dispensa de la colación, para que los bienes donados no vuelvan a la masa hereditaria cuando el testador fallezca. Esta es la solución para las personas que quieran disponer más allá de lo dispuesto por la norma y evitar posibles problemas futuros.

1. **En su experiencia ¿es común la realización de testamentos?** Cada vez más número de personas realizan un testamento para evitar problemas sucesorios cuando fallezcan, ello debido a la mayor información que las personas tienen sobre la disposición de sus bienes mediante un testamento otorgado ante un notario.

#### ¿Considera usted, equitativo que el testador solo disponga de 1/3 de sus bienes para su libre disposición?

Me parece correcto y equitativo conforme a la realidad jurídica actual, sin embargo, en un futuro debería reducirse a 1/5 la parte disponible, puesto que, cada vez menos personas acceden a la posibilidad de obtener bienes propios, por lo que la legitima se debe acrecentar.

#### ¿Es necesaria una reforma legislativa con respecto al porcentaje de masa hereditaria destinada a la libre distribución del testador? De ser afirmativa la respuesta. En su opinión ¿Cuánto sería el porcentaje adecuado?

Considero que, si debe darse la reforma en relación al porcentaje disponible de masa hereditaria por un testador, disminuyendo esta cantidad de bienes disponibles a un 1/5 de bienes en libre disposición; a fin de, favorecer a los herederos forzosos con una legitima de mayor beneficio.

### CONCLUSIÓN

Se concluye que, el criterio del Notario entrevistado está orientado a que los testadores puedan disponer menos de un tercio de sus bienes, como lo es actualmente, considerando que deberían poder disponer únicamente un quinto, pues ello favorecería la protección de los herederos universales. Además, el Notario entrevistado se muestra en desacuerdo de la existencia de una relación

71

entre la libre disposición de bienes mediante testamento y el derecho de propiedad.

### ENTREVISTA N° 3

**NOTARIO: CARLOS ZENON SOTO COAGUILA DISTRITO NOTARIAL: AREQUIPA- CAMANÁ**

1. **¿Considera que existe algún tipo de relación entre el derecho de propiedad y la libre disposición de los bienes del testador?** Existe una relación directa, toda vez que, la libre disposición de los bienes del testador resulta una manifestación directa del derecho de propiedad que tiene el testador sobre los bienes que puede disponer, aunque este derecho de propiedad tenga el límite de la legitima de los herederos forzosos. **2. En su experiencia, ¿Existe descontento por parte de los testadores al no poder disponer libremente más allá del tercio regulado por el Código Civil?**

Hasta la fecha, son muchos los testadores que han llegado a manifestar una incomodidad con ese aspecto; estos testadores han manifestado una directa incomodidad en relación a no poder disponer todos sus bienes en beneficio de personas que los han apoyado a lo largo de su vida, pues muchas veces sus herederos se desentienden de ellos hasta el momento de su fallecimiento y solo acuden en ese momento para hacer una repartición de todos los bienes que el testador ha logrado conseguir a lo largo de su vida.

1. **En su experiencia ¿es común la realización de testamentos?** A lo largo de los años las personas han optado en mayor cantidad por el otorgamiento de testamentos en las notarías, pues resulta un medio más eficaz que potros pata la disposición de los bienes posterior a la muerte, además de resultar el medio más formal.

#### ¿Considera usted, equitativo que el testador solo disponga de 1/3 de sus bienes para su libre disposición?

Considero que es correcto, pues, no podemos privar del derecho a la legitima a los herederos forzosos; sin embargo, este derecho a la legitima no debería

restringir a tal extremo el derecho a la propiedad de los testadores, lo mejor para

72

un equilibrio resultaría en la posibilidad de poder disponer de hasta un medio de todos los bienes del testador.

#### ¿Es necesaria una reforma legislativa con respecto al porcentaje de masa hereditaria destinada a la libre distribución del testador? De ser afirmativa la respuesta. En su opinión ¿Cuánto sería el porcentaje adecuado?

Considero que, si es necesaria una reforma legislativa en relación a este punto, esta modificación debería estar orientada a que toda persona pueda disponer libremente hasta la mitad de todos sus bienes adquiridos en vida, ello ampliaría el espectro de disponibilidad para el testador sin dejar desamparados a los herederos forzosos que este pueda tener.

### CONCLUSIÓN

Se concluye que, el Notario entrevistado tiene una postura totalmente a favor de la modificatoria legislativa respecto al porcentaje de masa hereditaria de libre disposición por el testador, pues, considera que el asunto de la libre disposición de bienes mediante testamento merece modificatorias orientada a establecer que el testador pueda disponer de hasta la mitad de sus bienes, ampliando así su ejercicio del derecho de propiedad sin dejar de respetar el derecho a la legitima de sus herederos forzosos.

