

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**DE LA SUPRESIÓN O MANTENIMIENTO DE LA LEGÍTIMA SUCESORIA
A LA LEGÍTIMA SOLIDARIA**

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

Benjamín Julio Aguilar Llanos

ASESOR

César Fernández Arce

LIMA - PERÚ

2018

Resumen

La institución de la legítima sucesoria está basada en los nexos familiares y el soporte económico que debe tener toda institución familiar. Esta consiste en reservar una parte del patrimonio del causante, con la finalidad de destinarla a sus familiares cuando se abra la sucesión. La ley establece una obligación que impide al titular la disposición de una parte de su patrimonio a título de liberalidad y establece una expectativa de derecho a participar en la herencia en favor de los familiares cercanos del causante cuando este muera.

Por mucho tiempo, desde sus orígenes en Roma y Germania hasta fines del siglo pasado, la legítima no era cuestionada e incluso la participación de los descendientes del causante en el patrimonio de sus padres, al abrirse la sucesión, se aceptaba como una suerte de derecho natural. Sin embargo, en el presente, la legítima está siendo cuestionada por razones de orden constitucional, en tanto que violentaría el derecho a la libertad de las personas y, en particular, el derecho a la propiedad. Además, se señala que no estaría cumpliendo con su fin de atender a los parientes necesitados del causante.

La presente tesis propone mantener la legítima, pero con cambios sustantivos que conduzcan a proteger a las personas dependientes del causante y que, a la muerte de éste, sigan en situación de vulnerabilidad. La razón de ser de la legítima debe descansar en un deber de solidaridad familiar que permita a las personas pertenecientes al entorno del causante y dependientes de él seguir gozando de protección luego de su muerte a través del patrimonio dejado. Esta institución se denomina “legítima solidaria”.

Palabras clave: legítima, herencia, familia, solidaridad

Abstract

The institution of the *legítima sucesoria* is based on family ties and the financial support that every family institution should have. It is about reserving a part of the estate of the deceased, with the purpose of allocating it to their relatives when the succession is opened. The law establishes an obligation that prevents the owner from disposing of a part of his estate, by way of liberality. It also establishes an expectation of the right to participate in the inheritance in favor of close relatives of the deceased, which will occur when he dies.

For a long time, from its origins in Rome and Germany until the end of the last century, the *legítima* was not questioned. Even the participation of the descendants in the patrimony of their parents when the succession was opened, was accepted as a natural right. However, in the present, the *legítima* is being questioned for reasons of constitutional order, as the violation of the right to freedom and, in particular, of the right to property. In addition, it is stated that it would not be fulfilling his purpose of caring for the relatives in need.

This thesis proposes maintaining the *legítima*, but with substantive changes that lead to protect the dependents of the deceased, and that remain in a vulnerable situation at the time of his death. The reason for the existence of the *legítima* must rest on a duty of family solidarity, which allows people belonging to the environment of the deceased and dependent on him to enjoy protection after his death through the estate left. This institution is called solidary *legítima*.

Keywords: *legítima*, inheritance, family, solidarity

Agradecimientos

A mi hermana María, recientemente fallecida, como un reconocimiento a su calidad de hija, madre y hermana.

A mi asesor don César Fernández Arce, jurista, magistrado, docente, persona que, en todas esas facetas, demuestra, a través del ejemplo, sus altas calidades no solo profesionales sino también personales. Sin sus sabios consejos, no habría podido culminar esta tesis. GRACIAS MAESTRO CÉSAR.



Índice

| | |
|--|----|
| Introducción | 6 |
| Cuestiones previas..... | 8 |
| Razones que justificarían la permanencia o no de la legítima sucesoria..... | 8 |
| (i) El Código Civil y la regulación de la legítima | 9 |
| (ii) La legítima nace en defensa de los derechos familiares del causante..... | 11 |
| (iii) La opinión de la doctrina sobre la legítima como <i>pars bonorum</i> | 11 |
| (iv) La legislación sobre la legítima y la posibilidad de que los legitimarios no sean herederos | 14 |
| (v) La legítima es <i>pars hereditatis</i> porque solo incluye a los sucesores del causante..... | 16 |
| (vi) La legítima y las normas de orden público..... | 17 |
| (vii) La institución de la colación y la legítima..... | 18 |
| (viii) Algunas conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la legítima..... | 19 |
| Capítulo 1..... | 21 |
| Historia de la legítima y su presencia en la legislación peruana y latinoamericana..... | 21 |
| 1.1. Los orígenes de la legítima: Roma y el derecho germano..... | 21 |
| 1.2. La legislación peruana: la legítima en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 | 24 |
| 1.2.1. La legítima en el Código Civil de 1852 | 24 |
| a) La porción legitimaria | 25 |
| b) El régimen de mejoras..... | 27 |
| 1.2.2. La institución de la legítima en el Código Civil de 1936 | 27 |
| a) Las cuotas legitimarias | 28 |
| b) El régimen de mejoras..... | 30 |
| 1.2.3. La regulación legitimaria en el Código Civil de 1984 | 30 |
| 1.3. La regulación de la legítima en el derecho comparado | 33 |
| 1.3.1. Legislaciones centroamericanas que no regulan la legítima..... | 33 |
| 1.3.2. Legislaciones sudamericanas que regulan la legítima | 34 |
| Capítulo II..... | 36 |
| El debate doctrinal sobre la legítima | 36 |
| 1.1. Tesis que abogan por la permanencia de la legítima..... | 37 |
| 2.1.1. El fortalecimiento de la familia | 38 |
| 2.1.3. El patrimonio de la familia..... | 43 |
| 2.1.4. Los alimentos como necesidad cubierta por la legítima | 44 |

Índice

| | | |
|--------------------------------|--|----|
| 2.2.1. | La legítima atenta contra los derechos de la persona | 48 |
| a) | El derecho a la libertad..... | 48 |
| b) | El derecho a la propiedad..... | 49 |
| 2.2.2. | La legítima como freno al comercio..... | 52 |
| 2.2.3. | Institución que no tiene justificación social | 53 |
| 2.2.4. | No cumple el fin que supuestamente justifica su existencia..... | 55 |
| Capítulo III..... | | 58 |
| De la legítima solidaria | | 58 |
| 3.1. | Análisis crítico de las posiciones en favor de la legítima | 59 |
| 3.1.1. | El patrimonio de la familia como argumento que sustenta la existencia de la legítima | 61 |
| 3.1.2. | Los alimentos como fundamento de la legítima..... | 63 |
| 3.2. | La oposición a la legítima: argumentos..... | 64 |
| 3.2.1. | La legítima y el derecho a la libertad | 64 |
| 3.2.2. | El argumento de la lesión de la propiedad..... | 65 |
| 3.2.3. | El fin de asistencia de la legítima | 67 |
| 3.3. | Posición del autor: la legítima solidaria | 67 |
| 3.3.1. | Respecto de los argumentos en favor de la legítima..... | 67 |
| 3.3.2. | Respecto de los argumentos que solicitan la supresión de la legítima..... | 69 |
| 3.3.3. | La legítima solidaria..... | 69 |
| a) | Legitimarios | 70 |
| b) | Cuota legitimaria | 70 |
| c) | La legítima en la sucesión testamentaria | 71 |
| d) | La legítima en la sucesión intestada | 71 |
| e) | El derecho de habitación del cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho | 72 |
| f) | Propuesta legal de la legítima solidaria | 73 |
| Conclusiones | | 76 |
| Bibliografía | | 78 |

Introducción

El derecho sucesorio cobija a la legítima, una institución muy cuestionada que merece ser investigada para comprobar su utilidad. El término usado para designarla dista mucho de lo que efectivamente es. La institución legitimaria se refiere al patrimonio de una persona que, obligada por ley, solo puede disponer a título de liberalidad de una parte del conjunto de bienes y derechos. Mientras la mayor parte del patrimonio se reserva para los familiares que poseen la categoría de herederos necesarios, legitimarios o forzosos. Además, esta institución tiene amparo familiar porque sólo se otorga en favor de los familiares cercanos al causante para protegerlos mediante la reserva de parte del patrimonio. A ello se añade que ese derecho es una concesión de la ley porque responde al esfuerzo de todos los integrantes del grupo familiar en la formación del patrimonio. Se trata de una suerte de patrimonio de la familia.

Sin embargo, la legítima también implica restringir facultades dominales al propietario de los bienes o derechos tanto en el acto testamentario como en la sucesión intestada. En el primer caso, el propietario no puede ejercer las atribuciones que le otorga la propiedad a cabalidad, a pesar de ser el titular y estar facultado constitucional y legalmente para ello. La ley le impone una conducta que no necesariamente comparte y lo obliga a actuar en un sentido determinado. La sucesión está relacionada con el derecho de toda persona a expresar su última voluntad a través del testamento, y a disponer de los bienes y derechos para después de su muerte. Sin embargo, la legítima termina restringiendo el derecho de testar, ya que la existencia de herederos forzosos obliga al testador a considerarlos como beneficiarios del patrimonio. Estaríamos ante una institución que termina violentando derechos fundamentales, como la libertad y la propiedad. El causante en vida no puede disponer de todo su patrimonio a título de liberalidad, sino solo de una parte. Ello porque la ley reserva gran parte de este en favor de los legitimarios. Si la norma no se respeta, cualquier exceso es inválido (Código Civil, 1984, art. 1629).

Si bien la legítima es una institución del derecho sucesorio, su razón de ser radica en el derecho de familia, donde cumple un rol protector al recortar el derecho de disposición mediante la restricción de las liberalidades. Sin embargo, la legítima no tiene ese rol cuando se trata de la disposición de bienes a título oneroso. Esto origina distintas posiciones sobre su utilidad. Por un lado, existen corrientes en favor de mantenerla para proteger a la familia -función que compete al Estado (Const. 1993, art 4) -, pero con cambios sustantivos para que cumpla sus objetivos y no termine distorsionada. Por otro lado, se propugna su supresión porque atenta contra derechos fundamentales, contraviniendo su rol protector. Esto ocurre porque no existe un solo tipo de familia, sino distintas formas y algunas de ellas están conformadas por personas vinculadas

voluntariamente sin relación de parentesco. El Tribunal Constitucional de Colombia, en el expediente 070-2015 (2015), da cuenta de ese tipo de familia particular. Además, él señala que la legítima no cumple su cometido de asistencia cuando se trata de los descendientes mayores de edad y con patrimonio suficiente (citado por Colmenares, 2017, p. 25).

La presente investigación busca analizar el origen de la legítima, su desarrollo y las corrientes que explican su supervivencia o supresión. Para ello, se cotejan las diversas opiniones sobre la institución en contraste con su funcionamiento en la realidad peruana. Esto se desarrollará a lo largo de tres capítulos. El primero analiza los orígenes de la legítima, su aparición en la legislación peruana y su regulación en el derecho comparado. El segundo capítulo versa sobre la situación actual del debate doctrinal de la legítima, las posturas en favor de mantenerla y las que abogan por su supresión. Finalmente, el tercer capítulo presenta nuestra posición sobre cómo esta debe entenderse y regularse en el ordenamiento peruano.



Cuestiones previas

Razones que justificarían la permanencia o no de la legítima sucesoria

La institución de la legítima no es reciente; sus orígenes se remontan a la época del derecho romano y germánico. Algunos consideran que se estableció a través de la querrela de inoficiocidad del testamento, mientras otros señalan que debe su aparición a la cuarta falcidia; ambas instituciones propias del derecho romano. En los dos casos, el objetivo era conservar una parte del patrimonio del causante en favor de sus familiares más cercanos y directos (los descendientes). En el caso del derecho germánico, sobre la base de la copropiedad familiar, se determinaba que la legítima representaba una licencia dada al causante para disponer solo de una parte del patrimonio, en tanto que lo demás era del grupo familiar.

La legítima ha sido incorporada en el ordenamiento nacional moderno, pero con algunas modificaciones. En el Código Civil de 1852, la cuota legitimaria era cuatro quintos del patrimonio y se dejaba un quinto de libre disposición al causante. Luego, en los Códigos Civiles de 1936 y 1984, las cuotas legitimarias fueron dos tercios del patrimonio cuando se trataba de los descendientes o el cónyuge y la mitad en el caso de los ascendientes. También se ha incluido al sobreviviente de la unión de hecho como legitimario en defecto de cónyuge (Ley 30007, 2013, art. 5). Finalmente, no solo los descendientes son legitimarios, sino también los ascendientes en defecto de los primeros y la cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho.

La naturaleza jurídica de la legítima es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina. Además del debate sobre su permanencia o supresión, se analiza si es *pars hereditatis* (parte de la herencia) o *pars bonorum* (parte de los bienes). Se trata de un debate doctrinal que tiene consecuencias en las normas vigentes; por ello, desarrollaremos este punto como una cuestión previa.

Partimos por señalar que la doctrina no ha llegado a un consenso sobre si la legítima es *pars hereditatis* o *pars bonorum*. La autora Polo (2013) señala que la confusión entre los conceptos de legitimario y heredero en el derecho español dificulta precisar qué se entiende por legítima y su naturaleza. Así, el Código Civil español la define como “[...] la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos” (1889, art. 806). Para la autora, una lectura literal lleva a concluir que la legítima es *pars hereditatis* porque atribuye la cualidad de heredero forzoso al legitimario, quien tiene una alícuota de la herencia (2013, p.346-347). En el Perú, la definición de la

legítima también nos llevaría a esa conclusión. Sin embargo, como señala Polo, la doctrina mayoritaria la conceptualiza como *pars bonorum*, por lo que el legitimario no necesariamente tiene que ser heredero (2013, p. 347-349).

El legislador peruano define la legítima como *parte de la herencia* que no es de libre disposición para el testador, cuando tiene herederos forzosos (Código Civil, 1984, art. 723). Según el Código Civil, ello implica que se ubique la legítima en sede testamentaria, lo cual reafirma cuando la regula en el título de Sucesión Testamentaria. Sin embargo, eso no es cierto porque la legítima también tiene presencia en la sucesión intestada. En realidad, el debate está en si la legítima es *pars hereditatis* del causante, como lo define el Código Civil, o es un valor de los bienes y derechos que pueden ser pagados a título de legados o mediante las liberalidades otorgadas en vida por el causante. Los dos últimos supuestos son expresión de la voluntad del causante y los legitimarios no siempre terminarían siendo los herederos.

La consideración de la legítima como *pars hereditatis* es asumida por diversos códigos civiles, como los de Chile y Colombia. Estos afirman que la legítima es *pars hereditatis* y que los legitimarios son herederos.

(i) **El Código Civil y la regulación de la legítima**

Existe poca precisión no solo al definir la institución de la legítima, sino también al precisar sobre qué recae. En el primer caso, el artículo 723 del Código Civil (1984) define la legítima como parte del título de sucesión testamentaria, lo cual induce al error de suponer que solo aparece en ese tipo de sucesión, cuando también existe en la intestada. La confusión aumenta porque el legislador alude al testador en la definición, lo cual nos remite a la sucesión testamentaria. En el segundo caso, el artículo 723 señala que la legítima es *parte de la herencia*, pero en los artículos 725, 726 y 727 se alude a que es parte de los bienes del causante. Por ello, no queda claro si las cuotas legitimarias deben obtenerse del patrimonio hereditario, en donde existen bienes, derechos y obligaciones, o solo deberían extraerse del activo de la herencia.

La legítima y la obtención de las cuotas legitimarias implican no solo trabajar con el caudal relicto (bienes, derechos y obligaciones que aparecen a la muerte del causante), sino reconstruir el patrimonio hereditario. En primer lugar, debe deducirse el pasivo del caudal relicto - si fuere el caso - y a la renta neta obtenida debe sumarse las liberalidades otorgadas en vida del

causante. Todo ello da un “acervo imaginario”¹, como señala la legislación chilena (Código Civil, 1855, arts. 1184-1185), y con este patrimonio reconstruido, recién se pueden obtener las cuotas legitimarias. Si ello es así, entonces existe una inexactitud cuando el legislador solo se refiere a los bienes para definir a la legítima en los artículos del 725 al 727 del Código Civil peruano (1984). Sin embargo, esto tampoco lleva a la conclusión de que la legítima no es *pars hereditatis*.

La legítima es *pars hereditatis* porque constituye parte del patrimonio que fue del causante y que se transmite a sus sucesores. Para determinarlo, no solo deben considerarse los bienes y derechos el que encontramos a su deceso (caudal relicto). En primer lugar, a ese activo debe deducirse el pasivo que tuvo el causante porque los acreedores tienen preferencias sobre cualquier otro sucesor para verificar su crédito en la liquidación de la sucesión. En segundo lugar, la renta neta resultante es un referente, pero no el único pues el causante en vida pudo haber realizado liberalidades en favor de los herederos forzosos (anticipos de herencia) o de terceros ajenos al entorno familiar (para la aplicación del artículo 1645). El valor de todas esas liberalidades debe reintegrarse contablemente al patrimonio neto con el objeto de respetar las cuotas hereditarias de los herederos de igual clase y condición. Si se trata de los anticipos de herencia, para la colación de bienes, y si fuera en favor de terceros, para conocer si hubo exceso en la liberalidad (Código Civil, 1984, art. 1629).

Solo cuando el patrimonio hereditario ha sido reconstruido, se pueden obtener las cuotas legitimarias. Estas pueden ser pagadas en especie o, en su defecto, mediante la venta de los bienes de la herencia y la cancelación de la cuota legitimaria en dinero (Lohmann, 2003, p. 316). En efecto, el artículo 859 del Código Civil (1984) señala que “[l]os bienes se adjudicarán en especie a cada uno de los herederos. De no ser posible el valor de las cuotas le será pagado en dinero”. Sin embargo, dicha forma de cancelar la legítima no es un indicador de que ésta sea *pars bonorum*; solo es la forma de pago más práctica. También se sostiene que la legítima es un crédito de los legitimarios contra el patrimonio hereditario. Si se quiere ver así, podría considerarse como un crédito, pero ello tampoco justifica que se la convierta en *pars bonorum*.

¹El artículo 1184 del Código Civil chileno (1855) contempla la figura del acervo imaginario: [...] No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”. De forma complementaria, el artículo 1185 establece que “Para computar las cuartas de que habla el Artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión”.

Como se señaló, ese crédito se hará efectivo con especies del patrimonio hereditario o con el dinero resultante de la venta de uno de sus bienes.

(ii) La legítima nace en defensa de los derechos familiares del causante

Desde sus inicios, sea por la querrela de inoficiocidad del testamento o por la cuarta falcidia, la legítima siempre ha estado dirigida a asistir a los descendientes del causante. Incluso la colación era conocida como la *collatio descendentiun* porque el receptor de una ventaja económica del causante (descendientes) tenía la obligación de devolver el valor del bien a la masa hereditaria para la reconstrucción del patrimonio y de partirla equitativamente. En ese caso, los únicos obligados a colacionar eran los descendientes. Sin duda estamos ante una institución esencialmente familiar, donde los terceros no tienen derechos dentro de los términos de la legítima. La explicación de López y López (1994) es ilustrativa cuando señala que la relación de la garantía del derecho a la herencia con la protección de la familia supone la vinculación familiar o parental de, al menos, parte del patrimonio hereditario.

(iii) La opinión de la doctrina sobre la legítima como *pars bonorum*

Existen diferentes concepciones de la legítima entre quienes la consideran *pars bonorum*. Un sector señala que “[...] la ley concede al legitimario un simple derecho de crédito puramente personal, a pagar en dinero, por una cuantía que se determine según la participación que se le reconozca en el valor del caudal. Por tanto, el legitimario no es heredero ni legatario, sino un simple titular de un crédito, pagadero en dinero por el importe de su legítima” (Pérez Gallardo, 2015, p 75). Mientras otro sector afirma que la legítima se concibe “[...] como parte del activo líquido, pudiendo recibirla los legitimarios por cualquier título, donación o legado, y no necesariamente en concepto de heredero, con derecho a que recaiga sobre bienes integrantes de la herencia” (Bercovitz, 2009, p 414). Entonces, para estos autores, la legítima sería un crédito y su pago se puede hacer mediante donaciones o legados.

En el Perú, Lohmann (2003) es partidario de la legítima *pars bonorum*, lo cual se hace evidente en la crítica que formula a la definición de la legítima del Código Civil y a algunas de sus afirmaciones. El autor señala que “[...] no todos los legitimarios son herederos [...]”, “[...] la legítima es de derecho sucesorio, pero no necesariamente es de derecho hereditario, menos aún forzoso” y “[...] la legítima no siempre es parte del conjunto universal que el causante transmite, ni siempre tiene que ser satisfecha a título de herencia, porque de hecho el ordenamiento permite que pueda satisfacerse a título diferente del de heredero, y no necesariamente se paga con bienes incluidos en la herencia que el causante deja al fallecer” (2003, 315-319). Por otro lado, Pérez, a

propósito de la legítima en el derecho romano, señala “Justiniano en su novela 115, modificó profundamente la orientación *pars bonorum* de la legítima, al exigir que las cuotas legitimarias fuesen dejada a título de herencia y no por un título cualquiera” (1989, p. 782)

De las opiniones de los juristas citados, se desprende que la legítima *pars bonorum* puede ser otorgada por una vía distinta de la herencia. En el supuesto de que la legítima sea entregada en vida del causante, no tendríamos que referirnos a la herencia porque este no ha fallecido. En otro supuesto, la legítima se puede entregar en legados, por lo que no estaríamos ante herederos que la reciben en su condición de tales, sino ante legatarios. En el caso de legatario se trata de una situación diferente a la del heredero que no sustituye al causante; este es un acreedor de la herencia respecto del bien objeto del legado (como sucedía en el derecho romano). La legítima es parte de los bienes porque no la reciben los herederos, sino que toda ella puede darse en calidad de legados. Sin embargo, aún en los supuestos descritos, quienes terminan recibiendo la legítima son los herederos. Cuando se alude a otorgar la legítima en vida del causante, los beneficiarios no son herederos, pero lo serán cuando se abra la sucesión del causante. Así lo señala el artículo 831 del Código Civil a propósito del anticipo de herencia. Además, cuando se recibe la legítima como legado, también la estarían recibiendo los familiares del causante, a quienes la ley quiere proteger.

- **¿Los legitimarios no necesariamente son herederos?**

La pregunta sobre si los legitimarios deben ser herederos o no implica analizar si la tesis de legítima *pars bonorum* tiene una base real y legal. Los partidarios de esta teoría señalan que se trata de un crédito de los legitimarios contra los bienes y derechos del causante, el cual puede hacerse efectivo en especie o dinero. Además, ellos afirman que no necesariamente el legitimario es heredero porque si la legítima ha sido pagada en vida del causante, no se trataría de una herencia. En efecto, si el causante está vivo no podemos hablar de heredero y si el futuro causante otorga liberalidades a sus futuros herederos se trataría de una donación inter vivos. No obstante, al morir el causante, la ley sí los considera herederos y esas liberalidades serán anticipos de herencia.

Tenemos serias discrepancias con la afirmación de que el causante pudo haber pagado la legítima en vida. El Código Civil (1984) prevé dicha figura a la que denomina anticipo de herencia. Esta ocurre cuando fallece el causante y el valor de los bienes o derechos que fueron anticipados se consideran un adelanto de lo que corresponde al anticipado. Cuando el causante paga las cuotas legitimarias en favor de los herederos forzosos en vía de liberalidad, el valor a considerar para efectos de la colación es el valor de los bienes en el momento en que se abre la

sucesión y no cuando fueron otorgadas las liberalidades. Por lo tanto, las cuotas legitimarias no necesariamente deben ser consideradas como pagadas. Entonces, para el derecho sucesorio cuenta el valor que tenían los bienes cuando ocurrió el deceso. Al abrirse la sucesión del causante - momento en el cual los bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores - esta debe comprender no solo las liberalidades otorgadas en vida, sino también los bienes y derechos existentes al momento de la muerte. El patrimonio causado, debidamente reconstruido, corresponde a los herederos forzosos dentro de los límites que establece la ley. Esto con independencia de que el testador haya ejercido el derecho de destinar su cuota de libre disposición en favor de terceros, que no serán legitimarios sino legatarios.

