

# La libertad para testar con mínimas restricciones en el Perú: propuesta para limitar la asignación forzosa de la legítima

## The freedom to test with minimal restrictions in Peru: proposal to limited the forced assignment of the legitimate

ROMERO MENDOZA, Joel(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia. III. La herencia y la protección de la familia. IV. El testamento. V. La autonomía privada de la voluntad. VI. La Libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

**Resumen:** El presente artículo analiza la cercana relación existente entre el derecho sucesorio y el derecho de familia, y lo que justifica restringir la libertad de testar con la asignación forzosa de la legítima. En la actualidad, se hace necesario modificar el sistema sucesorio en

---

(\*) Abogado y Maestro en Ciencias con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte. Docente de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, República del Perú. Correo electrónico: joel.romeromendoza@gmail.com

el Perú, en el sentido de darle primacía a la libertad de testar sobre los derechos legitimarios, pero limitando estos últimos. Así, se propone limitar la asignación forzosa de la legítima a casos excepcionales, lo que permitirá una mayor libertad para testar y la expresión de la última voluntad de las personas humanas respecto al destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte. Asimismo, se cuestiona la asignación forzosa de la legítima como restricción a la libertad para testar, por cuanto es solo para los herederos forzosos (por el solo hecho de serlo), por lo que no es una justificación para la protección familiar por parte del Estado. También se analiza a qué familia debe protegerse con la asignación forzosa de la legítima y en qué situaciones. Para ello, se va tratar sobre el derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia; la herencia y la protección familiar; el testamento; la autonomía privada de la voluntad, y, finalmente, la libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima.

**Palabras clave:** libertad para testar, autonomía privada de la voluntad, derechos legitimarios, restricciones para otorgar testamento, la asignación forzosa de la legítima

***Abstract:** This article analyzes the close relationship between succession law and family law, that justifies restrictions on the freedom to test with the forced assignment of the legitimate one; however, currently it is necessary to modify the succession system in Peru, to give primacy to the freedom to test over legitimate rights, limiting the latter. We propose to limit the forced assignment of the legitimate to exceptional cases, for greater freedom to test and the expression of the last will of human persons regarding the destination of their hereditary patrimony. It is questioned that the forced assignment of the legitimate as a restriction on the freedom to test is for the forced heirs, solely for having that condition, and that the justification is the protection of the family. We will analyze which family should be protected with the forced assignment of the legitimate one and in what situations. For this, it will address the succession law and its relationship with family law; inheritance and family protection; the testament; private autonomy of the will; and finally, the freedom to test and the need to limit the forced assignment of the legitimate one.*

***Key words:** freedom to test, private autonomy of the will, legitimate rights, restrictions to grant a will, forced assignment of the legitimate*

## I. Introducción

Los códigos son instrumentos jurídicos muy importantes para los países, ya que regulan las relaciones sociales de los seres humanos en un momento histórico determinado, además de que tienen por objeto que se pueda vivir en paz en una sociedad organizada. En tal sentido, los códigos en las distintas ramas del derecho deben ser revisados y actualizados continuamente, con la finalidad de garantizar la protección a los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, la codificación debe adecuarse a la realidad social a la cual se va a aplicar. En concreto, los códigos civiles deben ser evaluados y actualizados (con las modificaciones que sean necesarias) sobre la base de lo dispuesto en las constituciones políticas, el estudio realizado por la doctrina y la aplicación de los códigos por la jurisprudencia, así como teniendo en cuenta una determinada realidad social.

De Trazegnies (2004) señala:

Los códigos son estructuras que duran un largo plazo y que pueden ser utilizadas y decoradas de diversas maneras a lo largo de su vigencia. Son zócalos o cimientos extensos en el tiempo sobre los cuales pueden construirse diversos tipos de edificios, adaptados a las necesidades del momento. (pp. 33- 34)

Conviene subrayar que, con el trascurso del tiempo, las sociedades evolucionan por factores sociales, políticos y económicos, y dado que no se puede abarcar todos los comportamientos humanos por medio de la codificación, se hace necesario una evaluación continua de los códigos civiles en los países con la finalidad de que se apliquen de acuerdo con su propia realidad.