### ENTREVISTA N° 4

**ABOGADO: MILAGROS SACSI CHAUCCA**

#### ¿Considera que existe algún tipo de relación entre el derecho de propiedad y la libre disposición los bienes del testador?

En mi opinión sí existe una relación, porque parte de lo que implica el derecho de propiedad implica la enajenación de los bienes que el testador dispone, sentido así existe una interrelación entre la capacidad que te da la

propiedad para disponer de sus bienes con la disposición que tiene un testador a la vez que hace su testamento.

73

#### En su experiencia, ¿Existe descontento por parte de los testadores al no poder disponer libremente más allá del tercio regulado por el Código Civil?

No hay un descontento, desde la perspectiva que son pocas las personas que se ven descontentos con el hecho de no dejar legado a sus hijos o a sus familiares y lo quieren dejar otras personas.

1. **En su experiencia ¿es común la realización de testamentos?** No es muy común que las personas testen, es mucho más recurrente que se inicien procesos de sucesión intestada.

#### ¿Considera usted, equitativo que el testador solo disponga de 1/3 de sus bienes para su libre disposición?

Considero que, en una sociedad como la nuestra tan arraigada todavía a las costumbres, es muy común que las personas, posterior a su muerte deseen que sus patrimonios queden en disponibilidad de sus familiares como los hijos. En ese sentido existen pocas personas que intenten distribuir todos sus bienes a terceras personas.

#### ¿Es necesaria una reforma legislativa con respecto al porcentaje de masa hereditaria destinada a la libre distribución del testador? De ser afirmativa la respuesta. En su opinión ¿Cuánto sería el porcentaje adecuado?

En merito a la respuesta, de la pregunta 4 considero que no se debería realizar una reforma en ese sentido. Ya que nuestra realidad social y jurídica nos demuestra de que las personas prefieren dejar el patrimonio a sus hijos u otros de sus familiares y no simplemente disponer de todos ellos

### CONCLUSIÓN

De la entrevista realizada, se concluye que todavía las costumbres paternalistas todavía recaen e inciden en la población, en todo sentido que existe una tendencia de transmitir los bienes de manera consanguínea directa, es decir que los derechos y bienes obtenidos en vida que sean susceptibles de

la sucesión recaigan sobre la esfera patrimonial de sus herederos.

74

**ENTREVISTA N° 5**

**REGISTRADOR: ERICK JUNIOR SALAS CHAUPE**

**ZONA REGISTRAL XII – AREQUIPA, ISLAY-MOLLENDO**

#### ¿Considera que existe algún tipo de relación entre el derecho de propiedad y la libre disposición los bienes del testador?

Existe una relación intrínseca entre el derecho de propiedad y la libertad testamentaria, puesto que es la capacidad dispositiva la que se ejerce al momento de realizar el testamento, esto quiere decir, que cuando uno realiza un testamento, a la vez está expresando la potestad de disponer que tiene sobre los bienes que son parte de su patrimonio.

#### En su experiencia, ¿Existe descontento por parte de los testadores al no poder disponer libremente más allá del tercio regulado por el Código Civil?

No existe un descontento en un sentido estricto, lo que existe es un desconocimiento de las normas que regulan el testamento y el derecho sucesorio en general, por lo que, al momento de poner en conocimiento de la regulación sucesoria, las personas se exponen frente a una realidad que no es equivalente al ideal que ellos tenían al momento de querer testar.

1. **En su experiencia ¿es común la realización de testamentos?** No es una verdad oculta el hecho que los ciudadanos peruanos no estén acostumbrados a testar, sin embargo, esto puede deberse a diversos factores, uno ya anotado el cual es el desconocimiento de las normas que regulan el procedimiento, el otro puede encontrar sentido en una apatía por realizar actos que no son considerados necesarios para el desarrollo de la persona en sociedad, entre otros que pueden ser anotados mediante una investigación exhaustiva del tema.

#### ¿Considera usted, equitativo que el testador solo disponga de 1/3 de sus bienes para su libre disposición?

En mi opinión no es una institución equitativa el tercio de libre disposición, pues limita en exceso la potestad del testador, lo cual ocasiona que no sea beneficioso para la persona realizar un testamento; así como también responde a la avaricia de muchos herederos que prefieren esperar los 2/3 de la herencia que les corresponde antes que realizar actividades económicas que no dependan de ese caudal económico.

75

####  ¿Es necesaria una reforma legislativa con respecto al porcentaje de masa hereditaria destinada a la libre distribución del testador? De ser afirmativa la respuesta. En su opinión ¿Cuánto sería el porcentaje adecuado?