El error en la propuesta de la legítima *pars bonorum* está en presuponer que cuando el causante en vida otorga una liberalidad, lo que hace es pagar la legítima, por lo cual, los herederos forzosos ya no deberían participar del caudal relicto. Corresponde preguntarse por qué se supone eso si los herederos forzosos siguen siendo herederos legitimarios, pero sobre el caudal relicto. Para el derecho sucesorio, lo importante y trascendente es el momento de la muerte del causante porque desde este, se puede hablar de herederos y legatarios. Antes no es posible dado que no existe la sucesión de una persona viva. Por tanto, lo que el causante otorgó a sus herederos forzosos no fue a título de herencia y, por ende, no estaba pagando legítima alguna. Esta recién cobrará vigencia al abrirse la sucesión del causante. De todas formas, el valor de los bienes dados en vida no se ignora, pues la misma ley señala que, al ocurrir la muerte del causante, su valor se considerará como anticipo de herencia.

- **La legítima *pars bonorum*: las condiciones de heredero y legitimario**

Los partidarios de la legítima *pars bonorum* consideran que el legitimario no es o no es necesariamente heredero. Para entender esta propuesta, se traza un imaginario en que el causante en vida ha cancelado las cuotas legitimarias de sus herederos forzosos, por lo que ellos ya no tendrían derechos sobre el caudal relicto. Este se encuentra conformado por los bienes y derechos que aparecen a la muerte del causante. La concepción detrás de esta afirmación es que como el causante ya cumplió con el pago de las legítimas, está libre de llamar en su testamento a herederos para beneficiarlos económicamente. De ello surgen derechos de crédito sobre el los bienes y derechos dejado por el causante, que serían las cuotas legitimarias. El legitimario no es heredero, pero si ello fuera así, quizás la propuesta *pars bonorum* tendría alguna razón en que este tiene un crédito sobre el caudal relicto, que sería la cuota fijada por el testador.

A la luz de nuestra legislación, la propuesta de los partidarios de la teoría *pars bonorum* no se condice con la naturaleza jurídica de la legítima por varias razones. En primer lugar - como se

ha señalado - la función de la legítima es garantizar la participación de los familiares cercanos y directos en la herencia del causante. Además, según la tesis *pars bonorum*, quienes participarían del caudal relicto pueden ser extraños a la familia o en su defecto familiares lejanos del causante (hermanos, tíos sobrinos, sobrino nieto, tío abuelo) En segundo lugar, las cuotas legitimarias se obtendrían del patrimonio hereditario reconstruido, en que no solo se computará las obligaciones, el caudal relicto, y también las liberalidades otorgadas en favor de los herederos forzosos y, si fuera el caso, de terceros. Recién con ese total contable, se aplicarán las cuotas. Sin embargo, ello implica que quienes recibieron del causante en vida su supuesta “cancelación de cuotas legitimarias” tengan que regresar contablemente el valor de esas liberalidades. pues la ley las considera como anticipo de herencia.

Finalmente, la existencia de los herederos forzosos impide la designación de otros herederos que, en este caso, serían los herederos voluntarios (Código Civil, 1984, art. 737). Si el testador, pensando que ha cumplido con el pago de la legítima en vida, designa herederos voluntarios, estos serán considerados legatarios a la luz de nuestra ley y su participación estará encuadrada dentro de la cuota de libre disposición (Código Civil, 1984, art. 735). Si el testador comete un error y usa los términos “heredero” o “legatarios” de forma equívoca, ello no afecta la naturaleza de esas instituciones, conforme lo señala el artículo 735 del Código Civil (1984).

La posición adecuada, sobre la base de las normas de la legislación peruana, es que no pueden coexistir herederos forzosos con voluntarios porque la legítima es exclusiva y excluyente. En esa medida, no es posible considerar a los herederos voluntarios- cuando no hubiera forzosos - como legitimarios porque estos responden al llamado que hace el testador. Él da vida a los primeros mediante un acto de liberalidad, mientras que los segundos (legitimarios) deben su derecho a la ley. Por ello, resulta erróneo que se designe a legitimarios no herederos o que un heredero forzoso no sea un legitimario. Solo es posible que el legitimario o pierda su condición por las causas establecidas en el Código Civil (1984): indignidad (art. 667), desheredación (art. 742) o renuncia (art. 675).

(iv) La legislación sobre la legítima y la posibilidad de que los legitimarios no sean herederos

Una pregunta central para el análisis de la legítima es si la legislación vigente admite la posibilidad de que los legitimarios no sean herederos del causante. El responder a esta pregunta implica abordar algunas ideas previas:

- Quiénes son herederos forzosos para la ley peruana

Los legitimarios necesariamente son los descendientes y, en su defecto, los ascendientes, la cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho. La ley peruana establece condiciones para que estos familiares cercanos al causante tengan derecho a la legítima. Así, se exige a los descendientes que tengan el título de tal, es decir, que la relación paterno filial esté debidamente establecida. Por ello, el llamado hijo alimentista (Código Civil, 1984, art. 415) no cuenta como legitimario por no haberse establecido la relación filial. En el caso de los ascendientes, no todos son legitimarios y eso sucede cuando los padres del causante lo son por declaración judicial de paternidad (Código Civil, 1984, art. 412) o por reconocimiento cuando el hijo era mayor de edad (Código Civil, 1984, art. 398). En el caso de la cónyuge, debe existir el matrimonio cuando se abre la sucesión del causante porque si estaba separada por su culpa, no puede participar de la herencia ni gozar de la calidad de legitimaria (Código Civil, 1984, art. 343). Entonces, no basta que los descendientes, los ascendientes o la cónyuge lo sean, sino que deben estar excluidos de los supuestos señalados para no perder su calidad de herederos y legitimarios.

El que los legitimarios sean familiares muy cercanos al causante y que la legítima tenga un papel asistencial ocasiona que se les considere con derecho a participar de una parte del patrimonio causado. Sin embargo, no todos los familiares tienen derecho a la legítima. Un ejemplo claro son los parientes colaterales, entre los que encontramos a los hermanos, tíos sobrinos, primos hermanos, tíos abuelos y sobrinos nietos. Ellos tienen parentesco con efectos jurídicos por disposición del artículo 236 del Código Civil (1984), pero no se les considera para la legítima.

- **Se tiene que ser herederos del causante para ser legitimario**

Los códigos de Chile y Colombia establecen que los herederos son legitimarios. El Código Civil peruano no tiene esa afirmación categórica, pero señala quiénes son los legitimarios (1984, art. 724): los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, el cónyuge y el sobreviviente de una unión de hecho (concubino/a) por disposición de la Ley 30007 (2013, art. 3). Además, si consideramos que existen seis órdenes hereditarios en donde los descendientes, los ascendientes y el cónyuge tienen la prioridad (Código Civil, 1984, art.816), concluiremos que los legitimarios se consideran herederos del causante; existe una identificación entre ambos. Esta se justifica en que la legítima se concibe como un soporte económico para los integrantes del grupo familiar, pues reconoce una participación directa o indirecta de ellos en la formación del patrimonio y termina cumpliendo una función alimentaria luego de que el causante fallece.

El derecho sucesorio está concebido para proteger a la familia, pues impide que el patrimonio salga del entorno familiar, salvo cuando no haya herederos forzosos. Solo existe un caso en que

el derecho sucesorio protege a un tercero no heredero: el hijo alimentista. Este no ha sido reconocido ni declarado judicialmente, pero existe una presunción de paternidad, solo con efectos alimentarios, porque se probó el trato íntimo de un varón con la madre en la época de la concepción. Si bien el hijo alimentista no es heredero del causante, se establecen las siguientes disposiciones: (i) la obligación de los herederos de cubrir sus alimentos cuando es extramatrimonial (Código Civil, 1984, art. 417); (ii) la afectación de la cuota de libre disposición (Código Civil, 1984, art. 728), de tal modo que si el testador instituyó un legatario para beneficiarlo económicamente, su legado se verá amenguado o desaparecido para cumplir primero con los alimentos del hijo alimentista; y (iii) la calificación de los alimentos como deuda de la herencia, lo que implica la prioridad en su satisfacción (Código Civil, 1984, art. 874).

En conclusión, no tiene sentido considerar a un extraño del causante como legitimario porque la ley solo protege a los familiares legitimarios, mas no a extraños. Ello no significa limitar al causante porque él puede favorecer a un extraño en vía testamentaria, usando su cuota de libre disposición, pero este nuevo legatario nunca podrá ser legitimario a no ser que se dé la figura del pre legatario (legitimario y legatario a la vez). Además, si el causante no tiene familiares con calidad de herederos forzosos, tiene libertad irrestricta para disponer de su patrimonio y puede instituir herederos voluntarios que no sean sus familiares mediante legados conformados por los bienes de su patrimonio.

(v) La legítima es *pars hereditatis* porque solo incluye a los sucesores del causante

Para analizar la legítima *pars hereditatis*, primero analizamos su opuesto, la legítima *pars bonorum*. Los partidarios de esta legítima afirman que el legitimario no necesariamente es heredero e incluso van más allá al afirmar que los legitimarios no son herederos, por lo tanto, los legitimarios podrían ser extraños a la sucesión. Sin embargo, nuestra posición, al igual que la de los Códigos de Colombia y Chile, es que los legitimarios son herederos. Si el causante no tiene herederos forzosos, la legítima no se aplica porque estamos ante la libertad irrestricta de testar, la cual permite que el causante instituya herederos voluntarios o legatarios. La ley protege a los legitimarios, más cuando no los hay, el causante es libre de disponer de su patrimonio como mejor le parezca. Por ello, en la situación mencionada, no hay restricciones a la facultad del causante de disponer, a título de liberalidades, de los bienes que le pertenecen.

Cabría preguntarse dónde se ubican los terceros legitimarios. El artículo 737 del Código Civil (1984) señala que, ante la falta de herederos forzosos, se pueden instituir uno o más herederos voluntarios. En este caso, el testador no tiene limitaciones legales y puede disponer de su

patrimonio como mejor le parezca, y, al instituir herederos voluntarios, puede establecer la parte del patrimonio que les otorga o todo el patrimonio. Si ello no hubiera ocurrido, todos los herederos voluntarios recibirán cuotas iguales según la norma. Estos pueden ser personas ajenas al entorno familiar o parientes que no tienen la calidad de herederos forzosos, como los colaterales. Sin embargo, no se les puede llamar legitimarios porque las porciones o cuotas que reciban lo harán en mérito al llamado del testador para beneficiarlos económicamente. El Código Civil no establece límites para ello, sino que el testador los incluye si lo considera conveniente. En conclusión, los derechos hereditarios nacen de la voluntad del testador cuando no existen herederos forzosos; por tanto, no cabe hablar de legitimarios no forzosos, pues sería contradictorio.

El afirmar que los legitimarios no necesariamente son herederos y menos forzosos es desconocer el fin de la legítima. A esto se suma que la finalidad del derecho sucesorio es garantizar el soporte económico de la familia, tal como lo refiere Revoredo, “[...] el derecho de sucesiones debe cumplir principalmente una función económica de protección familiar” (1980, p. 682). Entonces se puede concluir que la referencia a los legitimarios comprende a los herederos forzosos. Es cierto que denominarlos forzosos invita a pensar, de forma errónea, que deben aceptar la herencia forzosamente por mandato de la ley. Ello no es así, pues se desconocería el *ius delatione*, la opción de todo sucesor de aceptar o renunciar a una herencia.

(vi) La legítima y las normas de orden público

El artículo 4 de la Constitución alude al deber del Estado de defender a la familia y, en atención a ello, la mayoría de normas sobre los derechos de la familia o de sus integrantes deben ser de obligatorio cumplimiento, sin dejarlas al arbitrio de las personas. En este orden se ubica la legítima como una institución que protege a los familiares cercanos del causante, al reservarles una parte del patrimonio, establecer la obligación de cumplir con la reserva y contemplar normas en caso de incumplimiento para revertir la situación. Por ello, no existe la posibilidad de que se pacte en contra de la legítima o que esta se deje de cumplir. Todo está en función de los parientes cercanos y directos del causante, a quienes la ley protege al designarlos como herederos forzosos. Si ello es así, no es posible ubicar a legitimarios no parientes del causante como beneficiarios de la legítima, tal como se pretende en la tesis *pars bonorum*.

De este modo, el derecho sucesorio descansa principalmente en el derecho de familia y, en particular, en el parentesco. Por ello, en la sucesión intestada, se establecen seis órdenes de herederos legales, donde todos tienen nexo familiar a excepción del cónyuge o del sobreviviente

de la unión de hecho. Lo mismo sucede con la institución legitimaria, aplicable tanto en la sucesión intestada como en la testada, al establecer tres tipos de legitimarios. Entonces podemos inferir que el derecho sucesorio defiende a los integrantes del grupo familiar, no a extraños a la familia. Sin embargo, cuando los primeros no existen, el causante puede convocar a los segundos bajo el título de herederos voluntarios o puede instituir legatarios al adjudicarles bienes específicos en sede testamentaria.

(vii) La institución de la colación y la legítima

La colación prevé la figura del anticipo de herencia que comprende las liberalidades otorgadas por el causante en vida a sus herederos forzosos. El fin de esta institución es que el receptor de una ventaja económica no reciba más que otro heredero de la misma clase y condición. Por ello, el valor de la liberalidad regresa contablemente a la masa hereditaria para reconstruir el acervo sucesorio, y se imputa a la cuota del que recibió la ventaja económica. Así se logra que todos los herederos forzosos reciban cuotas iguales, es decir, que exista equidad entre ellos por estar en la misma situación. Sin embargo, esta finalidad no beneficia a los terceros ajenos al entorno familiar tal como lo sostiene la tesis de la legítima *pars bonorum*, al considerar que los legitimarios no necesariamente tienen que ser herederos del causante e, incluso, pueden serlo personas ajenas a su entorno familiar.

Si el causante hubiera otorgado una liberalidad a un “legitimario no heredero” y existieran herederos forzosos en la sucesión, aquella no podría colacionarse. La legislación peruana establece con claridad quienes son los herederos forzosos, y el anticipo de herencia solo cabe entre ellos y, por ende, la colación. Por tanto, la liberalidad otorgada al tercero no legitimario debería encuadrarse dentro de los alcances del artículo 1629 del Código Civil (1984), el cual señala que “[...] nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede dar por testamento”. Este se complementa con el artículo 1645 donde se establece que, si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia, el exceso se suprime o reduce porque afecta a los herederos forzosos. Según legislación peruana, la colación no cabe entre los legitimarios no herederos. De este modo, las disposiciones sobre la colación, abonan a la tesis de que los legitimarios tienen que ser herederos del causante.

En cuanto a los otros familiares del causante, el Código Civil (1984) se ocupa de regular el derecho que tienen los parientes colaterales, estableciendo un orden para su llamado a la herencia (art. 816). Incluso, ellos pueden ser convocados por el testador a título de herederos

voluntarios cuando no existan los forzosos (art. 737). Esto tiene relación con las características de la legítima, que es exclusiva y excluyente.

(viii) Algunas conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la legítima

A partir de lo desarrollado en este apartado, podemos señalar algunas conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la legítima:

- La institución legitimaria tiene como fin proteger a los familiares cercanos y directos del causante. Por ello, no todos los parientes son legitimarios, solo los más cercanos y directos, como los descendientes, los ascendientes y el cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho. En nuestro sistema jurídico, el fin de regular la legítima y la sucesión en generales garantizar el soporte económico de la familia.
- La legítima está regulada en el derecho sucesorio como una institución aplicable tanto a la sucesión legal como a la testamentaria. En el primer caso, solo pueden ser herederos los parientes del causante, salvo el cónyuge o concubino(a); que lo son no por ser parientes sino porque con el causante han formado familia y, en el segundo, solo pueden ser legitimarios los descendientes, los ascendientes en defecto de los primeros y el cónyuge del causante o el concubino. Obsérvese la identidad en cuanto a los legitimarios tanto en la sucesión legal como en la testada.
- Es indudable que existe una estrecha relación entre el derecho sucesorio y el derecho de familia. Esto se evidencia en el caso de los herederos legales de la sucesión intestada porque quien no es pariente del causante, no hereda. Las excepciones están referidas al cónyuge porque su fuente de herencia es el matrimonio, y al sobreviviente de la unión de hecho porque su derecho descansa en la familia formada por esa unión estable y permanente.
- Las cuotas legitimarias se obtienen, luego del deceso del causante, mediante la reconstrucción del patrimonio hereditario al que se deducen las deudas y se le adicionan las liberalidades otorgadas en vida. La ley peruana reconoce que el causante puede otorgar liberalidades a sus herederos forzosos. Lo hace bajo la figura del anticipo de herencia cuando se abre la sucesión del causante para los efectos de la colación.

- Los partidarios de la legítima *pars bonorum* admiten que esta sea pagada en vida del causante. Nosotros discrepamos con esta posición, aunque en la práctica, el causante haya podido entregar sus bienes a sus futuros herederos y se haya desprendido de todo su patrimonio. Si ello hubiera ocurrido y al abrirse la sucesión no existiera herencia, diríamos que, en efecto, la legítima fue pagada. Sin embargo, si se han otorgado liberalidades a los que más adelante tendrán la calidad de herederos forzosos y al abrirse la sucesión del causante, éste ha dejado bienes y derechos, no puede concluirse que la legítima ha sido pagada en su totalidad. Los herederos forzosos también tendrían derecho sobre esos bienes porque, en el derecho sucesorio, lo determinante es el momento en que se abre la sucesión. Solo en este se podrá saber, con la reconstrucción del patrimonio, si aún se debe la legítima.

- Los partidarios de la legítima *pars bonorum* señalan que esta puede ser cancelada a título de legatario y no de heredero. Ello quiere decir que cada uno de los herederos forzosos recibe bienes en cancelación de su cuota, pero bajo la figura de legados. Sin embargo, dicho supuesto no cabe en la normatividad peruana porque los legados se obtienen de la cuota de libre disposición, que es su límite. Si el causante distribuyera su herencia adjudicando bienes específicos a sus herederos mediante testamento - lo que no es raro - estaría pagando la legítima. Así es regulado por el Código Civil (1984) en el artículo 852, a propósito de la partición testamentaria, cuando señala “[...] no hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse en este caso, solo la reducción en la parte que excede lo permitido por la ley”. Según esta disposición, si a un heredero se le adjudicó un bien cuyo valor no alcanza la cuota que le corresponde, se pedirá a otro heredero que haya recibido bienes superiores a su cuota, la reducción del exceso.

Capítulo 1

Historia de la legítima y su presencia en la legislación peruana y latinoamericana

Las diversas fuentes consultadas tienen divergencias respecto de la aparición de la legítima. Algunas señalan que esta se produjo a partir de la querrela de inoficiencia del testamento. Otras consideran que tuvo lugar en la cuarta falcidia, cuya autoría fue del pretor Falcidius. Lo cierto es que, como veremos en el presente capítulo, al origen de la legítima es poco claro.

1.1. Los orígenes de la legítima: Roma y el derecho germano

En los orígenes del pueblo romano, la familia era gobernada por el *pater familias*, quien gozaba de poderes omnímodos absolutos, incluso sobre la vida de sus hijos. Al respecto, Aliaga refiere que el poder de este no era tanto patrimonial, sino doméstico. Además, como no existía propiedad privada individual, la muerte del *pater familias* era irrelevante para efectos jurídicos y no había sucesión en los bienes, sino en el cargo que era asumido por el hijo primogénito. En otras palabras, solo se producía un cambio en la titularidad del poder social, religioso y político (2007, p. 24).

El autor Aliaga señala que, desde la segunda etapa del derecho romano hasta fines de la república, el *pater familia* seguía conservando la potestad absoluta sobre la vida y la administración de los bienes de su familia. Esto implicaba que también se producía la sucesión en los bienes (2007, p. 26). Sin embargo, el autor no aclara en qué momento se produce la transición hacia esta sucesión, pues, según sus propios términos, la muerte del *pater familias* únicamente tenía implicancias en cuanto a la sucesión en el cargo. La explicación podría ser que el *pater familias* no solo tenía poderes absolutos sobre los integrantes del grupo familiar, sino todos los poderes que ello implicaba: religiosos (dirigía el culto), sociales (representaba a la familia ante los demás) y administrativos (de los bienes que existían en el ámbito familiar). En el mismo sentido, García Calderón afirma que “[...] las leyes romanas dieron en un principio tanta autoridad a los padres, que no solo le concedieron el derecho de disponer libremente de sus bienes, excluyendo de ellos a sus hijos, sino también el derecho de vida o muerte sobre los mismos [...]” (1879, p. 1243).

El autor Fernández Arce también alude a las amplias potestades del *pater familias* que se extendían hasta después de su muerte, pues el testador no tenía restricciones en el derecho romano primitivo (“hable el testador y su palabra será cumplida”). El autor precisa que el causante podía disponer de sus bienes *mortis causa* con la misma libertad que disfrutaba en vida, “[a]sí lo establecía una disposición de la ley de las XII tablas: *uti legassi pater familias*

super pecuria tutelare rei sue, itajus esto”, que significa “lo que el padre de familia manda en su testamento acerca de sus bienes y de la tutela de los suyos, que se cumpla” (2003, p. 572-573). Los autores Colin y Capitant (1927) refieren que el *pater familias*, como titular de la patria potestad, tenía derecho a disponer de su patrimonio según su arbitrio y discrecionalidad, y a enajenarlo a título gratuito en vida o para después de su muerte. Por ello, la noción de la legítima fue extraña en Roma por muchos siglos (citado por Aliaga, 2007, p. 41).

El origen y finalidad de la legítima en el derecho romano primitivo son abordados por Roca Sastre (1927), quien refiere que:

[...] la legítima romana surgió como freno y resorte moderador ante insólitos de que algunos testadores, usando abusivamente de tal libertad, instituyeron herederos a extraños sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entre sí, (*officium pietatis*) en cuyo caso se fingía o presumía iures et de iures que tal testador se había producido sin el cabal juicio, quedando rescindido el testamento y abriéndose la sucesión intestada (citado por Aliaga, 2005, p. 28).

En el siglo III, ya se conocía la institución de la querrela de inoficiosidad, que es el antecedente más remoto de la legítima (Zambrano, 1984, p. 241). Según Aliaga, el testamento que no favorecía o lo hacía en una ínfima parte a los parientes más cercanos del testador, era considerado inoficioso o contrario a la piedad. Por ende, el acto era factible de impugnación a través de la acción llamada querrela *inofficiosi testamenti* (2005, p. 28). Según la mayoría de los autores (Fernández Arce, 2003; Capilla, López, Roca, Valpuesta & Montés, 1992, citados por Aliaga, 2005, p. 31), esta dio lugar a la legítima.

La porción legitimaria del derecho romano difería de la reserva hereditaria, su equivalencia más cercana en el derecho germánico, a pesar de que ambas aluden a una porción intangible del patrimonio. Según Aliaga, para el derecho romano, la legítima se concebía como un derecho de los herederos forzosos, para quienes se fijaba una cuota o porción hereditaria. Mientras, en el derecho germánico, donde la propiedad era compartida por los integrantes de un grupo familiar, se reconocía una reserva del patrimonio común que era predeterminada en favor de los demás miembros de la familia (2007). El autor también señala que esta figura era un instrumento de racionalización de la absoluta indisponibilidad *mortis causa* de los bienes, debido a que imperaba un rígido régimen de copropiedad familiar. La reserva nació cuando la sucesión testamentaria fue admitida bajo la influencia del derecho romano para preservar los bienes en la

esfera del clan familiar (Aliaga, 2005, p. 43). Adicionalmente, Roca Sastre(1995) describe las diferencias entre una y otra figura: “Podemos decir por tanto que mientras las leyes romanas fijaban una cuota que el testador, no obstante la libertad de testar tenía obligación de dejar a los legitimarios, las leyes bárbaras tendían, por el contrario, a fijar la cuota del patrimonio familiar de que el padre era autorizado a disponer, en ventaja de los terceros no obstante que el patrimonio perteneciese a la familia” (citado por Aliaga, 2005, p. 45).