Asimismo, como la sociedad está en constante evolución, y al ser la codificación el vehículo más idóneo, es necesario un remozamiento, una actualización y una adecuación de las instituciones jurídicas con la realidad (Alterini y Soto, 2000, p. 517).

El Código Civil peruano, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 295, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, regula la sucesión testamentaria en la Sección Segunda del Libro IV. Asimismo, en el Título Tercero de la mencionada sección se regula la legítima y la porción disponible. De modo que, con una vigencia mayor a los treinta años, se hace

imperioso la revisión y actualización de nuestro Código Civil respecto a la sucesión testamentaria y la asignación forzosa de la legítima, posibilitando una mayor libertad para testar.

En nuestro país se acoge el sistema de libertad restringida para testar; por consiguiente, la persona humana que quiere disponer de su patrimonio hereditario para después de su muerte puede hacerlo con las limitaciones establecidas en la ley.

Es así que la asignación forzosa de la legítima constituye una restricción a la libertad para testar de las personas humanas, pues les impide disponer libremente de su patrimonio hereditario para después de su muerte, pese a ser propietarios del citado patrimonio.

Ahora bien, cabe mencionar que tanto el derecho a la libertad de testar como los derechos legitimarios coexisten. Asimismo, un derecho prima sobre el otro con base en el sistema de autonomía de la voluntad privada para testar acogido por un determinado país; sin embargo, los derechos en mención no pueden ser absolutos.

El presente artículo busca reflexionar acerca de la necesidad, en nuestro país, de darle primacía a la libertad para testar, como expresión de la autonomía privada de la voluntad, sobre los derechos legitimarios. Ello implica un cambio en el sistema de la autonomía privada de la libertad para otorgar testamentos, en el cual se amplíe la libertad para testar con mínimas restricciones, por lo que es un gran paso limitar la asignación forzosa de la legítima.

Por otro lado, el Estado debe intervenir en favor de los herederos forzosos cuando verdaderamente lo necesiten, pero enfocado en una verdadera protección familiar. A nuestro entender, la asignación forzosa de la legítima debería ser excepcional, ya que no encontramos una justificación razonable.

Si bien es cierto que el derecho de sucesiones cumple una finalidad social que, basado en la solidaridad familiar, busca la protección a la familia, pensamos que la asignación forzosa de la legítima no constituye en sí misma una protección familiar, dado que no hablamos de una copropiedad de los bienes, sino de una propiedad exclusiva del causante.

La protección constitucional a la familia debe ser interpretada en torno a la protección de cada uno de sus miembros, que incluya al causante, esto es, no solo desde la posición de los herederos forzosos.

Acorde con lo mencionado anteriormente, creemos que el hecho de tener la condición de herederos forzosos no los hace merecedores de una protección especial que limite la autonomía de la voluntad privada de aquella persona que quiere otorgar testamento. Sin embargo, habrá casos en los cuales sí se justifica una asignación forzosa de la legítima.

En el presente artículo explicaremos las razones por las cuales se debe limitar la asignación forzosa de la legítima, pero no estableceremos los casos específicos, que será materia de otra investigación más amplia, pues se tiene que evaluar factores sociales, económicos, y culturales a fin de no afectar derechos fundamentales del causante, así como de los beneficiados con la legítima.

Por lo tanto, se realizará un análisis crítico de las normas imperativas establecidas en el Código Civil vigente relacionadas al derecho de sucesiones y la legítima. Asimismo, se reflexionará acerca de la conveniencia de modificar dicho código y dar primacía a la libertad para testar sobre los derechos legitimarios, proponiendo limitaciones a la asignación forzosa de la legítima, con la finalidad de que se exprese la última voluntad de las personas humanas que quieren otorgar testamento, con mínimas restricciones legales.