En mi opinión es preciso un cambio legislativo, siempre y cuando también exista un cambio de mentalidad por parte del ciudadano, lo que quiere decir que, ya no se tenga a la herencia como un aporte sustancial para la estabilidad económica, por lo tanto, que la herencia sirva como un aporte simbólico que represente como es que incluso después de la muerte de la persona su voluntad y lealtad familiar sea representada por última vez a través de su patrimonio. Es en este sentido que propondría que la libertad testamentaria se aumentada hasta que pueda disponer hasta del 50% de sus bienes, en caso existan herederos descendientes y cónyuge; y de que sea de 2/3 la parte de libre disposición en caso solo existas ascendientes como herederos forzosos.

### CONCLUSIÓN

De la entrevista se desprende que las costumbres del hombre, determinan su postura sucesoria, es decir, que al ser parte de la costumbre tener más afinidad y confianza con los herederos forzosos, es que es común que sobre estos recaigan la herencia dejada por el testador; sin embargo, por otro lado, la limitación interpuesta por la norma, no permite que exista una tradición testamentaria, ocasionando así una apatía cultural hacia el procedimiento testamentario; pero que tal situación es reversible a través del interés legislativo y también a nivel personal.

76

### CONCLUSIONES

**PRIMERA. -** Del material analizado se identifica un menosprecio y limitación de la libertad de disposición, a causa de una sobreprotección del derecho sucesorio del testador para con sus herederos, en tanto nuestro ordenamiento considera más importante garantizar que el sucesor reciba la herencia, aun cuando ello plasme una considerable disminución de la libertad de disposición del testador reconocida a través de su derecho de propiedad. Por lo tanto, la libertad de testar, no se encuentra adecuadamente equilibrada con la legítima. **SEGUNDA. -** El principal fundamento jurídico que sostiene a la legítima, es la relación filial que tienen las personas con sus herederos forzosos, pues a partir de esta, se crea una ficción jurídica conocida como “patrimonio familiar”, la cual es protegida por la legislación peruana, pues, se presume que una persona tiene la voluntad de reservar la mayoría de sus bienes en favor de sus hijos, su cónyuge o conviviente, y/o sus padres.

**TERCERA. –** Actualmente el tratamiento a la legítima, se encuentra reconocida dentro del Código Civil peruano (1984), en su artículo 723, y, está definida como aquella porción de la masa hereditaria de la que no puede disponer libremente el testador, siempre y cuando tenga herederos forzosos. En caso el testador sólo tenga a sus ascendientes vivos, puede llegar a disponer libremente de la mitad de sus bienes. Excepcionalmente, si el testador no cuenta con ninguno de los herederos descritos anteriormente, recién podrá disponer libremente de la totalidad de sus bienes.

**CUARTA. -** De la revisión doctrinal, se concluye que la legítima limita la

disponibilidad de hasta los dos tercios de la totalidad de bienes de una persona. Este hecho comprende una afectación vulneratoria al elemento estructural de disponibilidad del derecho de propiedad, conforme podemos observar en el primer párrafo del artículo 923 del Código Civil peruano y el artículo 2, literal 16 de la Constitución peruana (1993). La situación descrita, produce una apatía testamentaría aún cuando el ciudadano peruano reconoce los alcances positivos de dejar testamento.

**QUINTA. –** Del análisis de los resultados cualitativos, a través de las encuestas y entrevistas, se advierte que no existen parámetros doctrinarios ni legales que nos permitan concluir que la relación entre los dos tercios de la legítima y el tercio

77

de libre disposición sea proporcional. Adicionalmente, cabe añadir que existe un desconocimiento de los ciudadanos sobre los parámetros que rigen a la legítima y su proporcionalidad con el tercio de libre disposición, pero que si se conocen los efectos que puede llegar a producir estas instituciones jurídicas; de igual forma, se aprecia una preocupación por partes de los testadores sobre la excesiva limitación que tiene sobre los bienes de su propiedad.

78

### SUGERENCIAS

**PRIMERO. -** Resulta necesaria una reforma cultural educativa acerca de los alcances positivos de la realización del testamento. Por lo tanto, es preciso realizar proyectos que incentiven la libertad testamentaria.

**SEGUNDO. -** Es necesaria una reforma legislativa que disminuya la afectación

al derecho de propiedad en los casos de sucesión testamentaria, proporcionándole un mayor margen de libertad dispositiva de sus bienes; siendo una buena propuesta equilibrar el monto intangible de la legítima y el monto de libertad testamentaria hacia un 50% para ambas.

**TERCERO. –** Es recomendable la introducción de las nuevas perspectivas de los alcances y límites del derecho propiedad en la doctrina nacional, a la luz de los ordenamientos jurídicos analizados en el acápite de derecho comparado.

79

# CAPÍTULO III: MARCO OPERATIVO

80