Lo cierto es que no hay claridad sobre los orígenes de la legítima. Como señala Colmenares (2005), en una primera etapa, los romanos de la República tendían a la austeridad y la protección de riqueza acumulada. Sin embargo, en las postrimerías de la República, el siglo II antes de Cristo, la finalización de las guerras púnicas favoreció el dispendio del patrimonio que había sido mermado por la gran cantidad de recursos económicos y humanos destinados a la guerra. En este contexto, fue imperioso proscribir algunos aspectos de las liberalidades a fin de proteger a las familias romanas. El autor explica que estas limitaciones atendían a problemas coyunturales sociales y económicos, y requerían respuestas jurídicas. Así nace la legítima, como restricción al *pater familia* respecto de la disponibilidad del patrimonio .El autor Pasquale (1985) señala lo siguiente:

[a] partir de finales del siglo III antes de Cristo, sin embargo comenzaron a aparecer una serie de normas que tendieron a restringir la voluntad del testador, debido a la imperiosa necesidad de evitar, por un lado, las disipaciones del patrimonio familiar por parte del paterfamilias, indiferentemente de si el negocio utilizado era inter vivos o mortis causa, y por otro, que las disposiciones insertadas en el testamento dejaran a aquellos considerados legitimarios sin haber patrimonial con que subsistir (citado por Colmenares, 2005, p. 14).

Por su parte, Zannoni alude a la ley falcidia como el origen de la legítima. Esa institución establecía que un cuarto del haber hereditario debía corresponder a los herederos *ab intestato*, lo cual implicaba una reducción proporcional de los legados, si el testador no hubiese respetado ese mínimo. La ley falcidia o cuarta falcidia (como se le conoce ahora) alude al nombre del que presuntamente fue su autor, el pretor Falcidius. Se trata de una institución creada con el único propósito de incentivar a los herederos a no renunciar a su herencia cuando eran llamados con cuotas reducidas que no resultaban interesantes. En esa situación, ellos repudiaban la herencia y cuando no existían herederos (en este caso por renuncia a la herencia) el testamento caducaba. Por ello, al heredero bajo esta ley, se le garantizaba que, en el peor de los casos, recibiría un cuarto de la herencia; este aceptaba y el testamento podía ser ejecutado (1983, p. 169 y 170). En

el presente, han desaparecido las coyunturas que favorecieron el nacimiento de la legítima como una forma de proteger a la familia. Si por una ley se creó la legítima, por otra ley se puede derogar (Colmenares, 2005).

En las afirmaciones de los autores citados, podemos observar que no se logra explicar cuándo y cómo se produjo el tránsito de la libertad irrestricta de testar, en la primera época de la República de Roma, a la restricción que impone la legítima. No obstante, la mayoría de ellos explican la existencia de la legítima en la acción denominada querrela de inoficiosidad del testamento.

1.2. La legislación peruana: la legítima en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984

En esta parte, realizaremos un breve recorrido histórico de la legítima en los diferentes códigos civiles. Antes de la expedición del Código Civil de 1852, existió el Código de Santa Cruz de 1836 por breve tiempo y dos proyectos de códigos civiles, el Proyecto de Código Civil peruano de Manuel Lorenzo de Vidaurre y el de Ramón Castilla. No obstante, consideramos que el primer código republicano del Perú es el de 1852 porque fue expedido en el gobierno constitucional de José Rufino y Echenique. Este código tuvo una larga vida, pues estuvo vigente desde el 28 de julio de 1852 hasta el 14 de noviembre de 1936. En esa fecha, entró en vigencia el Código Civil de 1936 que se prolongó hasta el 14 de noviembre de 1984, cuando entró en vigencia el actual Código Civil.

1.2.1. La legítima en el Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 recibió las influencias del Código Civil francés, del derecho español, del Código Canónico, y, en particular, de las leyes del fuero viejo, el fuero real y las partidas. Así, la legítima sucesoria, institución enraizada en el pueblo español, pasó al Perú y quedó plasmada en el Código Civil de 1852. Se instauró la regla numérica de los cuatro quintos como legítima y solo un quinto como porción disponible para el testador.

El Código de 1852 se dividió en un título preliminar que aborda de las leyes en general y tres libros. El primer libro se refiere a las personas y sus derechos; el segundo trata de las cosas, el modo de adquirirlas y los derechos que las personas tienen sobre ellos; y el tercero está dedicado a las obligaciones y contratos. No existió un libro dedicado a las sucesiones o a la herencia. Todo lo concerniente a la transmisión del patrimonio por causa de muerte estuvo regulado en el título sobre los modos de adquirir la propiedad del segundo libro. En él se disponía que los bienes y derechos que pertenecieron al causante, quien por su deceso dejó de

ser sujeto de derecho, se transmiten a los sucesores porque el patrimonio no se extingue con su muerte. Posteriormente, a partir del Código Civil de 1936, la sucesión tuvo un libro propio.

En cuanto al concepto de legítima, el Código Civil de 1852 no varió mucho del manejado en los Códigos Civiles de 1936 y 1984, es decir, predominaba la teoría de la *parte de la herencia*, destinada a los herederos forzosos por ley. Además, debido a la influencia del derecho castellano, en especial de la figura de las partidas, el Código estableció la cuota legitimaria de los descendientes en cuatro quintos del patrimonio y reservó un quinto, al que podríamos llamar la cuota de libre disposición o porción disponible en los términos del código actual. Para analizar la legítima sucesoria, regulada en los diferentes artículos del libro segundo del Código Civil de 1852, seguiremos el diccionario jurídico de García Calderón (1879, p. 1243- 1244).

a) La porción legitimaria

Según García Calderón, los padres y ascendientes con hijos, o descendientes legítimos o adoptivos, solo podían disponer libremente hasta de un quinto de sus bienes en favor de sus descendientes, deudos o extraños (Código Civil, 1852, art. 696). En el caso de los descendientes, la porción legitimaria se reguló en cuatro quintos del patrimonio en favor de los hijos legítimos (1879, p. 1243). En la época en que regía el Código, los hijos de relaciones extramatrimoniales no tenían los mismos derechos que los nacidos dentro de un matrimonio. Los primeros se denominaban ilegítimos o naturales, y los segundos, legítimos. Estos últimos comprendían al hijo adoptado plenamente, que era equiparado al hijo matrimonial (la adopción semiplena solo generaba derechos de alimentos). En cuanto a los ascendientes, el autor García Calderón señala que los padres naturales (extramatrimoniales) también poseían el quinto del patrimonio como cuota libre cuando tenían hijos naturales o ilegítimos (artículo 698). Si el padre matrimonial tenía hijos legítimos y naturales, la herencia se dividía en treinta partes, de las cuales, veintinueve eran para los hijos y una quedaba a la libre disposición del padre (1879, p. 1243).

La cuota de libre disposición, es decir, el quinto del patrimonio, solo era afectada si existían herederos forzosos, pero era menester emplearla en favor de hijos naturales o ilegítimos, o de otros descendientes alimentarios. En estos casos, solo podía gravarse el quinto con “mandas” que no excedieran su sexta parte (artículo 700). La “manda” era la cantidad de dinero para atender los alimentos de una persona. Esta disposición puede considerarse el antecedente del hijo alimentista, regulada en el artículo 415 del actual Código Civil (1984). Se obliga al varón que tuvo trato íntimo con una mujer y como consecuencia de ello tuvo un hijo, a la entrega de

alimentos. Esto también es regulado en el derecho sucesorio actual, en los artículos 417, 728 y 874 del Código Civil de 1984.

En general, los hijos pueden ser privados de su legítima en todo o en parte. En todo, a través de la desheredación y, en parte, porque su legítima podía ser afectada a través de la mejora (Códigos de 1852 y de 1936) que incrementa el tercio a los otros hijos. La institución de la mejora equivalía a otorgar una parte de la legítima a uno de los herederos forzosos. Este era beneficiado porque se adicionaba otra parte concedida por el testador a su cuota de ley. La única limitación era que el mejorado no podía pasar del doble de la legítima del no mejorado. De este modo, la mejora terminaba afectando la igualdad de derechos de los hijos, pues todos eran sucesores de la misma calidad.

El Código Civil de 1852 establecía que todo lo recibido por los descendientes con derecho a heredar, bajo cualquier título, se consideraba anticipo de legítima (hoy anticipo de herencia). Este no se estimaba como mejora salvo que el testador lo declarase de forma expresa en su última voluntad (art.743). No había lugar para la colación porque ella perseguía que se respete la igualdad en las cuotas legitimarias entre los hijos, lo cual implicaba imputar el importe de la ventaja económica recibida por una persona, en vida del causante, a la cuota legitimaria. La colación era regulada en este código con las siguientes reglas: i) todo lo recibido por los hijos y descendientes de sus padres o ascendientes ,bajo cualquier título, se trae a colación para ser consultado en la partición entre los herederos en condición de igualdad (art. 935); ii) habiendo hijos o descendientes legítimos, la cuarta conyugal no debería pasar de 8 mil pesos ni ser mayor que la legítima obtenida por cada heredero; y iii) la cantidad en que la cuarta excedía a la legítima, se devolvería a la masa hereditaria para la igualación entre los herederos y el cónyuge sobreviviente (art.920).

En la época de vigencia del Código, la cónyuge no era legitimaria, por lo tanto, solo se le reconocía el derecho a la cuarta conyugal que no tenía la calidad de legítima y cuya cantidad no podía superar las cuotas de los legitimarios. Además, el ascendiente no podía dotar a su descendiente en más de lo que podía corresponder a la cónyuge por la legítima calculada al momento de constituirse la dote. La dote eran bienes que la mujer llevaba al matrimonio para colaborar con la atención de las necesidades domésticas. Se trataba de una figura típica de esa época que se mantuvo hasta el Código Civil de 1936.

Finalmente, en el caso de los ascendientes, estos también eran legitimarios, pero - como sucede en el presente - su cuota era menor. Las reglas que regulaban la participación de los ascendientes y de los legitimarios eran las siguientes: i) los hijos o descendientes legítimos que

tenían como herederos forzosos a sus padres o ascendientes, solo poseían la facultad para disponer hasta del tercio de sus bienes en favor de deudos o extraños (art. 697), es decir, la cuota legitimaria de los ascendientes era dos tercios de los bienes; ii) cuando los descendientes concurrían a heredar con hijos naturales reconocidos, la herencia se dividía por la mitad entre ellos y los hijos, iii) en el caso anterior, los ascendientes podían ser privados sin causa de su legítima, si el padre instituía al hijo natural como heredero universal (art. 892, inc. 2; 701 y 893). Entendemos que la presencia de un hijo natural reconocido e instituido como heredero universal, impedía que los ascendientes pudieran acceder a alguna cuota legitimaria.

b) El régimen de mejoras

El Código de 1852 no reconocía las mejoras en favor de los ascendientes, las cuales solo eran aplicables a los descendientes (con el Código Civil de 1984 se hizo posible el anticipo de herencia entre un descendiente y un ascendiente). Se señalaba que lo recibido por el ascendiente de su descendiente, bajo cualquier título, era anticipación a cuenta del haber que le correspondería en la herencia como heredero forzoso (art. 743). Este artículo no aludía a los bienes dados a título oneroso porque la colación partía de la premisa de que el heredero forzoso había recibido una liberalidad del causante en vida. Los legados que provenían de la cuota de libre disposición también eran aplicables, pero no debían confundirse con las mejoras, que solo cabían para los descendientes. Finalmente, los ascendientes podían ser privados de su legítima por las mismas causales aplicables a los descendientes.

Para concluir, podemos señalar que los legitimarios solo eran los descendientes y ascendientes. No lo eran el cónyuge del causante ni los parientes colaterales de segundo, tercer y cuarto grado, quienes solo podían heredar en la sucesión intestada de acuerdo al orden preferencial.

1.2.2. La institución de la legítima en el Código Civil de 1936

Esta parte la desarrollaremos tomando como referencia al autor Castañeda (1975), comentarista oficioso del Código Civil de 1936. La promulgación de este código fue realizada el 14 de noviembre de 1936, en respuesta a un llamado de la sociedad entera frente a los importantes cambios que había sufrido, pero que la legislación de 1852 no tuvo en cuenta. La legislación de las tres primeras décadas del siglo XX había quedado desfasada y un código civil debe responder a los hechos de una sociedad para regularlos, y permitir el desarrollo de la persona y su accionar al interior de ella.

La Constitución Política de 1933, vigente al momento de la promulgación del Código no previó disposiciones sobre la herencia, como sí lo hicieron las Constituciones de 1979 y 1993. Sin embargo, los Códigos Civiles de 1936 y 1984 regularon la sucesión en un libro propio con normas específicas sobre la transmisión patrimonial desde la muerte de una persona en favor de sus sucesores. El autor Bolaños Rodríguez se refiere a Juan José Calle, Echeopar y Aníbal Crovetto, autores nacionales de comienzos del siglo XX, como los ponentes del libro de sucesiones del Código Civil de 1936. Ellos fundaron la legítima y el derecho de propiedad como derechos naturales que no podían modificarse y que debían existir al mismo tiempo. La institución de la legítima cumpliría deberes morales y sociales hacia la gran familia, que es la humanidad (2013, p. 44-45). Por su parte, Valverde (1951) comparte estas afirmaciones y añade que la familia debe primar sobre el individuo.

La regulación de la legítima sufrió cambios importantes. La cuota hereditaria varió de cuatro quintos a dos tercios del patrimonio cuando se trataba de legitimarios descendientes, y de un tercio a la mitad del patrimonio en el caso de los ascendientes. Además, siguió reconociendo a los descendientes y ascendientes como legitimarios, e incluyó al cónyuge, pero con una limitación. Éste podía participar de la sucesión siempre que sus derechos por gananciales no superaran su cuota hereditaria. Si ocurría lo contrario, el cónyuge se quedaba con sus gananciales y ya no le correspondía la herencia de su consorte fallecido.

El Código de 1936, a diferencia del anterior, estuvo dividido en cinco libros. El primero estaba referido al derecho de personas; el segundo, al derecho de familia; el tercero, al derecho de sucesión; el cuarto, a los derechos reales; y el quinto, al derecho de obligaciones. Como señalamos, el Código de 1852 reguló el fenómeno sucesorio en el libro de las cosas y del modo de adquirirlas en el entendido de que la sucesión era una forma de adquirir propiedad. En cambio, el Código Civil de 1936 dedicó todo un libro con título propio al derecho de sucesión y las normas que regulaban el proceso hereditario desde su inicio, con la muerte del causante, hasta la culminación de la comunidad hereditaria, a través de la partición.

a) Las cuotas legitimarias

La legítima fue regulada en la segunda sección de la sucesión testamentaria. Aquí corresponde la misma crítica realizada para el Código Civil de 1984 porque se genera una confusión. Se induce a creer que la legítima solo opera en la sucesión testamentaria, pero ello no era así, pues también se aplica en la sucesión intestada. En el título segundo, no se definía qué es la legítima, pero se la describía al establecer las cuotas que pertenecían a los herederos forzosos y la cuota de libre disposición. Así, según el artículo 700, quien tenía descendientes o padres, hijos

adoptivos o descendientes de éstos, o cónyuge podían disponer libremente hasta de un tercio de sus bienes. En consecuencia, la legítima de estos herederos forzosos (salvo los ascendientes) era dos tercios del patrimonio hereditario. En el artículo 701, se distinguían las cuotas entre los descendientes y el cónyuge respecto de los ascendientes, a quienes les correspondía la mitad del patrimonio por legítima.

El Código de 1936 seguían al de 1852 en la regulación de la figura del hijo alimentista y establecía que la cuota de libre disposición quedaba afectada ante su presencia. Como se observa, la figura del hijo alimentista se continúa regulando bajo la presunción de paternidad y solo con efectos alimentarios. Pese a la existencia de una prueba científica como el ADN, que afirma o niega una paternidad, aún se mantiene al hijo alimentista en el derecho de familia y el derecho sucesorio.

De otro lado, algunas disposiciones del Código Civil de 1936 fueron criticadas. En primer lugar, se consideraba que los artículos 704 y 765 del Código generaban confusión entre gananciales y cuota hereditaria. El artículo 704 fue cuestionado en el nivel jurisprudencial porque afirmaba que “[l]a legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y esta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueran menores” (Castañeda, 1966). Esta disposición era concordaba con el artículo 765, donde se disponía que, si había hijos u otros descendientes, el cónyuge heredaría una parte igual a la de un hijo legítimo con fundió gananciales con cuota hereditaria.

Si el cónyuge concurría con un hijo y sus gananciales, provenientes de la sociedad de gananciales con el causante, superaba su cuota hereditaria, la perdía y solo se quedaba con los gananciales. Ello redundaba en beneficio del hijo, quien terminaba recibiendo el íntegro del patrimonio hereditario. La aplicación de estos artículos generó muchos rechazos por el trato injusto que se daba al cónyuge sobreviviente y porque los gananciales se confundían con la cuota hereditaria. Sobre el particular, diremos que se trata de instituciones diferentes en esencia y provenientes de fuentes distintas. Esta deficiencia legislativa ha sido superada en el Código Civil de 1984 que separa los gananciales de la cuota hereditaria. Así, el artículo 730 vigente refiere que la legítima del cónyuge es independiente de lo que le corresponde por gananciales.

En segundo lugar, el tratamiento legal del hijo nacido de relaciones extramatrimoniales fue injusto y discriminatorio. De acuerdo al contexto social, él era estigmatizado y considerado como un hijo de segunda categoría, lo cual se vio reflejado en sus derechos hereditarios. Así, el artículo 762 establecía: “Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la

mitad de lo que recibe cada legítimo” (Código Civil, 1936). Este trato discriminatorio fue superado con la Constitución de 1979 que reconoció la igualdad de todos los hijos ante la ley. En el presente, todos los hijos, independientemente de su nacimiento en el matrimonio o fuera de él, tienen cuotas hereditarias iguales.

b) El régimen de mejoras

El Código Civil de 1936 mantuvo el régimen de mejoras del Código de 1852. Así, el artículo 707 señalaba que “[e]l testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a legítima para mejorar a sus descendientes”. Bajo este código y con la finalidad de posibilitar el uso de las mejoras, se estiló dividir el patrimonio hereditario en tres partes: dos de ellas, es decir, dos tercios constituían la legítima; y el otro tercio, la porción disponible. De este modo, las mejoras salían de uno de los tercios de la legítima y se destinaban, según disposición del testador, en favor de uno o más legitimarios. Ellos veían incrementar su legítima y quedaban en ventaja con respecto a los otros hijos no mejorados. La única limitación era que el haber de un hijo mejorado no debía pasar del doble de haber de otro de la misma clase del no mejorado (Código Civil, 1936, art. 708). Las mejoras desaparecieron con el Código de 1984 para evitar diferencias entre los hijos y mantener la igualdad, conforme a la norma constitucional. Además, si el deseo del testador es beneficiar a uno de sus hijos, lo puede hacer sin tocar la porción legitimaria. Él puede usar su facultad de libre disposición sobre la porción disponible que el legislador le otorga.

El Código Civil de 1936 mantuvo la intangibilidad de la legítima. Así, el artículo 705 decía que el testador no podía imponer gravamen, modalidad, ni sustitución de ninguna especie. El fundamento de la intangibilidad estaba en la naturaleza de las normas que gobiernan la legítima, las cuales son de orden público. Se trataba de normas que debían cumplirse sin dejar al arbitrio del testador, la posibilidad de que tome una acción contraria sobre la forma de establecimiento de la legítima.

1.2.3. La regulación legitimaria en el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 fue promulgado el 14 de noviembre de 1984 en reemplazo del Código Civil de 1936 que ya tenía cuarenta y ocho años de vigencia. Las razones del cambio son señaladas por Bevilacqua (s.f): “[...] por el hecho mismo de que el derecho evoluciona, el legislador tiene necesidad de armonizar los principios divergentes, para acomodar la ley a las nuevas formas de relaciones y para asumir discretamente la actitud de educador de una nación, guiando cautelosamente la evolución que se acusa en el horizonte” (citado por Revoredo, 1980,

p.5). Para el momento de la promulgación ya estaba vigente la nueva Constitución Política de 1979, la cual incorporó una serie de derechos fundamentales que modificaron sustantivamente el derecho de familia y, con este, al derecho sucesorio.

Los derechos más relevantes fueron el derecho a la igualdad de todos los hijos, con independencia de si nacieron dentro de un matrimonio o fuera de él; la igualdad legal entre la mujer y el hombre; y el reconocimiento de las uniones de hecho sobre la base del deber estatal de proteger a la familia. Estos modificaron el sistema sucesorio en varios aspectos: el tratamiento de los hijos del causante al darles cuotas iguales sin que interese su calidad de matrimonial; la separación de los gananciales de la cuota hereditaria, con lo cual se convierte al cónyuge en un heredero forzoso más, sin necesidad de condicionamientos (más adelante se reconocería el derecho de herencia entre los concubinos); y la protección del consorte viudo al otorgarle un derecho de habitación vitalicio respecto de la casa que fue el hogar conyugal.

En el tema de la legítima, el nuevo Código de 1984, en un intento de hacer pedagogía, define dicha institución. Así, el artículo 723 señala: “La legítima constituye la parte de la herencia, de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”. No obstante, la norma presenta una serie de reparos en su tratamiento. En cuanto a la ubicación de la legítima, el nuevo Código, como el anterior, la trata en la segunda sección, de la Sucesión Testamentaria, aunque ella no solo está presente en esa clase de sucesión, sino también en la intestada. En todo caso, como sucede con la representación sucesoria, la legítima debió ser tratada en la parte introductoria, de la sucesión en general, como conjunto de reglas que resultan aplicables a todo el derecho sucesorio. La confusión se reafirma porque la definición de la legítima alude al testador. Si la intención era definir la institución, debió mencionarse al causante, con lo cual se estaba cubriendo la sucesión testamentaria y la intestada. Además, debió mencionarse que es la ley y no el causante, la que establece la indisponibilidad de parte del patrimonio ante la existencia de herederos forzosos.

El Código Civil de 1984 no altera las porciones legitimarias establecidas en el Código Civil de 1936, con lo cual, la legítima de los descendientes y el cónyuge es dos tercios del patrimonio hereditario, y el 50% cuando se trata de ascendientes. Además, se mantiene a los herederos forzosos como legitimarios, hijos y descendientes, padres y ascendientes, y cónyuge; y, en una ley posterior (Ley 30007, 2013), se incorporó a los integrantes de la unión de hecho (concubinos) en esa categoría. El Código distingue las preferencias hereditarias relacionadas con los legitimarios y, así, los ascendientes sólo son legitimarios ante la ausencia de descendientes. Esta norma también establece la posibilidad de concurrencia de legitimarios, ascendientes y cónyuge, es decir, estos no se excluyen, como en el primer caso.

Una de las principales novedades del Código de 1984 es el artículo 730 porque supera las graves deficiencias del Código de 1936. Este excluía al cónyuge de la legítima, cuando sus gananciales superaban su cuota hereditaria al concurrir con hijos del causante (arts. 704 y 765). Así, el artículo 730 del código civil de 1984 dice que “[l]a 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”. Esta norma separa la cuota hereditaria y los gananciales como dos derechos distintos, y lo hace no solo porque tienen fuentes diferentes, sino porque sustantivamente son disímiles. La primera es un derecho que la ley reconoce a los consortes para heredarse entre sí sobre la base de que la institución matrimonial tiene soporte constitucional, es fuente de familia, y constituye una institución indispensable para la sociedad. La segunda, los gananciales, alude al patrimonio social generado por ambos cónyuges durante su vida matrimonial y que se liquida en partes iguales cuando esta sociedad fenece. La figura se basa en un reconocimiento a ambos que, con esfuerzo y sacrificio, han contribuido a la formación de ese patrimonio común. En consecuencia, con independencia del derecho que tenga el cónyuge sobre los gananciales y el monto resultante de éste, también tendrá derecho a su cuota hereditaria que, en este caso, se fija en una cuota igual a la de un hijo.