## II. El derecho sucesorio y su relación con el derecho de familia

Existen distintas teorías respecto a la justificación de la existencia del derecho de sucesiones. Es así que su reconocimiento y negatoria tiene distintas teorías que explican su fundamento. En aquellas teorías que justifiquen la existencia del derecho sucesorio se tiene como premisa la existencia del derecho de propiedad<sup>(1)</sup>.

Para empezar, debemos mencionar que la existencia del derecho sucesorio es necesaria, por lo que, siguiendo al autor Maffía, consideramos que la teoría del afecto presunto del causante es la más adecuada para justificar su reconocimiento.

---

(1) Maffía, J (1993), señala como teorías que justifican la transmisión hereditaria a las siguientes: a) Teoría del derecho natural, b) Teoría biológica, c) Teoría del afecto presunto del causante, d) Teoría de la copropiedad familiar, y, e) Teoría utilitaria. Asimismo, indica que existen teorías negatorias del derecho sucesorio. pp. 4 y 5.

Maffía (1993) explica que la teoría del afecto presunto del causante se sustenta en la prevalencia de la voluntad del difunto expresada en su testamento; y, si no lo ha redactado, la ley debe organizar un sistema que responda a presunción de cuál hubiera sido su voluntad (p. 5).

Luego, asumiendo la mencionada teoría, creemos que podría expresarse la última voluntad del causante en el testamento si se establecieran mínimas limitaciones legales. Así, por ejemplo, la asignación forzosa de la legítima debe darse en situaciones muy excepcionales.

El derecho de sucesiones se relaciona con otras ramas del derecho dentro del derecho privado, como el derecho de personas, derechos reales, derecho de obligaciones y el derecho de familia, que no van a ser objeto de análisis en el presente artículo, salvo la relación con este último.

Conviene subrayar que el derecho de sucesiones tiene como fundamento el derecho de propiedad y constituye una trasmisión del patrimonio del causante para después de su muerte.

Como afirma Armaza, hay una incuestionable sujeción del derecho hereditario al derecho de propiedad; no obstante, esta no es absoluta (Armaza, 2004, p. 64).

Respecto a la relación del derecho de sucesiones con el derecho de familia, podemos afirmar que ambos se relacionan, al cumplir el primero de los mencionados una función social de solidaridad familiar, que justifica la intervención del Estado con normas imperativas de protección familiar, a fin de no dejar desamparada a la familia del causante después de su muerte.

A continuación, es necesario reflexionar sobre el alcance de la protección familiar del Estado en materia sucesoria, es decir, ¿se justifica el beneficio de la legítima para herederos forzosos por el solo hecho de serlo? Consideramos que no. Además, para merecer una protección del Estado, el familiar beneficiado con la legítima debería tener una condición especial que lo haga vulnerable; por ejemplo, que sea menor de edad, persona con discapacidad, etc.

Cabe aclarar que es razonable que el Código Civil vigente establezca la asignación forzosa de la legítima para los herederos forzosos; pero no se justifica ese beneficio para todos ellos, por el solo hecho de serlo, ya que debemos considerar que el causante es propietario de su patrimonio.

Entonces, debe establecerse en el Código Civil vigente algunos supuestos por los cuales se imponga una asignación forzosa de la legítima en beneficio de los herederos forzosos para que la protección del Estado se justifique, teniendo como criterio el estado de vulnerabilidad, necesidad urgente, condición especial, u otros que sean razonables.

Por ejemplo, nos preguntamos si merecería protección especial (como la asignación forzosa de la legítima) aquel heredero forzoso que ha recibido cuidado, alimentación, educación y que actualmente puede generar su propio patrimonio. A nuestro parecer, la protección familiar debe ser únicamente para familiares que lo necesiten y se encuentren en estado de vulnerabilidad o alguna situación especial que lo justifique, pues lo contrario significaría que todos los herederos forzosos merecen protección del Estado, lo cual no es cierto.

En síntesis, podemos afirmar que, en la actualidad, se daría un paso muy importante en la legislación peruana si se modifica el sistema de autonomía de la voluntad para el otorgamiento de testamentos, así como si se establece la primacía del derecho de testar sobre los derechos legitimarios y restringir la asignación forzosa de la legítima para casos excepcionales, los cuales deben ser establecidos en el Código Civil vigente.