Otro derecho importante relacionado a la legítima es el derecho de habitación vitalicia sobre el inmueble conyugal para el cónyuge supérstite, que no estuvo en el Código Civil de 1936. Este derecho es tomado del artículo 540 del Código Civil de Italia (1942) y del artículo 3573, del Código Civil de Argentina (1879)². Se trata de la facultad del cónyuge supérstite que concurre con otros sucesores, y el importe de sus gananciales y cuota hereditaria no alcanzan para adjudicarse la casa conyugal y seguir habitándola, al impedir su partición. En esta institución se unen dos figuras, una del derecho de familia (art. 323), que otorga preferencia al cónyuge para la adjudicación de la casa conyugal, y otra del derecho sucesorio (art. 731), que le otorga la posibilidad de seguir viviendo en el inmueble.

Finalmente, las normas que regulan la legítima son de orden público y no se puede pactar contra ellas ni condicionarlas porque se trata de un derecho intangible. Dichas normas se extienden igualmente al derecho de habitación. Una crítica que se hace al Código Civil de 1984 con respecto a la legítima, es la no existencia de una disposición que establezca cómo se obtienen las cuotas legitimarias, tal como, por ejemplo, la tiene el Código Civil español (1889). Este, en su artículo 818, define las pautas para fijar la legítima y señala que se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, y al valor

² El Código Civil de Argentina incorporó el artículo 3573, sobre el derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite, mediante una ley promulgada el 1 de octubre de 1974.

líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables. Se trata de un referente importante a tener en cuenta para establecer la legítima en el Perú.

1.3. La regulación de la legítima en el derecho comparado

Existen diferencias en cuanto al trato de la institución de la legítima. Los países centroamericanos la gobiernan en función de proteger los derechos alimentarios de los familiares del causante. Mientras, las legislaciones sudamericanas se ocupan, principalmente, de proteger los derechos hereditarios de los familiares del causante cuando este haya fallecido. Esto con independencia de si ellos se encuentran en estado de necesidad o no, lo cual es un requisito indispensable para los alimentos.

1.3.1. Legislaciones centroamericanas que no regulan la legítima

Un referente importante de la legítima y su tratamiento se encuentra en Cuba, pero con un carácter fundamentalmente asistencial. Esto nos conduce a señalar que el tema alimentario (derecho asistencial) está presente en los legitimarios en tanto que quienes se encuentren en estado de necesidad serán beneficiarios de la legítima. Otros países de la región, como México y Costa Rica no regulan la institución de la legítima, pero se cuidan de proteger los derechos alimentarios de los parientes necesitados del causante.

El Código Civil para el Distrito Federal de México, en su artículo 1283, señala lo siguiente: “El testador puede disponer de todo o parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima”. En este caso, el legislador mexicano llama sucesión legítima a la sucesión intestada (2016, p 129). Este Código no regula la legítima como un derecho de los herederos forzosos a participar necesariamente de una parte del patrimonio del causante, pero protege el derecho alimentario de sus parientes. En efecto, se dedica todo un capítulo a señalar el deber del testador respecto de los alimentos para los descendientes menores de edad, los imposibilitados de trabajar, el cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar, los ascendientes y los hermanos incapacitados de trabajar (art. 1368). Además, convierte en inoficioso, el testamento en que no se deje asegurada la pensión alimenticia.

Por su parte, el Código Civil de Costa Rica (1885) también deja libertad irrestricta para testar, pero protege el derecho alimentario de los parientes necesitados del causante. Así se desprende del artículo 571 cuando define el testamento señalando que, si el causante falleciese sin disponer de sus bienes o lo hiciera solo en parte, o si habiendo dispuesto, el testamento caducase o fuese anulado, aquellos entrarán a la herencia de sus herederos legítimos (en nuestra legislación,

herederos legales). A esto se suma que el artículo 595 refiere a la carencia de legítima con mayor nitidez al establecer lo siguiente:

El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurado los alimentos de sus hijos hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si su hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, además deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte, mientras los necesiten. Si el testador omite cumplir con su obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos.

Resulta claro que, tanto en México como en Costa Rica, la prioridad son los alimentos de los parientes necesitados del causante y, en esa medida, el derecho irrestricto de testar está limitado por ellos. Por esta razón, los legisladores no se preocupan por regular el tema de la legítima, que está dirigida a proteger a los familiares cercanos y directos del causante con una parte del patrimonio. Los países que regulan la legítima no siempre la hacen descansar en el derecho alimentario, aunque los legitimarios sean acreedores alimentarios del causante. Sin embargo, la institución funciona en favor de aquellos herederos forzosos, aun cuando éstos no se encuentren en estado de necesidad.

1.3.2. Legislaciones sudamericanas que regulan la legítima

En Sudamérica, todos los países, sin excepción, regulan la institución de la legítima, aunque con ciertas diferencias sobre todo en cuanto a las porciones legitimarias. El autor Pérez Gallardo alude a las diversas cuotas legitimarias en los países de Sudamérica, como cuatro quintos (Bolivia y Argentina) o dos tercios (Perú y Uruguay) del as hereditario, y otros que distinguen la porción conyugal, la cuarta de mejora y las legítimas (Chile, Colombia y Ecuador) (2010, p. 48-55). A modo de ejemplo, explicamos la regulación de la legítima en las legislaciones de Colombia y Chile.

El Código Civil colombiano (1873), en su artículo 1239, define la legítima en los siguientes términos “[...] legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”. La norma considera legitimarios a los descendientes, ascendientes y al padre adoptante (art. 1240), pero no a la cónyuge. Esta tiene un tratamiento especial, que está regulado en el artículo 1236 al tratar de la porción conyugal. Se señala que la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del

causante y concurre con todos los órdenes de sucesión salvo en el caso del hijo. Además, el viudo o viuda, si los hubiese, recibirá la legítima rigurosa de un hijo como porción conyugal. Esta vendría a ser lo que la legislación peruana trata como gananciales y también se reduce a la cuota legitimaria de un hijo del causante cuando concurre con los descendientes, como lo hacía nuestro Código Civil de 1936.

Por su parte, el Código Civil chileno (1855) define la legítima en los mismos términos que lo hace la legislación colombiana. Así, en el artículo 1181 se señala lo siguiente: “Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”. En la legislación chilena son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente. En cuanto a la cuota legitimaria, el artículo 1184 alude a la mitad de los bienes, que se dividirán por cabezas o estirpes entre los legitimarios según las reglas de la sucesión intestada. En términos de nuestro Código Civil peruano (1984), la división de la legítima por cabezas se refiere a la sucesión de un padre, cuando concurren directamente sus hijos, y por estirpe, cuando uno de los hijos es representado por sus propios hijos, es decir, por los nietos del causante, a través de la representación sucesoria. En cuanto a las reglas de la sucesión intestada, el trato es similar al que nuestra legislación brinda a las cuotas legitimarias mediante la remisión a la sucesión legal.

Una disposición interesante del Código Civil chileno, contemplada en el artículo 1184, consiste en que, si existen los legitimarios, la masa de bienes se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, se destina a las legítimas rigurosas; una cuarta parte, a las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge, o a sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios; y otra cuarta parte, a que el causante puede disponer a su arbitrio. La legislación chilena regula las mejoras con el ánimo de que uno de sus legitimarios reciba en adición otra cuota parte adicional a la que le corresponde. Lo novedoso es que las mejoras podrían darse a estos parientes sean o no legitimarios, es decir, aquellos que por ley son legitimarios, pero han perdido esa calidad por diversas razones. El saldo, es decir la cuarta parte de los bienes, vendrían a ser la porción disponible según nuestra legislación peruana.

En lo descrito, podemos observar que, tanto en las legislaciones centroamericanas, donde no se regula la legítima, como en las sudamericanas, donde sí se la regula, encontramos el denominador común de la protección de los alimentos como derecho asistencial, urgente y vital. Esto se realiza obligando a que el testador reserve una parte de su patrimonio para los familiares, o concediéndole la libertad irrestricta de testar, pero asegurando los alimentos de los parientes cercanos y directos, los llamados herederos forzosos en las legislaciones que regulan la legítima.

Capítulo II

El debate doctrinal sobre la legítima

La muerte de una persona abre su sucesión (causante) y se produce el llamamiento de sus sucesores (personas que entran en su lugar). La convocatoria puede hacerla el causante vía testamento o, en defecto de ello, la ley llama. Al producirse su deceso, el causante deja de ser sujeto de derecho, pero el patrimonio que formó en vida y las relaciones jurídicas que generó no se extinguen. Lo que ocurre es un cambio de titularidad en que los sucesores pasan a ser los titulares de ese patrimonio.

Los sucesores generalmente son los familiares del causante. El parentesco tiene un papel importante, como el matrimonio o la unión de hecho, ya que ambos generan familia. Según la normatividad vigente, si el causante no tiene herederos forzosos, puede disponer de su patrimonio en favor de quien designe voluntariamente. En ese caso, la institución de la legítima no tiene implicancias en la decisión del causante respecto de la disposición de sus bienes. Sin embargo, si el causante tiene herederos forzosos - también llamados legitimarios - estos necesariamente deberán concurrir a la sucesión por mandato expreso de la ley. Los herederos forzosos son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge o la concubina del causante, pero no lo son los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos), quienes solo heredan cuando no hay sucesores forzosos.

En cambio, si el causante no hubiera testado - lo que ocurre de ordinario -, entra a tallar la sucesión legal o intestada. En ese caso, el parentesco es vital porque quien no es pariente del causante, no hereda. En conclusión, la sucesión se da en nuestro país, generalmente, en favor de los familiares del causante. La pregunta es por qué en la sucesión testamentaria, los familiares cercanos y directos (legitimarios) siempre deben ser convocados y tienen una reserva del patrimonio del causante por disposición legal. En el presente trabajo buscamos dar respuesta a esa pregunta al estudiar la institución de la legítima.

La institución legitimaria está regulada en el título correspondiente a la sucesión testamentaria del Código Civil (1984), pero también tiene presencia en la sucesión intestada. El Código define a la legítima, como la *parte de la herencia* de la que el testador no puede disponer libremente si tiene herederos forzosos. Sobre la base de ello, este define quiénes son los legitimarios, cuáles son sus cuotas, y cómo es su concurrencia, exclusión y participación. En el presente capítulo, abordamos las tesis doctrinarias contrapuestas, sobre la permanencia o supresión de la legítima. En primer lugar, abordaremos las tesis que propugnan la permanencia de la legítima, las cuales advierten que, si bien es necesaria, no puede permanecer tal como está regulada en el Código

Civil. Es necesario realizar cambios para hacerla compatible con la realidad y el fin de protección familiar. Para ello, los defensores de la legítima apelan a la defensa de la familia, la solidaridad y la asistencia familiar como su soporte.

Luego describiremos los argumentos de la tesis que propugna la supresión de la legítima. Esta se basa, principalmente, en la defensa de la libertad y la propiedad, y la inoperancia social de la legítima en nuestro medio en tanto no cumple con su fin primigenio, asistir a los herederos forzosos. La razón es que cuando llega la oportunidad de que se verifique la legítima, los legitimarios muchas veces no se encuentran en estado de necesidad y no requieren de las cuotas legitimarias.

1.1. Tesis que abogan por la permanencia de la legítima

La relación entre el derecho sucesorio y el derecho de familia es muy estrecha, lo cual se deriva de que la sucesión se da mayoritariamente entre el causante y sus familiares. La relación es tan íntima que el derecho de familia ha contemplado la figura del hijo alimentista (Código Civil, 1984, art. 415), regulado en el derecho de familia, pese a que se trata de un hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente, es decir no es hijo legal de nadie, empero el derecho sucesorio lo regula afectando la cuota de libre disposición del causante. Aquél tiene preferencia respecto del legatario, instituido por el testador, a pesar de que no es su hijo legal porque la relación paterno filial no se ha establecido. Otra evidencia de esa estrecha relación es que el derecho de familia contempla el derecho preferencial del consorte viudo de adjudicarse la casa conyugal donde se formó la familia. Sin embargo, si los derechos por gananciales de aquél no alcanzan para ello, el derecho sucesorio la posibilita al disponer que a su cuota hereditaria sea sumada sus gananciales. Incluso, si de ese modo tampoco alcanza para la adjudicación, nacerá el derecho de habitación vitalicio en favor de la cónyuge o concubina (Código Civil, 1984, art. 731), derecho que es gratuito y suspende la partición. Así, el derecho de habitación, que tiene su origen en el derecho de familia, termina siendo complementado por el derecho sucesorio.

Como puede apreciarse, la institución familiar está rodeada de normas que no solo se encuentran en el libro de familia, sino que abarcan otros libros, como es el de sucesión. Las normas pretenden garantizar su fortalecimiento como reflejo de que nuestra Constitución impone al Estado la obligación de proteger a la familia con independencia de cómo se haya formado (Const., 1993, art. 4). Este deber pasa, entre otros, por garantizar un soporte económico que le permita cumplir sus fines propios, ejemplo de ello lo tenemos con la presencia del

instituto jurídico de los alimentos, el patrimonio familiar o la sociedad de gananciales. La institución de la legítima se encuentra dentro de este marco de normas.

La legítima siempre ha sido concebida como un derecho y como un deber. Por un lado, está el derecho de los herederos forzosos del causante que se traduce en participar de la herencia dejada por el *cujus*. Por otro lado, está el deber del causante de considerar, en su sucesión y de forma obligatoria, a esos herederos forzosos. El fundamento de esto último radica en el afecto presunto del causante hacia sus sucesores y en una suerte de copropiedad familiar en la formación del patrimonio, donde no solo ha intervenido el causante, sino también sus parientes cercanos y directos (herederos forzosos). Todo ello está enmarcado dentro de un interés familiar que es común a todos y que prevalece sobre el interés individual de los componentes del grupo familiar.

La doctrina sucesoria ha tratado de dar sustento jurídico a la legítima, lo que ha dado origen a diversas tesis: el fortalecimiento y consolidación de la familia, que debe ser protegida porque constituye la base de toda sociedad, conforme lo dispone la Constitución Política (1993, art. 4); una defensa intergeneracional con respecto de los descendientes del causante; el reconocimiento a los integrantes de la familia como colaboradores en la formación del patrimonio del causante, es decir, la formación de un patrimonio de la familia y la defensa de los alimentos de los integrantes del grupo familiar. A continuación, desarrollamos cada una de esas teorías.

2.1.1. El fortalecimiento de la familia

La Exhortación Apostólica Familiaris Consortio del Papa Juan Pablo II, a propósito de la familia, señala lo siguiente: “La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales” (1981, párr. 2). Esta afirmación da contenido a la concepción de la familia como una célula básica de la sociedad. Además, la Exhortación Apostólica señala el deber de los Estados de proteger a la familia, al hacer todo lo posible por asegurarles las ayudas económicas, sociales, educativas, políticas y culturales que necesitan para afrontar, de modo humano, todas sus necesidades (Juan Pablo II, 1981, párr. 45-46).

En la línea anterior, la Carta de los Derechos de las Familias de la Santa Sede (1983) refiere el derecho de las familias a gozar de condiciones económicas que le aseguren un nivel de vida apropiado a su dignidad. Asimismo, este documento eclesiástico resalta que no se puede impedir la adquisición y mantenimiento de posiciones privadas que favorezcan una vida familiar estable. En ese sentido, las leyes sobre la herencia o la transmisión de propiedad deben respetar

las necesidades y derechos de sus miembros (Pontificio Consejo para la Familia, 1983, art. 9, inc. a).

Si bien los documentos eclesiásticos no son vinculantes para los Estados, son recomendaciones a todos los relacionados con el bien común de sus pueblos y recuerdan a los responsables de las funciones legislativas, la importancia y trascendencia de la institución familiar, y los derechos que posee. Así, las familias requieren apoyo económico para cumplir sus fines, como la transmisión de la vida, la educación de la prole o la transmisión de valores. Sin embargo, no necesariamente todo tiene que venir como ayuda directa del Estado, sino que este debe crear las condiciones para posibilitar que las familias tengan una base económica. Ello se traduce, dentro del campo del derecho, en una legislación protectora de la familia a través de instituciones que apunten a garantizar el soporte económico. Algunas de ellas son el patrimonio familiar, la sociedad de gananciales, el derecho de alimentos, el derecho de uso del inmueble destinado al hogar conyugal y la legítima. Si bien esta no se encuentra regulada en el derecho de familia, su finalidad se refiere a la asistencia y protección de la familia del causante.

En el derecho nacional, la protección de la familia se encuentra establecida en diferentes niveles y ámbitos. En el nivel constitucional, el Estado y la sociedad tienen el deber de proteger a la familia (Const., 1993, art. 4). Una primera observación es que la protección gira en torno a todo tipo de familia que se genere en la sociedad. Por lo tanto, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, no se trata de proteger en exclusividad a la familia generada de un matrimonio, sino a todas las familias. Así, la protección debe recaer en las familias matrimoniales, las generadas de una unión de hecho, las ensambladas, las monoparentales y las que vayan apareciendo como estructuras familiares.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 06572-2006, señaló que:

A pesar de la gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el código civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos legítimos y no legítimos (2006, párr. 8)

El deber de protección a la familia se ha materializado a través de políticas públicas tendentes a consolidarla. El Acuerdo Nacional del 2002 estableció veintiocho políticas públicas y una de

ellas, la décimo sexta, estaba dirigida a la protección de la familia. En ese mismo sentido, se aprobó el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 (2004) y el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021 (2016). En ambos instrumentos, se abordan temas económicos. Así, el Plan 2004-2011 estableció el respaldo a la economía familiar y una política económica que impulse su crecimiento como uno de sus principios rectores (Punto 12). Además, este dispone que la asignación de recursos necesarios para implementar políticas y programas orientados al bienestar de las familias sea considerada como una inversión (Punto 17).

En cuanto al Código Civil actual, este contiene instituciones que apuntan a brindar soporte económico a las familias. Así, el patrimonio familiar convierte el predio destinado a la casa habitación familiar, o el predio destinado al comercio, industria, agricultura o artesanía, que genera los recursos de subsistencia, en bienes inembargables e inalienables. De este modo, ningún acto jurídico, medida judicial o administrativa puede despojar a la familia de estos bienes, salvo su transmisión por herencia (1984, art. 488-501).

Respecto de la sociedad de gananciales, el Código Civil (1984) genera un patrimonio social donde se prioriza el interés familiar sobre el interés individual de los integrantes del grupo familiar. Esto implica regular los frutos que generan los bienes propios de los cónyuges como bienes sociales. Pese a que la titularidad está debidamente identificada, los frutos no corresponden al propietario en su totalidad, sino que serán compartidos por ambos cónyuges. La razón es que esos frutos están destinados a solventar las necesidades del hogar. Se trata de una restricción a la propiedad, pues esta permite al titular de un bien, usar, disfrutar y disponer de él, pero, en una sociedad de gananciales, los frutos de los bienes propios son de ambos consortes. Entonces, no sólo la legítima restringe una de las facultades de la propiedad, sino también el régimen de sociedad de gananciales, pues recorta el derecho de usufructo.

El argumento de defensa de la legítima, basado en la protección del Estado hacia la familia, ha sido cuestionado no por afectar el derecho a la familia, sino por la posible vulneración de otros derechos constitucionales, como la libertad y la propiedad. En consecuencia, es necesario compatibilizar la protección a la familia con el ejercicio de esos derechos o, como lo formula Parra, “[...] el derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer (artículo 33 de la Constitución española) con la necesaria protección de la familia (art. 39 de la Constitución) y el sistema de legítimas es una forma de lograrlo” (2008, p.536).

En el Perú, a propósito de la revisión del Código Civil de 1936 y la posterior promulgación del Código Civil de 1984, Revoredo señalaba, refiriéndose al libro de sucesiones, lo siguiente: “En

cuanto a su orientación, este libro del proyecto está inspirado en el concepto de que el derecho de sucesiones, debe cumplir principalmente una función económica de protección familiar” (1980, p. 682). Todo parece indicar que la protección a la familia sirvió de guía para la confección del libro de sucesiones. Por ello, en este se encuentra la institución de la legítima, que reserva una parte del patrimonio del causante en favor de sus familiares cercanos y directos. La reserva legitimaria asegura la atención de las necesidades de los parientes del causante, las cuales fueron cubiertas por él en vida. De este modo, dicha institución cumple un rol estelar en el fortalecimiento y consolidación de la familia, que se mantiene unida pese a que ya no está presente el causante.

La tesis de que la legítima protege a la familia también es reforzada por De la Fuente y Hontañón, quien afirma que “[...] nuestro código civil presenta un rígido sistema legitimario donde el legislador ha entendido como algo justo y razonable que se garantice a los hijos el derecho a recibir parte del patrimonio de los padres, como una manifestación del derecho de protección a la familia consagrado en los artículos 4 y 5 del texto constitucional” (2014, p. 690). En ese mismo sentido, Orlandini considera como la esencia del fundamento de la legítima, que torna imperativo el llamamiento legal sobre *parte de la herencia*, la defensa preponderante de los intereses familiares, la cual se atribuye a principios éticos de solidaridad familiar. El autor señala lo siguiente: “La asistencia familiar es considerada un deber moral que, al ser reconocido por la ley asume la naturaleza de obligación civil. Es así que se consagra la legítima, los alimentos post mortem o ambos como obligaciones legales en resguardo del interés familiar, con fundamento ético en el deber moral de obrar en interés de la familia” (2009. p.55).

Los defensores de la legítima no desconocen que en otras latitudes (por ejemplo, Francia) los ascendientes ya no son legitimarios, que las cuotas son excesivas y que la tendencia es a disminuirlas; por ello, no se cierran a una variación de la legítima.

2.1.2. La defensa intergeneracional

La legítima permite asegurar a los descendientes del causante y a los ulteriores descendientes, los bienes y derechos para satisfacer sus necesidades básicas que permitan la continuidad familiar. El aseguramiento se da al garantizar que los postereros - como Castañeda (1975) llama a los descendientes de una persona - tengan un soporte económico para afrontar los retos que depara la existencia humana. Ello se consigue con la reserva del patrimonio del causante que, por ley, está destinada en favor de estos familiares cercanos y directos.

En una interesante resolución del Tribunal Constitucional Alemán, del 19 de abril del 2005, se hace referencia a la legítima como una “defensa intergeneracional” (citado por Parra, 2009, p. 497). La resolución señala que la legítima de los hijos es constitucional, como manifestación del principio de solidaridad intergeneracional, con independencia de que ellos se encuentren o no en situación de necesidad. La resolución no condiciona el derecho de la legítima a que los descendientes se encuentren en estado de necesidad. Para la autora, de acuerdo a esta resolución se puede entender que en Alemania la legítima de los hijos es una exigencia constitucional. Ello porque la Constitución alemana garantiza la propiedad privada y la libertad de testar es entendida como un elemento determinante de la garantía del derecho de sucesiones. Se trata de un reflejo del derecho de propiedad y del principio de autonomía privada en la libre autodeterminación de la persona (artículo 2.2 de la Constitución alemana). La autora añade que, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional entiende que la libertad de testar debe ponerse en relación con la protección de la familia, garantizada por el artículo 6.1 de la Constitución, de forma que los hijos siempre tengan derecho a una porción de la herencia (Parra, 2009, p. 497).

Como se aprecia, en tanto según la Constitución alemana, los hijos tienen derecho a una porción de la herencia, la legítima cumple el papel de hacerlo efectivo. Se trataría de una suerte de “derecho natural” como diría Lohmann (curiosamente, uno de los que pregonan la supresión de la legítima): “[...] de todos los argumentos (que fundamentan la legítima) el que me parece más sustentable es de orden natural, traer hijos al mundo, agradecer a los padres y contraer matrimonio obliga a compartir y darle lo necesario, dentro de las posibilidades de cada quien para que cubran sus necesidades” (1996, p 433). En este caso, el autor está considerando a todos los legitimarios según nuestra legislación, en cambio el Tribunal Constitucional alemán solo alude a los descendientes como legitimarios Lohmann (1996) - citando a Lanatta (1985), Echecopar (1999), Castañeda (1975) - pone énfasis en que la razón de ser de la legítima descansa en el vínculo familiar como parte de los deberes y obligaciones que provienen de este.

La legítima, al reservar una parte del patrimonio del causante para sus familiares cercanos y directos, está cumpliendo la función de preservar la continuidad familiar porque garantiza el soporte económico de su familia. Siguiendo a Parra, la legítima sería el cumplimiento de las obligaciones, por la propia naturaleza de las cosas, de mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos (2009, p. 497), y, con ello, mantiene la continuidad generacional. La tesis puede resumirse en que la función de la legítima es permitir que la familia pueda continuar naturalmente a través de sus descendientes. Esta también se encuentra inmersa en el análisis de Tapia sobre el derecho sucesorio chileno cuando afirma que “[...] en la herencia subyace una idea antropológica de solidaridad [...] y que los límites impuestos por la legítima terminarían

garantizando la subsistencia de las vinculaciones a la tierra, al menos en la siguiente generación (2010, p. 129-130).

Se puede apreciar que la tesis de la defensa intergeneracional sólo considera a los descendientes del causante. Esto recoge lo que fue la legítima de Roma en su origen, cuando solo los descendientes del causante eran legitimarios y los únicos con derecho a iniciar procesos de querrela de inoficiosidad del testamento, o la cuarta falcidia (cuarta *parte de la herencia*) solo era reservada para ellos. Se trata de una tendencia a regresar a los orígenes de la legítima y considerar como tales solo a los descendientes, pero protegiendo al cónyuge. En el caso peruano, la protección al cónyuge se realiza a través de la legítima, así como de los gananciales que le corresponden y, cuando estos no existen debido al régimen de separación de patrimonios, el cónyuge sigue siendo legitimario.

En síntesis, la tesis de la defensa de las futuras generaciones a través de la legítima persigue la defensa de la continuidad institucional familiar, al darle a la familia del causante un soporte económico que les permita seguir subsistiendo.

2.1.3. El patrimonio de la familia

Los integrantes de una familia requieren de fuentes de ingresos para satisfacer las necesidades ordinarias de todo hogar. Además, estas posibilitan la adquisición de bienes y, con ello, la formación de un patrimonio. Para ello, no solo interviene el futuro causante, sino que directa o indirectamente contribuyen los familiares que viven con él. Lo que hace la ley es reconocer una expectativa de derecho que se concreta cuando fallece el causante. Por ello, pese a que los bienes pueden estar a nombre de una sola persona, en puridad responden al trabajo del grupo familiar en una suerte de copropiedad. Para Parra, 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 (2009, p. 497). Por lo tanto, les corresponde una parte o todo el patrimonio por derecho propio. Esa parte vendría a ser la porción legitimaria que el causante no puede disponer porque está reservada en favor de sus familiares.

La legítima comprende a los familiares cercanos y directos del causante, que son sus descendientes, el cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho y los ascendientes. Como se observa, todos ellos son familiares cercanos y directos del causante, que han vivido con él y han contribuido a la formación del patrimonio hereditario. La colaboración no solamente es dineraria, también se considera la ayuda al causante, como el soporte espiritual, la asistencia, el

servicio o la creación de un clima de tranquilidad. Todo ello convierte al causante (en vida) en una persona mucho más productiva.

2.1.4. Los alimentos como necesidad cubierta por la legítima

La mayoría de autores que defienden la institución legitimaria la hacen descansar en el cumplimiento de una obligación natural del causante hacia sus familiares cercanos: la obligación alimentaria. Esta no solo se encuentra presente durante la vida del causante, sino que trasciende su muerte. La tesis ha sido plasmada en diversos códigos civiles, sea que regulen o no la legítima, como es el caso del Código Civil de Costa Rica (1885), México (1928) y Guatemala (1963).

Las legislaciones que no regulan la legítima, se encargan de privilegiar los alimentos. Así, el Código de Guatemala es enfático en precisar que la libertad de testar solo está limitada por el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas (1963, art. 936). Mientras, el de Código de Costa Rica (1885) refiere que el testador podrá disponer libremente de sus bienes siempre que deje asegurado el derecho de alimentos hasta la mayoría de edad, si los hijos son menores y de por vida, si los hijos tienen una discapacidad que les impide valerse por sí mismos. Además, se deberá asegurar la manutención de los padres y de la consorte, mientras los necesiten (1928, art. 595). En este país, se nota la prevalencia del derecho de alimentos sobre la libertad irrestricta de testar. Si el testador omite cumplir su obligación de alimentos, el heredero instituido solo recibirá el sobrante de los bienes después de haberse determinado la cantidad suficiente para asegurar al alimentario, previa estimación de los peritos.

En el Perú, el derecho a los alimentos es un derecho fundamental de la persona y está presente en los derechos a la vida y la salud que la Constitución peruana (1993) regula en su artículo 2, inciso 1. Se trata de derecho vital y de urgencia, y, por ello, goza de todas las medidas garantistas a fin de que su cumplimiento sea satisfecho. En nuestra legislación, ello se ve reflejado no solo en el derecho de familia, sino también en el derecho sucesorio. Este afecta la cuota de libre disposición de una persona cuando tiene pendiente una obligación alimentaria, a la par de considerarla como una deuda de herencia que debe ser satisfecha antes de cancelar las cuotas legitimarias (Código Civil, 1984, arts. 728 y 874). Finalmente, el autor Fernández Arce, enfatiza que “[...] la subsistencia y la educación son derechos y obligaciones que trascienden a la muerte del causante” (2014, p. 572). Debe entenderse que, los rubros de los alimentos comprenden no solo la subsistencia, sino también la educación, la salud física y psicológica, la habitación y la recreación en el caso de menores de edad. Según el autor esta obligación subsiste

después de la muerte del causante. Se trata de una opinión que respetamos, pero que no compartimos.

Como señala Messineo (1956), el causante cuando testa tiene la obligación de respetar la legítima como una especie de obligación alimentaria respecto de los que dependen de él (Castañeda 1966, p. 196). Este fundamento de la legítima implica la conversión de un deber ético en una obligación legal, pues, como lo señala Orlandini, “[...] la asistencia familiar es considerada un deber moral que, al ser reconocida por la ley asume la naturaleza de obligación civil. Es así que se consagra la legítima, los alimentos post mortem o ambos como obligaciones legales en resguardo del interés familiar, con fundamento ético en el deber moral de obrar en interés de la familia” (2009, p. 55). Los alimentos están presentes cuando se alude a la legítima, pero la autora sostiene que, si los límites legales impuestos a la libre disposición para después de la muerte constituyen una obligación alimentaria, su cuantía no debería traspasar los de una pensión alimentaria. En la mayoría de legislaciones que regulan la legítima, no se alude a esta interesante inferencia de Orlandini, pues esta solo se considera como una parte del patrimonio del causante, reservada en favor de los herederos forzosos. No teniéndose en cuenta, si supera o es menor a lo establecido para los alimentos.

En la legislación peruana, si bien la legítima no hace referencia a los alimentos, las diversas normas que los regulan tienen implicancias en el derecho sucesorio. En primer lugar, el artículo 417 del Código Civil (1984) está ubicado en el derecho de familia: no obstante, su relación con el derecho de sucesiones es evidente. El legislador establece que los herederos deberán pagar lo correspondiente a la obligación del causante de pasar alimentos, pero el alimentista no podrá recibir más de lo que le hubiera correspondido de haber sido reconocido o declarado. La figura presente en esta norma es la del hijo alimentista, establecida en el artículo 415 del Código Civil (1984). En segundo lugar, el artículo 728 del Código Civil (1984), ubicado en el libro de sucesiones, establece una afectación a la cuota de libre disposición del causante. Si el testador dispuso de ella y existe un hijo alimentista, el legatario solo podrá cobrar su legado una vez que se hayan cubierto los alimentos del acreedor. Finalmente, según el artículo 874, el importe que se debe al hijo alimentista es una deuda de la herencia y, por tanto, la prioridad para su cobro desplaza a los legatarios y legitimarios. Estos deberán esperar que se satisfaga la obligación alimentaria para recién ver satisfechos, primero, la legítima y luego, los legados.

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. Como estos deberes familiares no deben extinguirse con el deceso, a través de la

legítima, se seguirá cumpliendo como una suerte de solidaridad familiar que no se extingue con la muerte del causante.

De otro lado, las legislaciones que regulan la legitimaria lo hacen en función de cubrir un estado de necesidad a través de los alimentos. Así, el Código Civil de Cuba (1987), que tiene una óptica distinta a la normatividad peruana, no deja de reconocer la base alimentaria que subyace en la legítima. Así, el autor Pérez Gallardo señala lo siguiente:

La legítima asistencial, o sea la parte indisponible del caudal hereditario, que el legislador dispone sea reconocida por el testador en su testamento, a los parientes más propincuos (descendientes y ascendientes) y al cónyuge, siempre que se trate de personas que en razón de su falta de aptitud para emprender una actividad económicamente productiva, y en consecuencia por su vulnerabilidad económica, al depender en tal orden del causante de la sucesión requiere de una especial tuición o protección [...]”. (2010, p. 2)

Finalmente, las tesis pro legítima tratan de flexibilizar la rigurosidad respecto de quiénes son sujetos con derecho a la legítima y el monto de su cuantía. Respecto de lo primero, el Código Civil francés (1807) ha eliminado a los ascendientes del causante de los legitimarios. En Perú los ascendientes siguen siéndolo, aun cuando solo sea en defecto de los descendientes (1984, art. 729 y 817). En cuanto a lo segundo, sugerimos reducir la cuota legitimaria al 50% del patrimonio de causante.

2.2. Tesis que abogan por la supresión de la legítima

Quienes abogan por la supresión de la legítima hacen descansar su tesis en el argumento constitucional de que no se pueden vulnerar los derechos a la libertad y a la propiedad, pues son cimientos de toda sociedad organizada. En efecto, la Constitución reconoce como derechos de la persona, la libertad y la propiedad, y junto a esta última, a la herencia (1993, art. 2, inc. 16). No es casualidad que estos dos derechos (propiedad y herencia) hayan sido incluidos en un mismo inciso. Por un lado, entre los atributos de la propiedad está la disposición y una de las formas en que esta se manifiesta es la sucesión. Esta consiste en la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que fueron del causante en favor de los sucesores. Por otro lado, la sucesión que ocurre ante el deceso de una persona presupone la titularidad sobre este patrimonio, es decir, la propiedad sobre los bienes y derechos que tuvo el causante, y que ahora se van a transmitir en favor de sus herederos.

La Constitución peruana, al referirse a la herencia, lo hace en forma genérica, al igual que lo hacía la Constitución del Brasilde 1967. Esta última señalaba que “se garantiza el derecho a la herencia” (art. 5, inc. 29), mientras que la Constitución peruana señala que “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia” (art. 2, inc. 16). Se debe entender que el término herencia comprende no solo el patrimonio hereditario (conjunto de bienes, derechos y obligaciones), también se encuentra el derecho a testar, a participar de una sucesión intestada entre otros. En efecto, el causante tiene derecho a disponer de su patrimonio e, incluso, a ordenar asuntos netamente personales para después de su muerte, a través de la sucesión testamentaria. Por otro lado, los sucesores tienen derecho a recibir el patrimonio que fue de su causante vía el testamento o, en su defecto, por disposición de la ley sobre la base del vínculo familiar que los une. Este parentesco termina siendo el sustento de la institución de la legítima en favor de los herederos forzosos y es el referente para establecer el orden preferencial hereditario.

El desarrollo constitucional de la propiedad la encontramos en el Código Civil (1984), donde se define como el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (art. 923). Estos atributos, entre los que sobresale el derecho a disponer del bien (o conjunto de bienes y derechos), son restringidos para el titular en vida y después de su muerte cuando existen los herederos forzosos o legitimarios. En este supuesto, solo se permite que el causante disponga libremente de una parte de su patrimonio, más no del todo. La restricción al *ius disponendi* solo se produce cuando se trata de liberalidades, más no cuando la disposición es onerosa. Por ello, surgen diversas inquietudes respecto de la existencia de la legítima sucesoria y los derechos que ella encierra, como el límite a la libre disposición o el derecho de habitación en favor del cónyuge o concubina supérstite.

Una de las preocupaciones radica en la existencia de la institución de la legítima, las razones de la misma y la lesión de otros derechos constitucionales, como los de propiedad y libertad. Otra preocupación es que, como consecuencia de lo anterior, se dificulte la libre circulación de la riqueza, la cual se consigue con el derecho de los propietarios de disponer de sus bienes como mejor les parezca. Finalmente, se alude a casos en que la legítima no tiene razón de ser, en tanto que un buen número de los herederos forzosos se encuentra en una situación económica favorable que no justifica su participación obligatoria del patrimonio del causante. Esto en el entendido de que la legítima debería cumplir un papel de socorro o un deber de solidaridad familiar (argumentos en favor de la legítima).

Estamos ante un conflicto de normas de orden constitucional. El Estado debe proteger a la familia, institución en la que se desenvuelve la legítima, al considerar a los familiares cercanos

y directos del causante como titulares del derecho de una parte de su patrimonio. Sin embargo, se señala que la legítima estaría atentando contra la libertad porque termina imponiendo al causante una conducta que no necesariamente responde a su voluntad, como son las restricciones al derecho de disponer de su patrimonio. Además, se afectaría la propiedad, en particular la facultad de disposición, pues las restricciones constituyen un obstáculo al comercio y a la libre contratación. Incluso se añade que, en determinados casos, la legítima no termina cumpliendo sus fines de protección y socorro, como ocurre con los alimentos. Conviene desagregar estos argumentos que pretenden suprimir la institución de la legítima.

2.2.1. La legítima atenta contra los derechos de la persona

Los autores aluden a la legítima como una institución que vulnera derechos de la persona; se refieren a la libertad y la propiedad. En efecto, la Constitución peruana (1993) define el primero como un derecho fundamental, quizás el más importante después del derecho a la vida. Asimismo, esta menciona el derecho a la propiedad, que es recogido junto con la herencia como derechos de toda persona (art. 2, inc. 16).

a) El derecho a la libertad

La Constitución peruana contiene una diversidad de normas referidas a la libertad. Así, en el artículo 2 se alude a diferentes libertades: libertad de conciencia y religión (inc. 3); libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (inc. 4); libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (inc. 8); libertad y seguridad personales (inc. 24); y libertad personal (inc. 24, lite. b). Además, existen otras en diversos artículos constitucionales, como la libertad de enseñanza y educación (art. 13); la libertad de cátedra (art. 18); la libertad sindical (art. 28, inc.1); la libertad de comunicación internacional (art. 54); la libertad de empresa, trabajo, industria y comercio (art. 59); y la libertad de contratar (art. 62).

Si bien no existe una definición normativa de en qué consiste la libertad, para efectos del presente trabajo consideramos que estamos ante un derecho que deriva de la dignidad del ser humano, como ser pensante, en que su voluntad de actuar no debe tener restricciones. Se trata de una opción de vida, en todo orden de cosas, de decidir por sí mismo sobre el desarrollo de su existencia. La libertad con responsabilidad no debe tener limitaciones; sin embargo, una libertad que no comprenda responsabilidades por la conducta del sujeto llevaría al libertinaje. En esa medida, en el ámbito del derecho sucesorio, la libertad la veremos reflejada, por ejemplo, en el derecho de testar, aceptar una herencia, pedir el reconocimiento de su calidad de heredero,

ejercer el derecho de habitación o solicitar colación. Esta libertad se encuentra en juego en la legítima pues por el derecho a la libertad, el causante debería tener la facultad de decidir sobre la disposición de su patrimonio sin restricciones. El atentado contra ella sería la imposición legal de que el causante no pueda decidir sobre la disposición de su patrimonio y esté condenado a reservar una parte en favor de los designados como legitimarios.

El atentado contra la libertad consistiría en imponer una conducta al causante sobre su patrimonio, al obligarlo a considerar a los herederos forzosos dentro de sus beneficiarios, sobre su patrimonio. En esa medida, la normatividad que gobierna la legítima sería inconstitucional porque no se estaría respetando la libertad del titular del patrimonio (disponer de él según su voluntad). Entonces, debería existir una razón que trascienda el ámbito individual y se ubique en el ámbito del interés social para poder limitar la libertad de disposición del patrimonio. Los detractores de la legítima señalan que no existe esa razón; solo se crea por imposición legal.

En nuestra Constitución, se encuentra el derecho a la libertad para que el ser humano pueda dirigir su voluntad sin restricciones a fin de profesar una fe religiosa; expresarse y difundir su pensamiento; trabajar; realizar una creación intelectual, artística o técnica; contratar; o sindicalizarse. Si ello es así y, como producto del trabajo, creación intelectual o contratación se generan recursos para formar un patrimonio propio, la libertad que nos permitió ello también debería traslucirse en la libre disposición del patrimonio, sin interferencias ajenas, legales o de cualquier otra índole. Si las hubiera (la legítima restringe la libre disposición), estaríamos ante un atentado contra la libertad de la persona respecto de las decisiones sobre el gobierno de su patrimonio.

No les falta razón a los que, basándose en la libertad, se oponen a la existencia de la legítima. En ese sentido, Bolaños Rodríguez afirma que sin libertad los derechos de propiedad privada no funcionan (2014, p.158). Para contestar esa posición, debería encontrarse argumentos que, basándose en la utilidad social de la institución, pueda defenderse la restricción a esa libertad.

b) El derecho a la propiedad

La Constitución peruana (1993) no solo reconoce el derecho a la propiedad como un derecho fundamental (art. 2, inc. 16), sino que también alude a él en estos términos: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio [...]” (art. 70).

Además, el Código Civil (1984) señala que “[...] la propiedad es el poder jurídico, que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (art. 923). En estas disposiciones, se pueden observar las potestades que entraña la propiedad, dentro de las cuales, quizás la más importante es la referida a la disposición. Se trata de una prerrogativa que faculta al titular de unos bienes a transferir, vender o donar, es decir, desprenderse del bien sin solicitar la autorización de nadie. Este derecho de propiedad y los atributos que encierra terminan siendo garantizados por el Estado en el nivel constitucional.

Una institución que restrinja los atributos de la propiedad termina lesionando y violentando un derecho reconocido constitucionalmente, y, por ende, debería cesar. En el Perú, tanto la norma constitucional como la legal establecen que la propiedad debe ejercerse dentro de los límites de la ley. Por tanto, no cabe que su ejercicio lesione derechos de terceros, pues el derecho de uno termina donde comienza el derecho de los otros. El Código Civil (1984) es el que brinda los alcances de su ejercicio, así como las limitaciones en determinados supuestos. Un ejemplo de ello es el régimen económico de la sociedad de gananciales, contemplado en el derecho de familia. Este dispone que los frutos, rentas y productos generados de los bienes propios de uno de los cónyuges no le corresponden en exclusividad al titular - como debería ser si interpretamos literalmente el derecho de propiedad, usar y disfrutar -, sino que pertenecen a ambos socios, consortes de la sociedad conyugal. La razón de ello es que predomina el interés familiar antes que el individual.

Otro ejemplo de límites al ejercicio de la propiedad está en el artículo 1629 del Código Civil (1984) cuando señala que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento. Esta norma complementa el derecho a la legítima porque, en este supuesto, la afectación radica en la facultad de disposición contenida en el derecho de propiedad, en la modalidad de liberalidad. En consecuencia, por más propietaria que fuere la persona, no puede desprenderse de todo su patrimonio a título de donación si tiene parientes con la calidad de herederos forzosos. La ley dispone esta restricción con el fin de proteger intereses familiares, al igual que ocurre con los bienes propios dentro de una sociedad de gananciales. Como puede apreciarse, el ejercicio de la propiedad debe estar encuadrado dentro de los límites que establece la ley y ejercerse en armonía con el bien común (Constitución Política, 1993) o el interés social (Código Civil, 1984). Además, la propiedad debe ejercerse respetando los derechos de los demás, por lo que se establece una suerte de limitación encubierta cuando se regula el abuso del derecho. En todos estos casos, existen razones de interés social que justifican las limitaciones.

Se puede comulgar con la restricción a la libre disposición de los bienes por razones de defensa de derechos fundamentales, como la vida. Es el caso de los alimentos que están garantizados a través de normas, las cuales permiten el embargo de los bienes del obligado e, incluso, su remate, o establecen la exigencia de una garantía real, prenda o hipoteca cuando existe una resolución que demanda el pago de alimentos. Sin embargo, esta misma razón no se encuentra en el caso de la legítima, que termina atentando contra el derecho privado de la propiedad. No existe una justificación para imponer al causante la restricción sobre sus bienes. Debido a las facultades otorgadas por la propiedad él puede, en uso de su libertad y en ejercicio de su titularidad, disponer de su patrimonio como le parezca. No es satisfactorio que se haga descansar la existencia de la legítima en los alimentos porque, como señalamos, éstos se encuentran garantizados por otro tipo de normas.

Por la propiedad, el titular de los bienes tiene los derechos que la Constitución y la ley le confiere, como es la disposición. Se trata de una suerte de ejercicio pleno de la libertad sobre la administración de aquellos. En esa medida, tendría que existir una razón poderosa y socialmente justificable para restringir la disposición. Por ello se cuestiona, con razón, si las limitaciones que impone la ley en el caso de la legítima están respaldadas por una conveniencia social y justifica la restricción a la propiedad. La respuesta sería que no se justificaría en el caso de la institución legitimaria, sin desconocer que la propiedad debe ejercerse dentro de los límites establecidos en la ley.

Entre los autores que se manifiestan en contra de la legítima por la afectación del derecho a la propiedad encontramos algunos posicionados dentro de la teoría económica del derecho. Es el caso de Bolaños Rodríguez (2013) que se dedica a probar la incompatibilidad de la legítima con la teoría económica del derecho porque la primera afecta el derecho a la propiedad, base fundamental de la segunda. Así, el autor afirma que el tema de la legítima parte por definir si los derechos de propiedad son del padre o del hijo (legitimario) (2013, p. 202). Al respecto, consideramos que, en temas sucesorios, es obvio que la propiedad corresponde al causante. Además, ante la pregunta de Bolaños sobre quién puede decidir qué hacer con la propiedad, la respuesta también es obvia: la decisión recae en el titular. Finalmente, el autor refiere que, en el caso de la legítima, la intervención del Estado debería estar orientada a proteger la decisión del propietario, pero comete un exceso pues el Estado termina poniendo límites a su decisión. El autor también afirma que el derecho de propiedad permite que el individuo no justifique las decisiones sobre su propiedad frente al Estado, a menos que perjudique a terceros, pues esta es una externalidad que impide el funcionamiento correcto del mercado.

Para fundamentar la tesis de que la legítima no se justifica porque resulta ineficiente y perjudicial, Bolaños (2013) desarrolla el teorema de Coase, el cual trabaja los costos de transacción que suponen un intercambio de bienes y servicios, para analizar si estos son altos o bajos. El autor señala que, si los costos son bajos, es necesario que los individuos negocien y lleguen a un acuerdo para alcanzar la eficiencia y minimizar el costo social. En cambio, si los costos son altos, la única forma de acercarse a la eficiencia es la presencia de una norma legal a la cual se sujeten todos los individuos. Las restricciones a la propiedad (como la legítima) solo serán eficientes si se permiten atenuaciones voluntarias cuando los costos de transacción son bajos, mientras que, si son altos, se obligan a restricciones no voluntarias.