### III. La herencia y la protección de la familia

La herencia está constituida por el patrimonio hereditario del causante, que se trasmite a sus sucesores, la cual posee naturaleza patrimonial (bienes, derechos y obligaciones) y, excepcionalmente, extrapatrimonial.

Como mencionamos anteriormente, el fundamento para la existencia del derecho sucesorio debe ser la teoría del afecto presunto del causante que privilegia la autonomía de la voluntad privada del causante sobre los derechos legitimarios, con la finalidad de que se exprese en el testamento su última voluntad respecto al destino de su patrimonio hereditario.

Ahora veremos cómo se regula la sucesión testamentaria en nuestro país, respecto a la autonomía privada de la voluntad del causante.

El artículo 686 del Código Civil peruano vigente prescribe que mediante el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala. Asimismo, establece que son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Si bien es cierto la herencia está constituida por los bienes, existe un defecto en la redacción del artículo 686 del citado código, ya que refiere que también forman parte de la herencia los derechos y obligaciones. En ese sentido, el patrimonio que se trasmite a los sucesores del causante es la herencia, que tiene naturaleza patrimonial (bienes, derechos y obligaciones) y, excepcionalmente, extrapatrimonial.

Por otro lado, tenemos que el artículo 723 del Código Civil vigente señala: «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos».

La autonomía privada de la voluntad del causante tiene límites legales, a saber: el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas de protección familiar, como la asignación forzosa de la legítima.

Consideramos que la modificación del Código Civil vigente, en el sentido de privilegiar el derecho a testar sobre los derechos legitimarios, tiene como sustento la constitucionalización del derecho sucesorio con base en la protección familiar por parte del Estado a todos sus integrantes.

En efecto, la constitucionalización de las áreas del derecho son procesos que se dan como consecuencia de la influencia normativa de la Constitución Política de los diferentes ordenamientos jurídicos, en busca de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas humanas.

Landa (2018) señala:

La constitucionalización del derecho también es sobre todo una cuestión jurídica, en la medida en que su eficacia requiere de técnicas de integración y argumentación jurídica para la defensa de los fines esenciales de la carta magna —derechos fundamentales y límites a los excesos del poder—. (p. 57)

Todo proceso de constitucionalización se realiza por influencia de factores sociales, políticos y económicos que se dan en la sociedad. Por esta razón, se busca fortalecer los contenidos de los distintos derechos fundamentales de las personas humanas en cada momento histórico.

El derecho de sucesiones y el derecho de familia tienen una regulación normativa que es complementaria y garantiza la protección de la familia a nivel constitucional.

Así, tenemos que el artículo 4 de la Constitución política del Perú establece:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En consecuencia, las normas imperativas para regular el otorgamiento de testamento deben adecuarse a lo establecido en la Constitución Política sobre la protección de la familia, reconocida como instituto natural y fundamental de la sociedad.

Para la protección legal a la familia, existen normas imperativas en el derecho sucesorio que limitan la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas para otorgar testamentos. Es así que la asignación forzosa de la legítima restringe el derecho de testar.

Existen teorías respecto a la protección de las normas imperativas en favor de la familia y aquellas que consideran que no son necesarias. Las teorías proteccionistas propugnan la defensa de normas imperativas como la asignación forzosa de la legítima en favor de los herederos forzosos.

Fernández (2014) indica sobre la tesis proteccionista: «Generalmente el patrimonio obtenido por una persona no es solo fruto del esfuerzo personal, sino también, en alguna forma, de los miembros de su familia».