Para Bolaños, si los acuerdos voluntarios promueven la eficiencia, toda decisión legal en contrario que impida la transferencia voluntaria es ineficiente. Es el caso de la legítima que restringe la disposición de bienes. Además, desde una perspectiva económica, esta divide la propiedad de manera ineficiente, mientras que la libertad de disposición la mantiene. Por ello, Bolaños refiere que la legítima es un exceso en la intervención del Estado. Si no lo fuera, para que la limitación de los derechos de propiedad del causante sea eficiente, se necesitaría que los legitimarios tengan derecho de propiedad (2013, p.208). Ello implicaría reconocer un sistema de copropiedad familiar, tal como acontecía en los orígenes del Imperio Romano, que en la actualidad no existe

La copropiedad familiar se suele confundir con el patrimonio de la familia, como si la propiedad fuera del grupo familiar, cuando no es así. Los titulares son los que figuran como tales y en el caso más común del régimen de sociedad de gananciales, la propiedad es detentada por ambos consortes. Tampoco debe confundirse la copropiedad con la institución del patrimonio familiar regulada en el derecho de familia, como si la titularidad de los bienes fuera de esta. El patrimonio familiar consiste en la afectación de la casa que sirve de morada de la familia o el predio destinado a la industria, artesanía, comercio, agricultura que le permite obtener recursos para su sostenimiento. Estos bienes, por disposición de la ley y en defensa de los intereses familiares, no pueden ser embargados ni hipotecados, son inalienables, empero esos bienes pertenecen a uno de los cónyuges o de ambos mas no a la familia como tal.

2.2.2. La legítima como freno al comercio

Un sector de la doctrina señala que la institución legitimaria implica que el titular del patrimonio no pueda disponer libremente de este ante la presencia de herederos forzosos. En esa medida, buena parte del patrimonio de la persona está fuera del mercado porque no se podrá realizar disposiciones o transacciones a título de liberalidad. Si se violenta esta restricción, la

parte del patrimonio que exceda a la legítima no será válida (Código Civil, 1984, art. 1629). En ese sentido, la legítima atenta contra la libre circulación de la riqueza y pone freno a las operaciones de intercambio de bienes. Este argumento tiene una dosis de gravedad, en especial porque casi todos los países se han abierto al mercado mundial a través de la globalización.

El autor Bolaños, al referirse al tema de la legítima como una cuestión de ética o moral, señala lo siguiente: “La legítima es una cuestión moral y que este elemento reduce eficiencia a nuestra economía, tanto en gastos para el gobierno que tiene que sufragar, con el dinero de los contribuyentes, como en las posibilidades perdidas de talento, como sobre todo en la privación del individuo de un elemento importante de su vida, su libertad de disposición” (2013, p. 11). Se trata de dinamizar el mercado, pero no delimitarlo, y, para ello, la propiedad privada y la libertad que están ínsitas deben jugar un papel determinante. Cuando la persona tiene todos los poderes que le otorga la titularidad sobre un conjunto de bienes, se acrecienta su interés en generar mayor riqueza. Ello porque cuenta con la certeza de que acumulando bienes podrá disponer de ellos según su libertad de decisión. En cambio, cuando existen restricciones a su libre disposición, se desmotiva a la persona al no existir un incentivo para seguir produciendo. Por ello, el mismo Bolaños afirma que, a diferencia de que sucede en el mundo contractual, en el derecho de sucesiones, las personas no son libres de realizar sus transacciones y la propiedad termina perdiendo dos de sus caracteres, transferibilidad y exclusividad (2013, p. 60).

Un análisis elemental de costos y beneficios, según la teoría económica del derecho, llevaría a señalar que, en la institución de la legítima, más serían los costos que los beneficios. Entre los primeros está la restricción a la libre disposición que conlleva una traba al libre mercado; la desmotivación de las personas, pues al conocer que no son libres de disponer de su patrimonio, no se esmeran en generar mayor riqueza; y los gastos que genera la ejecución de la legítima, la cual pasa por un pronunciamiento judicial en muchos casos. Respecto de los beneficios, se encuentra la mejora económica de algunas personas que, en un buen número de casos, están realizadas y cuentan con economías solventes.

2.2.3. Institución que no tiene justificación social

Cuando nos hemos referido a la familia y a los regímenes económicos, en particular al de sociedad de gananciales, hemos señalado que a la sociedad le interesa la unidad, permanencia y fortalecimiento de la familia. En esa medida, se establecen restricciones a la propiedad respecto de uno de sus atributos, el usufructo. Ello porque, en el régimen de gananciales, los frutos de un bien propio no solo pertenecen a su titular, sino que también favorecen al otro consorte. La justificación para ello está en la utilidad social porque los frutos están destinados a solventar la

economía de la familia y lograr su desarrollo. En este caso, es claro que el trato legal tiene una justificación social.

La Constitución peruana (1993), al referirse a la propiedad y a su ejercicio, señala que ésta debe hacerse en armonía con el bien común, al igual que el Código Civil (1984), donde se afirma que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. En ambos casos, puede restringirse o despojarse de la propiedad a una persona cuando lo demande el interés social, basado en el bien común. Por lo tanto, si bien la propiedad es inviolable y está garantizada por el Estado, en determinados casos y bajo una justificación social, esta se puede restringir, limitar y despojar vía la expropiación de los bienes. Además, el principio de razonabilidad establece que toda restricción al ejercicio de un derecho no puede ser arbitraria y no puede alterar su contenido (Orlandini, 2009, p. 83). Cuando la esencia del derecho es alterada, se incursiona en la arbitrariedad y puede acarrear la inconstitucionalidad. En ese sentido, corresponde preguntarnos si las restricciones que impone la legítima a los derechos a la libertad y la propiedad terminan alterando la esencia de ellos o no llegan a desnaturalizarla.

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. Sobre este tema, Sierra (1995) señala el “[...] establecimiento de la plena libertad de disposición por causa de muerte. En suma, 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” (citado por Monserrat Pereña, 2010, p. 251). La legítima descansa en una suerte de deber moral del causante hacia sus familiares, como ocurre en el caso de los alimentos que tienen un fondo ético. No obstante, la institución de los alimentos no puede quedarse solo en ese plano y con una sanción consistente en el repudio social. Esta se convierte en una exigencia legal para salvaguardar el derecho de toda persona a alimentarse, como defensa del derecho a la vida, lo cual no ocurre con la legítima, que debería quedarse solo en el plano moral.

La legítima se basa en la premisa de que una persona es titular de un conjunto de bienes generados por ella al amparo de la Constitución y la ley, y que su ámbito de aplicación la relaciona con los familiares del causante. Sin embargo, la sociedad no tiene por qué interesarse necesariamente en lo que suceda con el patrimonio de ese entorno familiar, como sí ocurre con el derecho de alimentos, en tanto es un derecho vital y de urgencia. Debido a esto último, ella interviene para que los necesitados de alimentos puedan requerirlos a los obligados a fin de satisfacer sus necesidades. La finalidad social estaría ausente en la legítima porque, al menos en

nuestro país, esta no tiene como objetivo un estado de necesidad que cubrir, se comprueba cuando opera en casos donde los legitimarios no tienen necesidad de ella.

En el Perú, la sucesión intestada predomina de forma casi generalizada, mientras la sucesión testamentaria, donde generalmente se expresa la legítima, es una excepción. En el primer caso, la ley establece los órdenes hereditarios, basados fundamentalmente en el parentesco de los herederos con el causante. En el segundo caso, los legitimarios son los descendientes, ascendientes y el cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho. Si ellos no existen, la legítima no tiene presencia y el causante puede disponer de sus bienes como mejor le parezca. En el caso de que los legitimarios concurren a la herencia del causante, la ley les reserva una parte del patrimonio y queda una porción de libre disposición. Más aún, la legítima solo tiene que ver cuando se trata de liberalidades que el causante desea efectuar en vida o después de su muerte, pero no tiene presencia si se trata de disposiciones a título oneroso.

Todas las disposiciones legales sobre sucesión regulan un ámbito particular e involucran un limitado número de personas. Por ello, los opositores de la legítima señalan que esta institución no tiene un fin social o un interés común que justifique su presencia. Se podría prescindir de ella fácilmente sin producir cambios sustantivos que trastorquen los cimientos de una sociedad o la sobrevivencia de sus miembros. En conclusión, las restricciones que impone la legítima, siguiendo a Orlandini (2009), terminarían alterando y hasta desnaturalizando el derecho de propiedad, en tanto que una de sus atribuciones es la facultad de disposición. Además, también se altera el derecho a la libertad porque se impone al causante una conducta que no necesariamente comparte. Se interfiere en el gobierno de sus bienes al imponerle que proceda como la ley cree pertinente, lo cual significa que no pueda disponer con libertad de una parte de su patrimonio porque este pertenece a sus herederos forzosos.

2.2.4. No cumple el fin que supuestamente justifica su existencia

Se ha señalado que la legítima es una institución que se enmarca dentro del deber del Estado de proteger a la familia y que cumple una función asistencial, pero ello no se condice con la realidad por diversas razones. En primer lugar, la legítima cumplía el papel de proteger a los descendientes del causante en sus orígenes y, por tanto, era una forma directa de proteger a la familia. Sin embargo, el concepto de familia ha variado en el presente. Se ha pasado de considerar como única familia a los padres e hijos - la familia nuclear desde la perspectiva sociológica - a reconocer nuevas formas o tipos de familia que se dan dentro de un colectivo, e incluso familias donde los integrantes no tienen vínculos parentales entre sí. En el Perú, la Constitución alude al deber de proteger a la familia, pero no señala un tipo específico de familia.

Por su parte, el tribunal Constitucional considera como familia no solo a las matrimoniales, sino también a las provenientes de uniones de hecho; las monoparentales, donde la dirección del hogar recae en uno de los progenitores; y las ensambladas, donde coexisten parientes consanguíneos con parientes afines. Toda esta diversidad de personas conforma una estructura familiar.

Al no existir un tipo único de familia, surgen preguntas sobre cómo se inserta la legítima en esos casos: ¿Se protege a unos y a otros no? Además, dado que se reconoce como institución familiar, no solo a la familia nuclear sino a otras formas de familia ¿también sus integrantes son beneficiarios de la legítima, aun cuando no guarden vínculos de parentesco con el causante? La institución legitimaria nació para proteger a los descendientes del causante y luego se hizo extensiva a los ascendientes y al cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho. Sin embargo, actualmente la legítima sería injusta y discriminatoria si solo se aplicase a los familiares consanguíneos del causante y no a otros integrantes del grupo familiar. Si la idea es proteger a las familias en general, tendría que haber una modificación legislativa que reestructure la titularidad de la legítima.

Por otro lado, se afirma que la legítima cumple un rol importante en la asistencia familiar (el Código Civil de Cuba, 1987, la llama legítima asistencial) porque cubre los alimentos de los herederos forzosos. Al respecto, resulta pertinente citar a Busto Lago (2015) cuando afirma que la rigidez del sistema legitimario del Código Civil (español) es cuestionada si se considera como dato estadístico el incremento de la esperanza de vida. Así, cuando los hijos reciben la herencia de sus padres ya tienen una edad avanzada en la que difícilmente se cumple con la finalidad de proteger la familia. Esta afirmación es certera, pues en un buen número de casos donde opera la legítima, los legitimarios tienen patrimonio propio y no necesitan la asistencia de sus padres. En ese supuesto, la legítima pierde todo sentido.

La autora Orlandini abona a la tesis antes señalada y refiere que, en numerosos casos, la legítima está protegiendo a herederos que son personas adultas, en pleno goce de sus derechos, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico no ha previsto ninguna obligación para el causante en vida (2009, p. 83). En efecto, la legítima existe en función de asistir a los miembros de una familia, lo cual se materializa principalmente en los alimentos. Sin embargo, esta finalidad pierde sentido cuando los legitimarios son independientes y con patrimonio propio. Por ello, Orlandini, (2009) refiere que, en esos casos, la ley no prevé - como debería ser - una asistencia, y la razón de ser está en el ejercicio del derecho de alimentos que procede solo y exclusivamente en situaciones de estado de necesidad. En este supuesto, la legítima no cumple

el rol para el que ha sido llamada; sin embargo, se obliga al causante a reservar parte de su patrimonio, aun cuando los legitimarios no requieren ayuda.

En síntesis, la posición de los que abogan por la supresión de la legítima descansa en el respeto a los derechos constitucionales como la libertad y la propiedad. A ello se suma que actualmente la legítima no cumple con su fin originario de defensa de la familia nuclear (padres e hijos) porque la institución familiar ha cambiado y no existe un solo tipo de familia. En general, el argumento es que no existen razones sociales que justifiquen la existencia de la legítima; más bien, su supresión permitiría reforzar el derecho de los alimentos con normas garantistas. Esto ocurre en las legislaciones centroamericanas que, sin necesidad de regular legítima, cuidan los derechos alimentarios de los herederos forzosos.

Los argumentos que sustentan la propuesta de suprimir la legítima en nuestro ordenamiento son razonables, pero no justifican su supresión. Lo que se requiere es su reformulación para que pueda cumplir con los fines que dieron lugar a su nacimiento, como la asistencia a los miembros de la familia.

En el siguiente capítulo realizaremos un análisis crítico de cada uno de los argumentos sobre la legítima, tanto los que propugnan su permanencia como los que piden su supresión. Luego sentaremos nuestra posición y formularemos una propuesta legal para arribar a las conclusiones de la tesis.

Capítulo III

De la legítima solidaria

La legítima no fue cuestionada por siglos porque se aceptaba como una suerte de institución natural, en donde el llamado jefe de familia debía velar por las personas que componían su núcleo familiar. Sin embargo, en los últimos años, se califica a la legítima como una institución fácilmente prescindible del sistema jurídico, en tanto no cumple un rol social y viola derechos fundamentales. Esto dio lugar a un debate doctrinal sobre su supresión o permanencia. Ello a pesar de que, como se ha desarrollado a lo largo de la tesis, la legítima, en tanto institución del derecho sucesorio, ha sido objeto de modificaciones importantes, respecto de quienes son los legitimarios y las cuotas legitimarias. Además, esta ha sufrido una importante y trascendente modificación al haber incorporado como legitimario al sobreviviente de la unión de hecho porque lo ha puesto a la par del cónyuge respecto de los derechos que comprende la legítima.

La actual regulación de la legítima ha recibido críticas no solo de quienes se oponen a su existencia, sino también de quienes comulgan con su permanencia. Los últimos reconocen que deben realizarse cambios para que la legítima sea compatible con la realidad. En primer lugar, esta nació para proteger a la familia nuclear, que comprendía al padre, la madre y los hijos, pero actualmente encontramos diferentes formas o tipos de familia. La estructura familiar no solo la componen los parientes del causante, sino en muchos casos también personas ajenas que dependen económicamente de él. Por otro lado, también se ha detectado un gran número de casos donde los llamados legitimarios son personas adultas que no necesariamente se encuentran en estado de necesidad, por lo cual, la porción legitimaria no termina cumpliendo su fin de asistencia.

En segundo lugar, los que alegan la supresión de la legítima argumentan que viola derechos constitucionales. Sin embargo, estos terminan donde comienzan los derechos de los demás y, en determinadas circunstancias, pueden ser restringidos o limitados en función de intereses sociales. Uno de esos intereses es la protección de la familia por la sociedad y el Estado. Por lo tanto, es necesario compatibilizar los derechos fundamentales de las personas, libertad y propiedad, con los derechos de la institución familiar, en especial con el derecho sucesorio de

proteger la base económica de la familia. En este último ámbito es donde se ubica la legítima, lo cual plantea un desafío importante.

3.1. Análisis crítico de las posiciones en favor de la legítima

Los partidarios de mantener la legítima en nuestro sistema jurídico (Castañeda, 1975; Fernández Arce, 2003; De la Fuente, 2014; y Echevarría, 2006) argumentan la defensa de la familia, la defensa intergeneracional, el reconocimiento de los legitimarios como colaboradores en la formación del patrimonio del causante y la defensa de los alimentos. En cuanto a la institución familiar, los autores señalan que la legítima cumple un papel importante en el fortalecimiento y consolidación de la familia. Esta afirmación resulta desproporcionada porque esta finalidad, tal como aparece en el Acuerdo Nacional (2002) alude a la obligación del Estado de trazar estrategias y planes, al igual que lo establece la Constitución Política. El asunto está en si la tarea legislativa está cumpliendo con su papel en este ámbito.

La legítima existe para proteger a los integrantes del grupo familiar que dependen del causante. Por ello, esta obliga a reservar una parte de su patrimonio en favor de sus familiares cercanos para que puedan atender sus necesidades. Sin embargo, según la legislación vigente, los titulares de la legítima, llamados herederos forzosos, no necesariamente tienen que estar en estado de necesidad. Además, es frecuente que en la práctica no lo estén, pero la restricción a la libre disposición de los bienes del causante se mantiene. Entonces, para que la legítima tenga una justificación debería extenderse no solo a los familiares que dependen del causante en vida y seguirán dependiendo luego de su muerte. Ella debería alcanzar a quienes no son parientes del causante, pero viven en el seno familiar, es decir, son parte de su estructura.

Si efectivamente la legítima estuviera destinada a la atención de los familiares del causante en estado de vulnerabilidad, tendría un sentido social porque permitiría solventar las necesidades familiares. De este modo, incluso se estaría cumpliendo con regular la sucesión para que sirva de apoyo económico a la subsistencia de la familia, y el cumplimiento de sus fines, como son la transmisión de la vida, la educación en valores, los principios de solidaridad, la tolerancia y el respeto.

Entendemos que el fortalecimiento de la familia pasa por otras medidas relacionadas con la obligación general del Estado de protegerla. Esto se realiza al crear las condiciones favorables para su desarrollo mediante planes de atención en los campos de la educación, la salud y la vivienda. Apostar por la familia es hacerlo por una sociedad justa y respetuosa de los derechos de los ciudadanos, quienes nacen dentro de una familia y, luego, forman una propia.

En las legislaciones de los países de Centroamérica, como Costa Rica, Guatemala, El Salvador y México, se prioriza la atención a los integrantes del grupo familiar que, al encontrarse en estado de necesidad, tienen un derecho vital por atender. Por ello, sus normas sucesorias apuestan por la libertad irrestricta de testar, pero no descuidan los alimentos. Así, no se puede adjudicar los bienes de la herencia a un heredero instituido en un testamento, si es que el testador no ha dejado cubierto o garantizado el derecho de alimentos de los herederos forzosos. Esos países han encontrado una fórmula para compatibilizar la libertad de testar con el cumplimiento de los alimentos; por ello, no regulan la legítima como una institución que restringe los derechos de libre disposición del patrimonio del causante.

A lo señalado, se suma que la familia ha evolucionado y en el presente no se puede hablar de un solo tipo de familia, como sí ocurría a comienzos del siglo XX. En ese tiempo, la fuente de familia era el matrimonio y la organización era vertical, por lo que se resaltaba la figura del “jefe de familia” y sus hijos. Esta clase de familia aún subsiste, pero a su lado se han formado familias no matrimoniales, ensambladas, monoparentales, entre otras. Aunque ellas merecen el apoyo del Estado, sigue pendiente la definición de la organización familiar. Nosotros nos atrevemos a brindar una aproximación a la familia como una comunidad de personas que, unidas o no por el vínculo del parentesco o el matrimonio viven compartiendo techo, lecho y mesa, y donde existe un interés común que predomina sobre los intereses de sus integrantes.

Por su parte, la Carta de los Derechos de la Familia, señala que la familia “[...] es una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de valores culturales, éticos, sociales, espirituales, religiosos esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad” (Pontificio Consejo de la Familia, 1983, Preámbulo, párr. E). A esta definición, basada en el parentesco y el matrimonio, debe sumarse a los integrantes del grupo familiar que, sin tener lazos de parentesco con el padre o la madre, o teniéndolos solo con uno de ellos, forman parte de esa comunidad de personas.

Existen familias en donde los integrantes del núcleo familiar, no son parientes del causante, pero son parte de la estructura familiar. Si se busca cubrir las necesidades de todos ellos con la legítima, se deberá realizar un cambio sustancial. Actualmente, solo son legitimarios, los familiares más cercanos del causante, es decir, los descendientes, ascendientes y cónyuge o sobreviviente de una unión de hecho. En los últimos casos, el parentesco no justifica a los titulares de la legítima, sino la fundación de la familia, sea mediante el matrimonio o la unión de hecho. A todos ellos, deben sumarse las personas que no son parientes, pero son parte de la estructura familiar que dependen del causante, pues ellos forman una comunidad de vida. Además, el concepto de familia, no unívoco, ha permitido el surgimiento de otras formas

familiares que también requieren protección. Esto pasa por reestructurar la legítima para que sean legitimarios quienes se encuentren en estado de dependencia respecto del causante y no solo los que mantienen una ligazón parental con él.

Los partidarios de mantener la legítima apelan a asegurar la continuidad familiar a través de la “defensa intergeneracional”. Esta frase se deriva de una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania, del 19 de abril del 2005, donde se señaló que la legítima de los hijos es constitucional como manifestación del principio intergeneracional, con independencia de que los legitimarios se encuentren en estado de necesidad o no (citado por Parra, 2009, p. 497). Según Parra, la defensa de la continuidad de la institución familiar no se mide en función de atender necesidades básicas, sino en que los hijos, por su condición de tales, tienen el derecho constitucional a heredar de sus padres. Al garantizar que las generaciones futuras cuenten con el soporte económico brindado por la legítima, se protege a los descendientes del causante para que puedan continuar con la existencia de la familia, (2009, p. 497). Por tanto, la resolución del Tribunal alemán concibe la legítima como una institución que protege la Constitución. Esta reconoce el derecho de las personas de testar con absoluta libertad, como una manifestación de la autonomía de la voluntad, siempre con relación a la protección de la familia.

Nosotros consideramos que esa defensa cerrada de la legítima, basada en una suerte de protección constitucional de la familia y su continuidad, adolece de un problema presente en los últimos tiempos, que se relaciona con la institución familiar. Si el argumento de la continuidad familiar a través de la defensa de las generaciones fuera un hecho inobjetable, es decir, el concepto de familia como comunidad de personas unidas por vínculos de parentesco se mantuviera como una verdad absoluta, la tesis cobraría importancia. No obstante, vemos que la familia está variando en su naturaleza, e incluye a personas con vínculos parentales y otras que no lo tienen. En el último supuesto, la legítima no cumpliría su objetivo de asegurar la continuidad de las generaciones futuras. Además, la resolución del Tribunal Constitucional de Alemania solo alude a los descendientes del causante y no a los otros legitimarios, como el cónyuge o el sobreviviente de la unión de hecho. Si efectivamente desea cumplir con el objetivo mencionado, la legítima también debería cubrirlo para asegurar la existencia de nuevas generaciones.

3.1.1. El patrimonio de la familia como argumento que sustenta la existencia de la legítima

El argumento basado en el patrimonio de la familia, que sustenta a la legítima, se resume en que la formación del primero no solo responde al trabajo del futuro causante, sino que comprende el

de todos los integrantes del grupo familiar. Ellos habrían ayudado en la formación del patrimonio que más tarde será el acervo hereditario y, en esa medida, tienen una expectativa de derechos sobre él que se hará efectiva cuando ocurra el deceso del causante. Este argumento parece ser el más débil para sostener la legítima porque, en puridad, quien genera riqueza es una persona debidamente identificada a través de la titularidad de los bienes y derechos. A ella se le reconoce la propiedad con todas las facultades y la garantía de su ejercicio que está protegido por la Constitución.