Por su parte, Tuesta (2022) indica:

Doctrinalmente, la *ratio legis* de la legítima es precisamente garantizar el sustento de la familia del causante más allá de su muerte. No obstante, esta figura descansa en suposiciones que no se ajustan con la realidad; una de ellas es que el patrimonio a heredar fue adquirido con el esfuerzo conjunto de la familia —en una suerte de copropiedad en sentido lato— y que, por tanto, corresponde que regrese a ellos cuando el titular representante de la familia fallezca. (p. 153)

Actualmente, la tesis proteccionista de la familia que señala que el patrimonio de una persona ha sido fruto del esfuerzo personal y también de la familia (por lo cual justifica la imposición legal de la legítima) no tiene sustento, pues los miembros de la familia no son copropietarios. Debe ser muy excepcional el caso de patrimonios familiares construidos con el esfuerzo de cada uno de los integrantes de la familia.

Si bien no estamos de acuerdo con la tesis proteccionista de manera total, consideramos que la asignación forzosa de la legítima debe existir, pero de manera excepcional.

Debemos entender que la protección a la familia debe darse para todos sus integrantes, incluyendo al causante, por lo que debe respetarse su autonomía privada de la voluntad, pues lo contrario ocasionaría la vulneración al derecho de testar como parte del derecho fundamental a la libertad personal.

Varsi (2011) establece que el Estado a través de las normas y políticas protegen a la familia y su misión es brindarle mecanismos eficientes que la regulen y permitan su desenvolvimiento en sociedad considerando el desarrollo personal de cada uno de sus miembros (p. 253).

La protección que brinda el Estado a la familia debe ser para aquellos integrantes que verdaderamente lo necesiten. No podemos pensar que los herederos forzosos requieran una protección del Estado por ese solo hecho. Imaginemos el caso de herederos forzosos que han desatendido al causante y luego reciban parte de la herencia, sin merecerlo.

Fernández (2014) señala:

Los defensores de la negación del derecho de sucesiones sostienen que no resulta justo ni útil que el hombre que habría pedido en vida disponer de sus bienes lo haga después de muerto a favor de determinadas personas que nada han hecho para adquirir la herencia dejada. (p. 65)

Creemos que no se debe limitar el derecho de una persona a dejar testamento a personas que lo han apoyado durante su vida, sin tener un vínculo sanguíneo, o a las personas que ellos consideren.

Si bien es cierto se limita la autonomía privada de la voluntad en mérito a la protección de la familia, consideramos que la familia que se debe proteger es aquella que requiere urgentemente un apoyo por razones especiales.

La legislación nacional no puede ser ajena a la realidad actual en donde cada integrante de la familia puede crear su propio patrimonio y no atenerse a una herencia. Además, teniendo en cuenta que el causante es propietario de su patrimonio hereditario, no se justifica una imposición de la legítima para los herederos forzosos, salvo casos muy excepcionales.

Respecto a la familia, Varsi (2011) señala:

Consciente de que su origen estaría dado en la satisfacción de caprichosas necesidades o del surgimiento de nuevas costumbres, no podemos permitir que la ley sea ajena a esta realidad y debe empezar a proyectar sus normas a fin de proteger a la familia, sin descuidar o restringir los derechos y aspiraciones de las personas que la componen. Cada institución del Derecho de familia va adecuando sus objetivos y fines de acuerdo a la época vivida. (p. 56)

Creemos que el Estado debe proteger al heredero forzoso, pero el cual, además, tenga alguna condición especial que lo haga vulnerable.

La asignación forzosa de la legítima para familiares que pueden tener su propio patrimonio y no requieren de la herencia del causante no se justifica, ya que la persona que otorga testamento como integrante de la familia también tiene derecho a expresar su voluntad libremente, sin restricciones legales irrazonables.

Consideramos que el límite a la libertad de testar debería encontrarse en el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas sobre la asignación forzosa de la legítima, pero únicamente para supuestos específicos, con lo que se garantiza que se exprese la última voluntad del causante, con mínimas restricciones.

En la actualidad, debe evaluarse si la normativa vigente es adecuada o debería modificarse con la finalidad de darle mayor autonomía a la voluntad de las personas humanas que desean otorgar un testamento, ya que en la mayoría de casos no se estaría protegiendo a la familia con solo hecho de asignarle de manera forzosa la legítima a los herederos forzosos, pues se generaría en algunas personas que se atengan únicamente a la herencia futura y a no crear su propio patrimonio.

Definitivamente, la protección a la familia incluye al causante que tiene derecho a disponer de su patrimonio hereditario conforme lo crea conveniente, con las limitaciones del orden público, las buenas costumbres y normas imperativas razonables.

En definitiva, si bien la asignación forzosa de la legítima busca proteger a la familia, no debe ser para todos los herederos forzosos, únicamente por tener ese vínculo con el causante, sino para aquellos que tengan una condición especial que los haga vulnerables.

## IV. El testamento

El testamento es un acto jurídico que expresa la última voluntad de una persona humana para después de su muerte, respecto al destino de sus bienes, derechos y obligaciones, cuya naturaleza puede ser patrimonial o extrapatrimonial, con las limitaciones que establece la ley.

Lohmann (2017) expone lo siguiente:

[...] no puede pregonarse del testamento que sea un acto jurídico ordinario, al menos si se lo quiere calificar de fuente creadora de relaciones jurídicas. La situación —no la relación— jurídica sucesoria nace *ex lege* porque alguien tiene que suceder al difunto en sus posiciones jurídicas; de modo que por delegación del ordenamiento el testamento solo cumple la función de establecer un régimen normativo sustitutorio del legal sobre el «quien» y el «cómo» de la sucesión. (pp. 263-264)

Por su parte, Álvarez (1990) indica que el testamento es un acto formal, unilateral, revocable y personalísimo, principalmente de disposición de bienes, llamado a surtir sus efectos *mortis causa* (p. 223).

En el mismo sentido, Fernández (2014) refiere que «El testamento es un acto jurídico unilateral, unipersonal, escrito y solemne por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte» (p. 173).

Por otro lado, Ferrero (2012) señala que el testamento es la declaración de última voluntad que hace una persona al disponer de sus bienes y asuntos que le atañen para después de su muerte (p. 345).

Asimismo, Gómez (2011) define al testamento como «aquel acto unilateral de última voluntad en el que el otorgante (testador) determina el destino de sus bienes para después de su muerte, y en su caso, establece otras disposiciones, de carácter patrimonial o no patrimonial» (p. 101).

Para otorgar testamento en el Perú, se deben cumplir algunas formalidades establecidas en el Código Civil vigente, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad absoluta del testamento.

En nuestro país existe una exagerada rigidez formal para el otorgamiento de testamentos, lo que ocasiona que no sea muy utilizado por los peruanos en la actualidad<sup>(2)</sup>.

---

(2) Conforme señala la Oficina General de Comunicaciones de Sunarp, son pocos los peruanos que dejan un testamento para distribuir ordenadamente sus bienes y

Lohmann (2017) señala sobre la disciplina global del régimen testamentario en nuestro país:

[...] desde el punto de vista documental, su exagerada rigidez formal, y desde el punto de vista comercial el estrecho margen que el ordenamiento concede a la autonomía del testador, todo lo que a la postre determina que la utilidad social del testamento resulte mínima y, por tanto, de poco uso. (p. 253)

Como podemos apreciar, una rigidez formal y limitaciones (a nuestro parecer) no razonables en la legislación nacional ocasionan que no se utilice masivamente. En tal sentido, Tuesta (2022) refiere que la restricción que impone la legítima causa desincentiva en las personas para elegir la vía testamentaria (p. 156).

Dicho lo anterior, se hace necesario un cambio en la regulación del otorgamiento de testamentos con normas más flexibles, más simples, más aún dado el avance de la tecnología, que actualmente permite la identificación, comunicación, corroboración de información, entre otras facilidades, para que se pueda utilizar los testamentos de manera masiva. Además, se hace imprescindible darle más amplitud a la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas y limitar la asignación forzosa de la legítima para casos excepcionales.

Creemos que la sola condición de heredero forzoso no debe ser suficiente para el beneficio de la legítima, ya que la función social del derecho sucesorio se basa en la solidaridad familiar, pero para la familia que merece protección. En otras palabras, la legítima debe ser para los herederos forzosos que, además, tengan alguna condición que los haga vulnerables.