En realidad, no existe una copropiedad familiar derivada de la institución familiar. La familia es una institución natural sin embargo, este no genera una persona jurídica independiente de sus integrantes, aunque la familia cumple una función económica. Así, la normatividad peruana establece dos regímenes para definir las relaciones económicas al interior de la familia. Uno es la sociedad de gananciales y el otro, la separación de patrimonios.

Por un lado, en la sociedad de gananciales, los cónyuges comparten el activo y pasivo del patrimonio que se forma a lo largo de la vida matrimonial. Sin embargo, este no es una copropiedad, en tanto que los bienes y derechos pertenecen a la sociedad de gananciales. Además, si bien los consortes tienen titularidad sobre cada uno de los bienes y derechos, esta no se encuentra identificada sobre cada uno en específico. Lo que poseen es una cuota o alícuota indeterminada que solo se conocerá cuando la sociedad termine y se liquide. Mientras eso no ocurra, se trata de una sociedad de resultados, en donde no es posible identificar titularidades ni disponer de ellas. En cambio, en la copropiedad, que nace por disposición de la ley o por la voluntad de las personas, los titulares de las participaciones están identificados. Por tanto, cada copropietario es titular de su participación y puede ejercer los atributos de la propiedad sin consultar a los otros copropietarios.

Por otro lado, en el régimen de separación de patrimonios, los bienes y derechos de cada cónyuge están separados y los titulares están identificados. Además, los cónyuges actúan como si no existiera matrimonio y son propietarios de los bienes que hayan llevado o que adquieran dentro de este. En conclusión, para la ley peruana no existe un patrimonio de la familia y, por ende, no se reconocen expectativas de derechos que puedan concretarse en la legítima en favor de los herederos forzosos.

Adicionalmente, el concepto de familia implica un interés común que pasa por la ayuda entre todos sus integrantes en todo ámbito. Todos actúan o deben actuar en función de que la familia no solo atienda sus necesidades básicas, sino que permita el desarrollo personal. En esa medida, si los familiares del futuro causante han ayudado a formar el patrimonio, esa ayuda está inmersa

dentro de la asistencia mutua debida. Lo mismo sucede con el deber legal y moral de los padres de alimentar a sus hijos, así como estos, en reciprocidad, deben ayudar a sus padres, según lo dispone el Código de los Niños y Adolescentes en la parte sobre patria potestad (2000, art. 74, inc. g). Por lo tanto, no se trata de que la cooperación brindada por los integrantes del núcleo familiar les genere un derecho que más tarde puedan reclamar como propio. En consecuencia, la legítima no se justifica en un supuesto derecho de los legitimarios que se origina en su colaboración con la formación del patrimonio.

3.1.2. Los alimentos como fundamento de la legítima

El jurista peruano Castañeda, comentador cuasi oficial del Código Civil de 1936, señala, citando a Messineo (1956), que “[e]l testador debe siempre respetar la legítima. Esta viene a ser una especie de obligación alimentaria” (1975, p.49). Opiniones similares encontramos en autores como Orlandini (2009) para quien la asistencia familiar, entendiéndose alimentos es un deber moral que termina convirtiéndose en legal. Por ello, la autora afirma que tanto la legítima como los alimentos *post mortem* son obligaciones legales en resguardo del interés familiar. De este modo, la legítima tendría como fin proteger los alimentos de los familiares cercanos y directos del causante, luego de su fallecimiento, mediante la reserva de una parte de su patrimonio.

Algunos autores consideran que las obligaciones familiares no se extinguen con la muerte del causante, sino que continúan después de esta. Al respecto, Fernández Arce afirma que “[...] la subsistencia y educación son derechos y obligaciones que trascienden a la muerte del causante [...]” (2014a, p. 572). Asimismo, Orlandini afirma que “[...] la asistencia familiar es considerada como un deber moral que al ser reconocido por la ley asume naturaleza de obligación, es así que se consagra la legítima, lo alimentos *post mortem* [...]” (2009, p.55). Nosotros no compartimos estas afirmaciones porque es un hecho ineludible que la muerte pone fin a la persona. En tanto el sujeto de derecho deja de serlo, sus obligaciones, por ejemplo, los alimentos, se extinguen con la muerte del obligado (Código Civil, 1984, art. 486). Existen otras legislaciones, como las de Costa Rica y Guatemala que conceden el derecho de testar en forma irrestricta, pero dejan cubiertos los alimentos de los dependientes del causante, aunque ello no significa que este siga existiendo como obligado alimentario.

Nos interesa hacer un análisis crítico de la firmeza y certeza de nuestro argumento. Partimos por reconocer que el instituto jurídico de los alimentos descansa en el estado de necesidad de quien lo solicita. Por ello, los alimentos solo se justifican si las personas que los pretenden no pueden obtenerlos por su propia cuenta. Los alimentos están protegidos por una serie de normas de naturaleza civil, procesal, administrativa, penal y otras, que garantizan el derecho a gozarlos.

Ello en función de cumplir con un derecho que es de urgencia y sirve para la vida del ser humano. Si este es el argumento para mantener la legítima, ella solo estaría justificada para las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad al fallecer el causante, y, por ello, tendrían el derecho de recibir una parte de su patrimonio. Sin embargo, los beneficiarios de la legítima, que no se encuentren en estado de necesidad al momento de abrirse la sucesión, deberían quedar fuera, contrario a lo que sucede en el presente debido a que la normatividad no exige el estado de necesidad.

Además, si el causante tiene entre sus familiares a personas que dependen de él, debería estar obligado a considerarlos como beneficiarios del patrimonio para garantizar su derecho a alimentos. En dicho supuesto, sí quedaría justificada la legítima. En conclusión, esta solo se explicaría cuando existan familiares dependientes del causante, pues no bastaría el parentesco como criterio determinante para convertir a algunos de ellos en legitimarios.

3.2. La oposición a la legítima: argumentos

Los partidarios de la supresión de la legítima se basan en que esta termina violentando normas fundamentales, como el derecho a la libertad y la propiedad, y dificulta el libre comercio. También se señala que, en un buen número de casos, la legítima no cumple con su fin, que es atender a la familia, pues en un buen número de casos, los familiares ya no requieren de ayuda cuando ocurre el deceso del causante.

3.2.1. La legítima y el derecho a la libertad

La legítima impone al causante una conducta que él no necesariamente comparte. Se trata de que, por mandato de la ley, el causante debe, sin lugar a opción, reservar una parte de su patrimonio para los herederos forzosos. Desde nuestra perspectiva, si el causante siente que debe proteger a sus familiares, como un deber natural antes que legal, destinará una parte de su patrimonio a la atención de necesidades elementales, sin la existencia de imposiciones. No queda claro por qué la ley parte de la suposición de que el causante siempre tiene personas dependientes de él. Se trataría de una generalización legal sobre la situación de dependencia de los familiares cercanos del causante.

La libertad es un derecho fundamental de la persona que está como anexado a su dignidad de ser humano. Este se concibe como pensante y con capacidad para tomar sus propias decisiones sin la conducción de nadie. Las excepciones son los casos de discapacidad que tienen una regulación legal especial. Sin embargo, la libertad trae consigo responsabilidad, que implica

responder por sus propios actos; este es su límite. Por otro lado, toda sociedad tiene principios de orden ético y moral que permiten la coexistencia pacífica dentro de un colectivo. En aras de hacerlos respetar, se establecen reglas de comportamiento que limitan la libertad de las personas en situaciones concretas.

Las normas imponen determinadas conductas por razones de utilidad o necesidad social (casos de desastres naturales, terrorismo o guerra) o restringen la libertad de las personas en aras de defender otros derechos fundamentales. Es el caso del instituto jurídico de los alimentos, en que la persona se ve compelida a actuar de una determinada forma sin que se le solicite autorización. Se le obliga a destinar parte de sus ingresos a los acreedores alimentarios; se le impone la constitución de garantías reales o hipotecarias para asegurar los alimentos; o se le priva de libertad en casos de omisión a la asistencia familiar. Entonces, la libertad no puede concebirse como un valor supremo sin limitaciones o restricciones, pues termina donde comienza la libertad del otro.

En el caso de la legítima, la pregunta detrás es si existe alguna razón social que justifique la imposición de una conducta. Los partidarios de la supresión de la legítima señalan que no existe una justificación social; sin embargo, olvidan que los nexos familiares basados en el parentesco consanguíneo generan ciertos derechos y deberes. Uno de ellos se produce cuando el causante estuvo obligado a atender a los parientes dependientes de él; dependencia que en muchos casos permanecerá luego de su deceso. En ese supuesto, sería válido prohibir al futuro causante que disponga de todo su patrimonio en favor de terceros para evitar que desproteja a sus parientes de sangre. Lo contrario conllevaría un atentado contra el orden natural al que llama la familia, en donde se presume la existencia de una solidaridad entre sus miembros. Esta pasa por atender a los parientes necesitados, como señala Borda (1963), lo cual ocurre en sociedades como la nuestra.

3.2.2. El argumento de la lesión de la propiedad

En cuanto a la lesión a la propiedad por la legítima, en efecto, la Constitución peruana establece el derecho fundamental de toda persona a acceder a la propiedad. Esta se entiende como el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien o conjunto de bienes. La legítima restringe la facultad de libre disposición sobre los bienes de su pertenencia, pues la ley obliga al titular a reservar una parte de su patrimonio que será destinado a los herederos forzosos. Se trata de una limitación a la facultad de libre disposición porque el titular no puede desprenderse de su patrimonio por actos de liberalidad. Sólo puede utilizar una parte de este ya que la otra parte está reservada a los legitimarios.

Por otro lado, la Constitución y el Código Civil (1984) señalan que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social para evitar su uso abusivo. Se trata de una restricción legal impuesta y, en esa medida, los partidarios de la supresión de la legítima se preguntan si realmente tiene soporte en el interés público. Ellos responden que la legítima no lo tiene o se trata de un interés muy reducido, limitado al núcleo de personas integrantes de la familia. Además, los críticos señalan que, al afectarse la propiedad, se está atentando contra el comercio porque esa reserva legal quedaría al margen de toda transacción y lesionaría seriamente la economía de un país.

Si bien es cierto que los argumentos son atendibles, también lo es que la legítima permite, en un buen número de casos, la protección efectiva de los miembros de una familia en estado de necesidad. Además, la limitación al derecho de propiedad solo está referida a los actos de liberalidad del causante, pero no a los onerosos; y la restricción no cabe cuando no existen herederos forzosos, pues en ese caso el causante tiene libertad irrestricta sobre su patrimonio. Entonces no se trata de una limitación absoluta sino parcial, pero la crítica es adecuada al señalar que la propiedad es inviolable, salvo casos de necesidad o interés social. La legítima solidaria podría encontrarse en este último rubro, es decir, para casos de personas vulnerables y dependientes del causante en vida que continuarán en esa situación, como los discapacitados, menores de edad o personas sin posibilidad de generar recursos. En esa medida, sí habría una razón social para mantener la legítima.

En última instancia, la idea ínsita en la legítima es la defensa de la familia. Al respecto, Revoredo señala que el derecho sucesorio debe cumplir, principalmente, una función económica de protección familiar (1980, p.743). Esta se encuentra no solo en la legítima, sino también en la preferencia para la adjudicación de la casa conyugal en favor del consorte supérstite y en el derecho de habitación vitalicio del cónyuge sobreviviente. En estos casos, se observa una restricción a la propiedad, pues los nuevos titulares de los bienes causados - que comprende al cónyuge viudo - no pueden disponer de sus derechos, por disposición expresa de la ley. Esta restricción a la propiedad está en función de proteger a los integrantes del grupo familiar.

De lo expuesto, concluimos que, si bien la legítima restringe parcialmente las facultades dominales, esta limitación debería hacerse en función de atender necesidades de las personas dependientes del causante. Solo de esa forma, la legítima estaría cumpliendo su función solidaria, tuitiva y protectora de la familia.

3.2.3. El fin de asistencia de la legítima

La crítica de que la legítima no está cumpliendo el fin de asistencia en favor de los legitimarios es atendible porque, en un buen número de casos, cuando ella debe efectivizarse, los llamados a recibirla ya no viven con el causante, no se encuentran en estado de necesidad y, por ende, no requieren de parte del patrimonio. Por ello, proponemos que solo los legitimarios en estado de necesidad gocen de la legítima, siempre que, como ocurre con los alimentos, se encuentren en situación de vulnerabilidad. Solo así la legítima cumple un fin social y da sentido a la solidaridad familiar, la cual se traduce en la ayuda que recibirán a través de la porción legitimaria.

3.3. Posición del autor: la legítima solidaria

El análisis crítico realizado a las teorías que abogan por la permanencia o supresión de la legítima nos ha permitido extraer varias e importantes ideas que nos llevan a asumir la posición en favor de su permanencia por el fin social que cumpliría. La legítima solidaria es denominada legítima asistencial en la legislación cubana, pero nosotros la concebimos con una óptica más tuitiva que descansa en valores de convivencia y la solidaridad familiar. Sin embargo, esta debe cumplir una función de ayuda de aquellos que, dependiendo del causante en vida, seguirán en esa situación luego de su fallecimiento.

3.3.1. Respecto de los argumentos en favor de la legítima

Los que se pronuncian por la permanencia de la legítima acuden a la tesis de que esta existe para proteger a la familia. Si ello es así, es necesario considerar que la familia no es la misma a la de comienzos del siglo XX, sino que ha variado en su fundación y composición. Si queremos seguir sosteniendo este argumento, tenemos que concebirlo en el marco de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las actuales formas de familia - que seguirán apareciendo - y de la protección del Estado para toda ellas. Un segundo argumento en favor de la legítima es una suerte de defensa intergeneracional. Se reserva una parte del patrimonio para posibilitar la continuidad familiar a través de las nuevas generaciones, que tendrían una parte del patrimonio del causante a su favor. Sin embargo, consideramos que la legítima no puede proteger a todas las generaciones futuras porque no todas están en situación de necesidad y requieren ayuda. Esta tesis solo tendría sentido si, al producirse el cese del causante, aquellas se encuentran en situación de vulnerabilidad. Existe un buen número de casos en que quienes deberían recibir la legítima son personas adultas - se debe considerar que la

probabilidad de vida se ha extendido - y que no se hallan en estado de necesidad; por lo tanto, la legítima pierde sentido social.

Un tercer argumento en favor de la legítima es que esta vendría a ser una expectativa de derechos de los integrantes de la familia en tanto que ellos, directa o indirectamente, han contribuido a la formación del patrimonio familiar. El patrimonio no solo sería de los jefes de familia (entiéndase los padres), sino de la familia como institución porque ese patrimonio fue formado con la colaboración de ellos. En esa medida, al fallecer el causante, los integrantes de la familia verían concretado su derecho y participan de la legítima. Este argumento es el más frágil porque la familia occidental y cristiana - la más numerosa en nuestro continente - tiene un interés común a todos sus integrantes. Ello implica que todos aporten dentro de sus posibilidades para que la familia pueda desarrollarse y, en efecto, así ocurre. Basta cotejarlo en las normas sobre la patria potestad, pues en los atributos de esta institución existen deberes y derechos no solo de los padres, titulares de la patria potestad, sino también de los hijos. Entonces, la ayuda que brindan los integrantes de la familia en la formación del patrimonio constituye el cumplimiento de un deber familiar. A cambio de ello reciben protección, alimentos, educación, salud y otros beneficios. Todos colaboran porque sienten que son parte de una institución que les va a posibilitar su desarrollo personal. Por tanto, no cabe aludir a una contribución en la formación del patrimonio de la familia porque en puridad este no existe.

Finalmente, el cuarto argumento se basa en que los alimentos son un soporte de la legítima porque se trata de derechos fundamentales, una suerte de concreción del derecho a la vida. Al respecto, nadie puede negar la importancia y trascendencia del instituto jurídico de los alimentos en tanto que su destino es preservar la vida humana. Por ello, se genera una relación obligacional alimentaria donde, por un lado, se encuentra el acreedor alimentario, persona en estado de necesidad, y, por el otro, el deudor alimentario que casi siempre es un pariente. Entonces, se cuida y protege que los alimentos lleguen a su destino y para eso existe un conjunto de normas que regulan quiénes integran la relación alimentaria, cómo se solicita, de qué forma se fija el quantum y que garantías se establecen para su cumplimiento a través de medidas que pasan por las disciplinas jurídicas procesales, civiles y penales.

Sin embargo, los alimentos solo existen cuando el que los solicita demuestra su estado de necesidad. Si la legítima tiene su soporte en el cumplimiento de los alimentos, solo debería beneficiar a los que se encuentran en estado de necesidad y, como se observa en nuestra legislación, es irrelevante si ellos lo están. Por otro lado, los alimentos como obligación del deudor se extinguen por la muerte de éste. Entonces, si el causante debe alimentos y ocurre su deceso, esa obligación se extingue. Esto no quiere decir que el necesitado de alimentos se queda

abandonado porque la legislación ha establecido un orden de deudores alimentarios. Además, este señala la muerte del deudor alimentario como una causal para que la obligación se desplace al que se encuentre en segundo lugar, quien se convierte en el obligado principal.

3.3.2. Respeto de los argumentos que solicitan la supresión de la legítima

Los que solicitan la supresión de la legítima basan su crítica en que esta termina violentando derechos fundamentales, como la libertad y la propiedad, y atenta contra el comercio. En cuanto al primer derecho, la ley termina imponiendo una conducta cuando la persona tiene que decidir el futuro de sus bienes. Así lo obliga, aun cuando ella no lo desee, a destinar una parte de su patrimonio en favor de los herederos forzosos. La libertad que nos garantiza como seres pensantes a tomar nuestras propias decisiones en todos los ámbitos de nuestras vidas no se estaría cumpliendo. La persona, siendo libre, tendría reparos respecto de la administración de su patrimonio, porque tiene que adoptar una conducta impuesta, actuar como la ley lo manda. Al respecto, consideramos que, en efecto, sería una imposición, pero si ésta es beneficiosa y cumple un fin social estaría justificada. Bajo nuestra propuesta de la legítima solidaria, esta se justificaría en aras del interés social. Como señalamos, el ejercicio de la libertad debe tener, en ciertos casos, restricciones basadas en el interés social.

En cuanto al derecho a la propiedad, se afirma que la legítima lo vulnera y atenta contra el mercado. Respecto de lo primero, debemos decir que la propiedad tiene ciertas limitaciones impuestas por la Constitución y la ley, al tratar de armonizar las facultades dominales con el interés social. En consecuencia, si la legítima solidaria que proponemos tiene un sentido social, cabría la restricción de todos o de algún atributo de la propiedad, como la facultad de disposición. No obstante, se debe hacer la precisión de que la legítima no afecta en forma absoluta la propiedad. Se trata de una restricción a la disposición, pero sólo cuando existen herederos forzosos y no comprende la facultad de disponer a título oneroso, solo a título de liberalidad. En cuanto a lo segundo, no estamos de acuerdo con que legítima afecta el libre comercio porque la persona en tanto viva, puede comprometer su patrimonio sin mayores restricciones. La reserva a que alude la legítima funcionará luego de su deceso, es decir, el causante en vida no está obligado legalmente a reservar (separar de su patrimonio) nada. La reserva es teórica, nominal, y solo tendrá efectos cuando ocurra la muerte del causante, por lo tanto, no se afecta el comercio en puridad.

3.3.3. La legítima solidaria

La legítima solidaria es la obligación que tiene el causante de destinar una parte de su patrimonio para atender a las personas que, encontrándose en estado de necesidad, dependen de él. Ello implica que el causante en vida no puede desatenderlos ni dejar de cubrir sus necesidades luego de su deceso. La legítima solidaria se traduce en la reserva de la parte de su patrimonio señalada por ley.

En todo grupo familiar, sus integrantes tienen intereses comunes porque se desarrollan como personas dentro de ese espacio. Ese interés común es conocido como el interés familiar y se superpone al interés individual de sus componentes; los hace colaborativos, solidarios y prestos a atender las necesidades en la familia. Por ese motivo, surge una suerte de solidaridad familiar, la cual se traduce en la ayuda mutua que se dispensan. En el caso de los alimentos, esta solidaridad se lleva al plano normativo cuando se convierte en precepto legal, y lo mismo ocurre con la legítima. Entonces, en el campo del derecho sucesorio, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, se establece un límite a la facultad del causante de disponer a título de liberalidad cuando existen personas de su entorno familiar que se encuentran en estado de necesidad.

a) Legitimarios

Los legitimarios son los descendientes del causante por naturaleza, pero todos deberán encontrarse en estado de necesidad y bajo su dependencia. En el caso de los menores de edad, el estado de necesidad no tiene que probarse, mientras que, en el caso de los mayores de edad, sí debe acreditarse. La vulnerabilidad de estos últimos se traduce en una discapacidad que no le permita generar recursos propios o en la necesidad de seguir estudios para poder generarlos. También el cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho es legitimario, pero solo si se encuentra en estado de necesidad. De forma excepcional, la legítima comprenderá a las personas que no son parientes del causante, pero forman parte de la estructura familiar y son dependientes de él. En este caso, el requisito indispensable para gozar de la legítima consiste en probar que son parte de la familia del causante, es decir, demostrar una convivencia permanente, continua e ininterrumpida.

b) Cuota legitimaria

El que tiene legitimarios no puede disponer de más allá del 50% de su patrimonio a título de liberalidad. Una vez ocurrido el deceso del causante, la legítima se obtiene reconstruyendo su patrimonio. Ello implica restar el pasivo del caudal relicto. Este caudal relicto está referido a los bienes, derechos y obligaciones que se encuentren a la muerte del causante. Luego de

deducirse el pasivo deberá sumarse al patrimonio neto, el valor de los bienes dados a legitimarios o terceros a título de liberalidad. En el caso de legitimarios, para descontar de su cuota hereditaria el importe del valor de los bienes recibidos para la colación y, en el caso del tercero, para reducir del valor de los bienes, lo que exceda de la porción disponible. Una vez reconstruido el patrimonio hereditario, la legítima será el 50% de este y deberá ser repartido entre todos los legitimarios en partes iguales o adjudicado al legitimario único. En el caso de que no existan legitimarios, todo el patrimonio es de libre disposición.

c) La legítima en la sucesión testamentaria

Si el causante decide ejercer su derecho de ordenar su sucesión vía testamento y tuviere legitimarios, deberá instituirlos como sus herederos y destinar el 50% de su patrimonio para ellos. La legítima no podrá ser condicionada y las modalidades del acto jurídico establecidas por el testador se tendrán como no puestas. El testador está facultado para distribuir la legítima entre sus herederos necesarios según su criterio, teniendo en cuenta su menor o mayor necesidad. Para ello, él fijará porciones del 50% entre todos o establecerá que todo el 50% solo pertenezca a uno de ellos. El 50% restante, que es su cuota de libre disposición, podrá destinarla a las personas que crea convenientes. Incluso, todo o parte de esa porción disponible puede derivarse a los legitimarios o a uno de ellos, pero eso se considerará como legado y no será parte de la legítima.

Si el testador no tuviese legitimarios, tiene libertad irrestricta de testar y puede instituir herederos voluntarios, designar la parte que les corresponde o adjudicar sus bienes en legados, para lo cual, debe instituir a los legatarios. Sin embargo, si el testador tiene legitimarios, pero no los instituye como sus herederos necesarios, habrá preterido. En ese caso, los legitimarios podrán impugnar el testamento con la finalidad de que se cumpla con la entrega de su porción legítima y la cuota de libre disposición quedará para los herederos voluntarios designados de forma indebida. Ellos concurrirán a la herencia como legatarios.