## V. La autonomía privada de la voluntad

La autonomía privada de la voluntad tiene una acepción amplia y una acepción restringida. En una acepción amplia, la autonomía privada es el poder reconocido por el ordenamiento jurídico al ser humano para

---

evitar futuros conflictos familiares cuando llegue el inevitable final. Ello se refleja en el número de testamentos inscritos en la Sunarp, entre enero y octubre de 2022: 7 812). Esta es una cifra significativamente menor frente al número de sucesiones intestadas tramitadas en el mismo lapso: 131 264. Véase Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/345550-temple-explicamos-como-inscribir-un-testamento>

governarse, como quiere, dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico (Torres, 2015, p. 159). En cambio, en una acepción restringida, podemos afirmar que la autonomía privada de la voluntad es entendida como aquella libertad de toda persona humana para regular sus propios intereses en los actos jurídicos que celebre, con los límites establecidos en la ley.

Cabe subrayar que el principio de la autonomía de la voluntad se ejerce de acuerdo al principio de la sucesión familiar (Armaza, 2004, p. 113). En el derecho sucesorio, si bien existe la autonomía privada de la voluntad para el otorgamiento de testamento, hay límites legales que restringen dicha autonomía. Uno de los límites a la citada autonomía se encuentra en la imposición de la asignación forzosa de la legítima, cuya finalidad es la protección familiar, que a nuestro entender debe limitarse únicamente a casos excepcionales.

En cuanto a la función preceptiva del testamento, Lohmann (2017) indica que, con base en el principio de autonomía privada, conduce al intérprete a entender el testamento como un auténtico mandato de conducta respecto de lo que debe hacerse con los bienes, derechos y obligaciones que integran el acervo sucesoral (p. 389).

Asimismo, respecto a la autonomía privada, esta faculta a una persona para que, autorregulando sus intereses y regulando los intereses de sus sucesores, dentro de la ley, señale el curso que habrá de tener la sucesión que cause con su muerte (Armaza, 2004, p. 132).

Ahora bien, el establecimiento de la asignación forzosa de la legítima implica una restricción a la libertad del testador y, por lo tanto, a su autonomía privada de la voluntad, al no poder expresar su última voluntad sobre el destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte.

Al respecto, Armaza (2004) indica que la legítima configura el mayor obstáculo contra una irrestricta autonomía de la voluntad (p. 164). Por su parte, Gómez (2011) sugiere que esta presupone la existencia del testamento y trata de proteger a determinados parientes, constriñendo la libertad del causante (p. 485). Para Aguilar (2011), «[...] la legítima es una restricción al derecho de propiedad, más precisamente a la facultad de libre disposición, en tanto que el propietario del bien no puede disponer como mejor le parezca» (p. 225).

De ahí que, en la actualidad, en nuestro país, se hace necesario un cambio legislativo, en el sentido de darle mayor importancia a la autonomía de la voluntad privada de la persona humana al otorgar testamento, y evaluar la asignación forzosa de la legítima solamente para casos excepcionales.

Consideramos que, si una persona ha cumplido con sus obligaciones como padre o madre, esto es, con protección, alimentación y educación para sus hijos, no se entiende por qué motivo los hijos (como herederos forzosos) deban atenerse a una herencia, pues ellos pueden tener su propio patrimonio.

De igual manera, en el caso de los otros herederos forzosos, como los demás descendientes (además de los hijos), padres, ascendientes, cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, deben ser beneficiados con la legítima únicamente en casos excepcionales.

Por otro lado, Fernández (2014) señala sobre la tesis abolicionista: «La abolición de la legítima permitirá que los hijos desarrollen sus propias facultades para subvenir a sus necesidades con su propio esfuerzo sin esperanzarse en recibir algún día una herencia que, a lo mejor, no merecen» (p. 240).

Dicho lo anterior, no creemos adecuada la tesis abolicionista de la legítima, porque existen casos en los cuales sí se justifica la intervención del Estado para proteger a los herederos forzosos que se encuentran en estado de vulnerabilidad o estado de necesidad urgente. Por ejemplo, deben protegerse a menores de edad, personas con alguna discapacidad, algunos derechos del cónyuge o integrante de la unión de hecho, etc.