Los legitimarios necesariamente son herederos del causante, salvo el caso de los no parientes que viven formando parte de la estructura familiar. La calidad de legitimario no sólo deriva de la relación familiar con el causante, sino también del hecho de formar parte de su familia.

d) La legítima en la sucesión intestada

La sucesión intestada es la que domina en el Perú. La mayoría de personas no testan por diversas razones, como el desconocimiento, las formalidades, los costos o las creencias de que el

acto de testar es un preámbulo a la muerte. No obstante, lo más gravitante es que pocas personas tienen un patrimonio significativamente económico. Debido a ello, la sucesión intestada descansa en la ley, que se encarga de llamar a los herederos, denominados herederos legales. Lo hace bajo el criterio dominante del parentesco con el causante, salvo en el caso de la cónyuge o concubina que se basa en la condición de fundadora de la familia junto con él.

Los aspectos de la sucesión se relacionan con la legítima en que, si el causante en vida no otorgó liberalidades, la mitad del patrimonio existente al ocurrir su deceso deberá repartirse entre los legitimarios. En este supuesto, también debe considerarse al sobreviviente de la unión de hecho en defecto del cónyuge supérstite. La mitad sobrante del patrimonio se distribuirá entre los herederos legales no legitimarios. Para ello, se seguirá el principio de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto, salvo los casos de representación sucesoria. En cambio, si el causante otorgó liberalidades en favor de los legitimarios, el valor de éstas será deducida de la cuota que les corresponde. Finalmente, si las liberalidades fueron otorgadas en favor de terceros ajenos al entorno familiar, el valor que exceda de la cuota de libre disposición deberá ser reintegrada para ser destinada en favor de los legitimarios.

e) El derecho de habitación del cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho

Nuestra legislación sucesoria contempla el derecho de habitación sobre el inmueble que fue el hogar familiar como un derecho adicional a la legítima. Para posibilitarlo, las normas otorgan a la supérstite, que concurre con otros sucesores, la posibilidad de seguir viviendo en el inmueble por el resto de sus días. Con ello afecta el derecho de los otros sucesores, los cuales tendrán la nuda propiedad sobre el inmueble conforme a su participación en la sucesión, pero no podrán partir hasta que se extinga el derecho de habitación. Este derecho no deriva del causante, sino que nace en cabeza del cónyuge supérstite; se trata de un derecho adicional a su calidad de cónyuge por el cual hereda. El causante no puede prohibir el ejercicio de ese derecho porque no es parte de la legítima ni del patrimonio hereditario. El derecho de habitación no está en el caudal relicto que aparece a la muerte del causante; sin embargo, nace a propósito de ella. Por eso se considera un derecho sucesorio *sui generis*, pues, no siendo *parte de la herencia* dejada por el causante, nace al abrirse su sucesión.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de habitación y, por lo señalado líneas arriba, consideramos que el derecho no es *pars hereditatis*, aunque el beneficiario tiene que ser heredero del causante, cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho. Se podría inferir que entonces sería *pars bonorum*; sin embargo, no es así porque la condición para ejercer el derecho

de habitación vitalicio es la calidad de heredero del cónyuge supérstite. Además, la concreción del derecho es el uso del inmueble que fue el hogar conyugal, el cual también forma *parte de la herencia*. La naturaleza jurídica del derecho de habitación viene a ser un legado que no nace del causante sino de la ley que crea esa figura y consiste en un beneficio económico en favor del cónyuge sobreviviente. Se trata de un legado legal porque su fuente es la ley que se basa en consideraciones de orden personal o sentimental.

El derecho de habitación, como se ha señalado, no forma parte de la legítima; sin embargo, goza de la protección que esta le da. Se trata de normas de orden público contra las cuales no se puede ir; incluso el causante no puede establecer la prohibición del derecho. Esta institución ha merecido críticas atendibles porque termina recortando los derechos de los otros sucesores que, a pesar de no perder su derecho de propiedad, no pueden ejercerlo sobre el bien. Además, las razones en que descansa el derecho de habitación no son de derecho y terminan siendo subjetivas. Los sustentos son principalmente sentimentales porque se basan en el nuevo estado de la viuda sin su compañero de toda la vida y su deseo de seguir viviendo en lo que fue la casa conyugal. Se trata de razones personales que pueden ser atendibles, pero que no descansan en una base jurídica.

La viuda tiene derechos sobre el inmueble en el que recaerá el derecho de habitación e, incluso, si se trató de un bien social, su participación será mayoritaria porque debe sumarse su cuota hereditaria a sus gananciales. Por lo tanto, el mayor porcentaje del valor del inmueble corresponde a la supérstite. No obstante, los otros sucesores que concurren con la viuda también tienen derechos sobre el inmueble, pero por la afectación que implica el derecho de habitación, tendrán que esperar su extinción para hacer efectivo el cobro de sus cuotas hereditarias.

No podemos negar que, en determinados supuestos, el derecho de habitación cumple un papel noble en defensa del cónyuge supérstite, quien desea continuar viviendo en el hogar conyugal. De lo contrario, este deseo podría verse frustrado pues sus coherederos solicitarían la partición del bien (derecho que les concede la ley), importando ello la venta del inmueble. Desde nuestro punto de vista, el derecho de habitación debe ser ejercido solo en casos donde el supérstite no tiene posibilidades de cancelar el importe de las cuotas hereditarias que los otros sucesores tienen sobre el bien; en caso contrario, se estaría cometiendo un abuso del derecho.

f) Propuesta legal de la legítima solidaria

Nuestra propuesta para la regulación de la legítima solidaria es la siguiente:

Artículo 1: De la legítima solidaria

Entiéndase por legítima solidaria la porción del patrimonio del causante que se encuentra reservado en favor de los legitimarios y que aquel no puede disponer a título de liberalidad. El legitimario siempre es un heredero, salvo el caso excepcional de la persona que, sin ser pariente del causante, viva formando parte de la estructura familiar y dependa de él.

Artículo 2: De los legitimarios

Son los descendientes, el cónyuge o, si fuera el caso, el sobreviviente de la unión de hecho que se encuentren en estado de necesidad a la muerte del causante. A ellos se suma, si fuera el caso, las personas que, con vínculo parental o sin él, vivan con el causante dependiendo de él y formando parte de la estructura familiar. En el caso de los ascendientes, solo serán legitimarios si al fallecer el causante eran dependientes de éste y se encuentren en estado de necesidad.

Artículo 3: De la probanza del estado de necesidad

Si se trata de personas menores de edad, se presume su estado de necesidad y si fueran mayores de edad, su condición de discapacidad es un elemento importante para tenerlo como dependiente. En todos los otros casos, quien alegue su condición de insuficiencia deberá probarla.

Artículo 4: Referente patrimonial para obtener la legítima

Entiéndase por caudal relicto, los bienes, derechos y obligaciones que aparecen a la muerte del causante.

Entiéndase por patrimonio neto, el resultado de deducir al caudal relicto el pasivo, dentro del cual se comprende las deudas y cargas de la herencia.

Entiéndase por patrimonio reconstruido, el patrimonio neto más el valor de las liberalidades que el causante otorgó en vida.

La legítima se obtiene del patrimonio reconstruido.

Artículo 5: De las cuotas legitimarias

A los legitimarios les corresponde el 50% del patrimonio del causante. Esta cuota se repartirá en partes iguales entre todos los legitimarios que existan.

Si se trata de una sucesión testamentaria, el testador tendrá libertad para destinar la legítima entre todos los legitimarios estableciendo partes o concederla a uno de ellos.

Artículo 6: De la diferencia entre gananciales y cuota hereditaria

La legítima del cónyuge es independiente de los gananciales que le pudieran corresponder al liquidarse la sociedad de gananciales.

Artículo 7: De la cuota de libre disposición

La porción disponible es el 50% del patrimonio y si no existieran legitimarios, todo el patrimonio hereditario será de libre disposición.

Artículo 8: De la intangibilidad de la legítima

No se puede pactar contra la legítima ni menoscabarla. Cualquier disposición que afecte la legítima será inoficiosa y no producirá efecto alguno.

Artículo 9: Del derecho de habitación del cónyuge supérstite o, si fuera el caso, del sobreviviente de la unión de hecho

Si el cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho concurre con otros sucesores y sus gananciales más la cuota hereditaria no alcanzaran para adjudicarse la casa conyugal, o al concurrir con otros sucesores, su cuota hereditaria no alcanzara para adjudicarse la casa conyugal, podrá ejercer el derecho de habitación gratuito y vitalicio sobre el inmueble que fue el hogar conyugal.

El derecho de habitación afecta la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, las cuotas de los herederos.

El derecho de habitación recae sobre la diferencia existente entre el valor del inmueble y el importe de gananciales, más cuota hereditaria. Este derecho implica que los sucesores concurrentes con el cónyuge supérstite no pueden ejercer su derecho de partición sobre el inmueble hasta que se extinga el derecho.

Se extingue el derecho de habitación por muerte, renuncia, contraer matrimonio o entrar a una relación concubinaria. Para este último supuesto debe entenderse una vida de pareja por más de un año en forma permanente y continua.

Conclusiones

1. La legítima nace en Roma y la antigua Germania con el propósito de garantizar una porción de su patrimonio a los descendientes del causante. En un primer momento, la cuota legitimaria fue un quinto del patrimonio y luego pasó a ser dos tercios. Esta institución fue aceptada por siglos y solo fue cuestionada en las últimas décadas. La doctrina se encuentra dividida entre quienes proponen mantener la legítima, con leves cambios en su regulación, y quienes propugnan su supresión.
2. Los defensores de la legítima alegan la defensa de la familia, la sucesión intergeneracional, el derecho adquirido por los legitimarios en la formación del patrimonio y los alimentos. Sin embargo, existen reparos al respecto porque la familia como institución ha variado con el paso de los años. Actualmente existen diferentes formas o tipos de familia, y la legítima debería comprender a todos sus integrantes, incluso los que no tienen relación parental con el causante.
3. En cuanto a la sucesión intergeneracional, la legítima está concebida para favorecer a los descendientes sin considerar si se encuentran en estado de necesidad o no. La institución solo cobraría sentido si estos sucesores ulteriores se encontraran en estado de necesidad porque así se estaría defendiendo la continuidad familiar. Tampoco existiría un derecho presunto, adquirido por los legitimarios porque la asistencia recíproca que se da al interior de la familia se basa en el interés común. Finalmente, en cuanto a los alimentos, éstos solo se justifican en tanto exista un estado de necesidad porque la legítima adquiriría un fin social al proteger a los legitimarios en estado de indefensión.
4. Quienes sostienen la supresión de la legítima basan su tesis en que violenta derechos fundamentales, como la libertad o la propiedad, y no cumple un fin social. Estas

afirmaciones son relativas. Por un lado, los derechos no son absolutos y pueden ser recortados o incluso suprimidos por razones de interés social. Por otro lado, si la legítima estuviera destinada a cubrir un estado de necesidad- al igual que los alimentos-, tendría una razón social que la legitimaría. Esta es nuestra posición.

5. La legítima debería replantearse sustantivamente, y los cambios tienen que producirse respecto del concepto, los legitimarios, las cuotas y la forma de cálculo, pero su intangibilidad debe mantenerse. Para empezar, el concepto de legítima debe contemplar que los legitimarios se encuentren en situación de vulnerabilidad y sean dependientes del causante. En ese sentido, proponemos una legítima solidaria. Además, los legitimarios deben ser los descendientes y el cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho. Pueden adicionarse a ellos, las personas que hayan formado parte de la estructura familiar del causante y que se encuentren en estado de necesidad. También se sugiere modificar el valor de las cuotas, de dos tercios a un 50% del patrimonio del causante. Esto permite que el titular del patrimonio gobierne el otro 50% de su patrimonio con total libertad.
6. Actualmente no existe una norma que establezca el referente patrimonial para establecer el monto legítimo. Por ello, proponemos la siguiente fórmula: $PHB - PASIVO = PHN + LIBERALIDADES$. El PHB es el caudal relicto, es decir, los bienes, derechos y obligaciones que aparecen a la muerte del causante (patrimonio hereditario bruto). A este se deduce el pasivo y nos encontramos ante el patrimonio hereditario neto. Finalmente, a este se añade los valores de las liberalidades que el causante pudo haber otorgado en vida y resulta el patrimonio hereditario reconstruido sobre el cual se aplica la legítima. En todo caso, se sugiere mantener la intangibilidad de la legítima, es decir, que no pueda afectarse, ni para suprimirla ni para recortar sus cuotas.
7. En el presente, se regula el derecho de habitación vitalicia en favor del cónyuge superviviente o, si fuera el caso, del sobreviviente de la unión de hecho. Esta institución - que nace del derecho italiano y argentino, y recién aparece en el Código Civil de 1984 - se ha regulado como una figura adicional a la legítima y sus normas le son aplicadas. La institución radica en la potestad que tiene el cónyuge superviviente de ejercer el derecho gratuito u vitalicio de seguir viviendo en lo que fue el hogar conyugal. Proponemos que esto se mantenga, pero cuidando de que no se ejerza de forma abusiva. La afectación sufrida por los otros sucesores que concurren con el cónyuge superviviente es demasiada

para permitir que no puedan cobrar la cuota hereditaria en forma indefinida, en tanto que los supuestos de extinción de este derecho, pueden tardar muchos años.

8. El derecho de habitación vitalicio no forma *parte de la herencia* del causante, por ello, no podemos decir que su naturaleza sea *pars hereditatis*. Sin embargo, ello no nos conduce a un *pars bonorum* porque quien ejerce el derecho de habitación necesariamente tiene que ser heredero del causante. Es el caso del cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho. Su naturaleza jurídica es la de un legado legal.

Bibliografía

- Acuerdo Nacional. (22 de Julio de 2002). Lima: Acuerdo Nacional. Obtenido de https://www.mesadeconcertacion.org.pe/sites/default/files/acuerdo_nacional.pdf
- Aguilar, B. (2014). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Instituto Pacífico.
- Aguilar, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Lex & Iuris.
- Albaladejo, M. (1975). *Instituciones del Derecho Civil* (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Aliaga, C. (2005). Antecedentes históricos de la legítima en el derecho romano y germano. *Revista Jurídica del Perú*(65), 25-49.
- Aliaga, C. (2007). *Estudio de la colación en el ordenamiento sucesorio peruano. Nueva perspectiva. Tesis para obtener el grado de abogado*. Lima: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Argentina, C. d. (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación. [Ley 26.994].
- Arias Schreiber, M. (1986). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. El Callao: Ediciones Rocarme.
- Barbero, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado* (Ediciones Jurídicas Europa-América ed., Vol. V). (S. Santis Melendo, Trad.) Buenos Aires.
- Bercovitz, R. (2009). *Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos.
- Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación* (Segunda ed.). (M. Fairén, Trad.) Barcelona: Bosch.
- Bolaños Rodríguez, M. Á. (2013). *El caso de la legítima hereditaria. Retrato de una banalidad. Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil*. Lima: Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Borda, G. (1963). *Manual de Sucesiones* (Segunda ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Busto Lago, M. (2015). Legítima y reservas. En R. Bercovitz, *Manual de derecho civil: Sucesiones* (págs. 207-248). Madrid: Tecnos.

- Castañeda, J. (1975). *Derecho de las Sucesiones* (Segunda ed., Vol. II). Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Castañeda, J. E. (1966). *Código Civil. Concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema al día* (Tercera ed.). Lima: Eugenio Castañeda.
- Clemente de Diego, F. (1959). *Instituciones de derecho Civil español* (Vol. III). Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín.
- Colmenares, A. (2017). Libertad testamentaria, en Roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia. En J. Adame, & H. Heredia, *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano* (págs. 233-256). México DC: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (28 de Setiembre de 1887). Código Civil de Costa Rica. [Ley 63]. Obtenido de http://www.casadelosriscos.com/documentos/codigo_civil_costa_rica.pdf
- Congreso de Colombia. (26 de Mayo de 1873). Código Civil.
- Congreso de la República. (30 de agosto de 1936). Código Civil. [Ley 8305].
- Congreso de la República. (2 de Agosto de 2000). Código de los Niños y Adolescentes. [Ley 27337]. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
- Congreso de la República. (17 de abril de 2013). Ley que modifica el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho. [Ley 30007]. *El Peruano*. Obtenido de <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-los-articulos-326-724-816-y-2030-del-codi-ley-n-30007-925847-1/>
- Congreso de la República. (25 de marzo de 2013). Ley que modifica los artículos del Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley 26662, a fin de reconocer los derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hechos. [Ley 30007]. *El Peruano*. Obtenido de <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-los-articulos-326-724-816-y-2030-del-codi-ley-n-30007-925847-1/>
- Congreso de la República de Cuba. (17 de Julio de 1987). Código Civil Cubano. [Ley 59]. Obtenido de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cu/cu005es.pdf>
- Congreso de la República de Guatemala. (14 de Septiembre de 1963). Código Civil de Guatemala. [Decreto-Ley 106]. Obtenido de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=333379
- Congreso de la República del Perú. (19 de enero de 1852). Código Civil.
- Congreso de la República del Perú. (25 de julio de 1984). Código Civil [Decreto Legislativo 295].
- Congreso Nacional del Chile. (14 de diciembre de 1855). Código Civil de la República de Chile.

- Constitución de la República Federativa de Brasil. (24 de Enero de 1967). Obtenido de <http://www.inap.mx/portal/images/pdf/lat/brasil/constitucion%20de%20brasil%201967.pdf>
- Constitución de la República Federativa de Brasil. (5 de Octubre de 1988). Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DB0906178F38C78105257D9A006D1B77/\\$FILE/Constituci%C3%B3n_Brasil.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DB0906178F38C78105257D9A006D1B77/$FILE/Constituci%C3%B3n_Brasil.pdf)
- Constitución Política del Perú. [Const. 1993]. (29 de marzo de 1933). Lima: Congreso de la República del Perú. Obtenido de <http://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm>
- Corvetto Vargas, A. (1956). *Manual elemental de Derecho Civil peruano* (Segunda ed., Vol. II). Lima: Lumen.
- De Gasperi, L. (1953). *Tratado de Derecho Hereditario* (Vol. III). Buenos Aires: Tea.
- De la Fuente y Hontañón, R. (2014). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano. En M. Torres, *Estudios críticos sobre el Código Civil. Análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica* (págs. 689-796). Lima: Gaceta Jurídica.
- De Pina, R. (1970). *Elementos de Derecho Civil Mexicano* (Segunda ed., Vol. II). México D.F.: Porrúa.
- Delgado, J. (2012). *Reflexiones sobre la libertad de testar y sus límites en particular la moral y el principio de no discriminación*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones* (Séptima ed., Vol. IV). Madrid: Tecnos.
- Echecopar García, L. (1999). *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Enneccerus, L. (2017). *Tratado de Derecho Civil. Tomo V* (Vol. I y II). Barcelona: Bosch.
- Fernández Arce, C. (2003). *Código Civil: Derecho de Sucesiones* (Vol. II). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Fernández Arce, C. (2014). *Manual de Derecho de Sucesión*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ferrero Costa, A. (2012). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fornieles, S. (1950). *Tratado de las Sucesiones* (Tercera ed., Vol. II). Buenos Aires: Ediar.
- Fuente, R. D. (2014). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano. En M. Torres, *Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica* (págs. 689-700). Lima: Gaceta Jurídica.
- Gallardo, L. P. (2015). *Estudios sobre la legítima asistencial*. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima.
- García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana. Tomo II* (Segunda ed.). Lima, París: Librería de La Roque.

- Goyena Copello, H. (1975). *Tratado de Derecho de Sucesión III: los efectos de suceder*. Buenos Aires: La Ley.
- Holgado Valer, E. (1965). *Las sucesiones hereditarias en el Código Civil peruano*. Cusco: Editorial Garcilaso.
- Italiana, P. d. (16 de marzo de 1942). Código Civil. [Decreto Real 262].
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil* (Vol. III). (S. Cunchillos y Manterola, Trad.) Buenos Aires: Bosch.
- Juan Pablo II. (22 de Noviembre de 1981). *Exhortación Apostólica Familiaris Consortio*. Lima: Ediciones Paulinas.
- Lafaille, H. (1932). Curso de Derecho Civil (Sucesiones), dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En I. P. Argüello, & P. Frutos. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
- Lanatta, R. (1978). *Derecho de Sucesiones* (Vol. II). Lima: Editorial Desarrollo.
- Lanatta, R. (1985). *Derecho de Sucesiones* (Vols. I, II y III). Lima: Editorial Desarrollo.
- Lasala, J. L. (1989). *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma.
- Lohmann, G. (1996). *Derecho de Sucesiones*. Lima: PUCP.
- López y López, Á. (1994). La garantía institucional de la herencia. *Derecho Privado y Constitución*(3), 29-62.
- Maffia, J. (1985). *Manual de Derecho Sucesorio* (Segunda ed.). Buenos Aires: Depalma.
- MIMDES. (9 de Septiembre de 2004). Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011. [D.S. 005-2004-MIMDES]. Obtenido de http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/1289_GOB524.pdf
- MIMP. (11 de Marzo de 2016). Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021. [D.S. 003-2016-MIMP]. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>
- Ministerio de Gracia y Justicia. (24 de julio de 1889). Código Civil. [Real Decreto]. *BOE*(206).
- Orlandini, O. (2009). *La legítima y sus modos de protección* (Primera ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Parlamento de Francia. (21 de marzo de 1804). *Código Civil de Francia*.
- Parra, M. Á. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(13), 481-554. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3122639&orden=312215&info=link>
- Pereña, M. (2010). Supervivencia de legítima tras las adaptaciones del derecho sucesorio a la sociedad del siglo XXI. En L. Pérez Gallardo, *El Derecho de sucesiones en Iberoamérica: Tensiones y retos* (págs. 93-118). Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Reus.

- Pérez Gallardo, L. (2010). En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Iberoamérica. En L. Pérez Gallardo, *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y Retos* (págs. 11-92). Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires: Temis, UBIJUS, Reus, Zavalía.
- Perez Lasala, J. L. (1989). *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma.
- Planiol, M., & Rippert, G. (1927). *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. (M. Díaz Cruz, & R. Savatier, Trads.) La Habana: Cultural.
- Polo, E. M. (2013). Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español. *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*(10), 331-376. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4451197>
- Pontificio Consejo para la Familia. (1983). *Carta de los Derechos de la Familia*. Lima: Ediciones Paulinas.
- Presidente Constitucional de la República de México. (26 de Mayo de 1928). Código Civil para el Distrito Federal. México D.F.: Editorial Sista.
- Puig, F. (1974). *Tratado de Derecho Civil español. Tomo V* (Vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Puig, J. (1979). *Fundamentos del Derecho Civil. Tomo V* (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Revoredo, D. (1980). *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil* (Vol. I). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. (2001). *Título preliminar. Para leer el Código Civil* (Vol. III). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Somarriva, M. (1987). *Indivisión y partición* (Cuarta ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Suárez, F. (1996). *Derecho de Sucesiones* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Tapia, M. (2010). Evolución y perspectivas del Derecho Sucesorio chileno. En L. Pérez Gallardo, *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y Retos* (págs. 119-140). Buenos Aires, Bogotá, México D.F., Madrid: Zavalía, Temis Ubijus, Reus.
- Tribunal Constitucional. (6 de Noviembre de 2007). Sentencia recaída en el Exp. 06572-2006 . Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>
- Valencia, A. (2017). *Derecho Civil* (Vol. VI). Bogotá: Temis.
- Valverde, E. (1951). *El Derecho de sucesión en el Código Civil peruano* (Vol. I). Lima: Ministerio de Guerra.
- Vaz, E. (1992). *Tratado de las Sucesiones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vidal Ramírez, F. (1986). El testamento como acto jurídico. En *Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guillén*. Lima: Cultural Cuzco.
- Zambrano, V. (1984). *Variaciones del derecho sucesorio en el Código Civil de 1984. Tomos I y II. Tesis para obtener el grado de abogada*. Lima: Facultad de Derecho PUCP.

Zannoni, E. (1983). *Derecho de las sucesiones* (Tercera ed., Vol. II). Buenos Aires: Editorial Astrea.