Por lo tanto, la autonomía privada de la voluntad de las personas que quieren dejar testamento debe ser limitada únicamente por motivos justificados. Y a nuestro parecer, la imposición de la asignación forzosa de la legítima para los herederos forzosos, por ese solo hecho, no tiene justificación.

Si bien la libre disposición del patrimonio hereditario del causante para después de su muerte debe tener limitaciones legales, como no contravenir el orden público o las buenas costumbres y las normas imperativas, la legítima debe regularse para proteger a integrantes de la familia que verdaderamente lo necesiten.

Pensamos que debe limitarse la voluntad de testar de una persona únicamente en casos de familiares que tengan una condición especial que los haga vulnerables, ya que en la mayoría de los casos los herederos forzosos no necesitan de una herencia para ejecutar su proyecto de vida.

Finalmente, consideramos que la limitación de la autonomía de la voluntad de una persona que desea dejar testamento debe ser mínima, solamente en casos excepcionales y con criterios objetivos que deben ser establecidos en el Código Civil vigente.

## **VI. La Libertad para testar y la necesidad de limitar la asignación forzosa de la legítima**

La libertad para testar forma parte de la autonomía privada de la voluntad de las personas humanas, por medio de la cual dichas personas pueden decidir libremente respecto al destino de su patrimonio hereditario para después de su muerte, con las limitaciones de ley. Una de las limitaciones para otorgar testamento se encuentra en la asignación de la legítima para herederos forzosos.

Una persona puede disponer de todos sus bienes a título oneroso sin limitaciones, salvo aquellas que perjudiquen a terceros, por lo que las limitaciones para otorgar testamento deberían ser aquellas que tienen una justificación constitucional, esto es, con base en la protección familiar.

En concreto, la imposición de la asignación de la legítima para los herederos forzosos debe regularse sobre la base de una necesidad urgente, estado de vulnerabilidad, o alguna condición que justifique una protección del Estado.

En tal sentido, el Estado debe garantizar la función social del derecho sucesorio expresada en la solidaridad familiar, con normas imperativas para la protección familiar de cada uno de los integrantes de la familia, al producirse el otorgamiento de testamento, que tengan en cuenta que el causante también es integrante de la familia.

Para establecer la primacía del derecho a testar sobre los derechos legítimos, se debe analizar cada caso concreto. Por ello, se hace necesario el establecimiento de causales por las cuales se establezca la asignación forzosa de la legítima justificada en una protección familiar.

La legítima se encuentra regulada en el Título III, de la Sección Segunda, del Libro IV, del Código Civil vigente. Así tenemos, que el artículo 723 del Código Civil vigente señala: «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos». Asimismo, en el artículo 724 del citado código se precisa que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los

padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. Posteriormente, se establece en los artículos 725, 726 el porcentaje de la asignación forzosa de la legítima, y como consecuencia de ello, la libre disposición del patrimonio del causante<sup>(3)</sup>.

Si bien no podría existir una libertad absoluta para el otorgamiento de testamento, por cuanto no se debe contravenir el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas para proteger a la familia, debe evaluarse a qué familia debe protegerse con la asignación forzosa de la legítima, ya que no es razonable la protección al heredero forzoso, por el solo hecho de serlo.

En los casos en los cuales el causante ha educado a sus hijos y les ha brindado todo el apoyo para que ellos tengan su propio patrimonio, y no tengan ninguna necesidad de esperar recibir una herencia de su padre o madre, no es razonable limitar la voluntad de una persona de disponer de su patrimonio conforme lo crea conveniente, salvo las limitaciones de ley. Lo mismo ocurre con los otros herederos forzosos que reciben una herencia por tener esa condición.

Existen dos posiciones en la doctrina sobre la autonomía de la voluntad para testar:

- a) Libertad absoluta.
- b) Libertad restringida.

En nuestro país, se acoge la libertad restringida para testar, puesto que se admite la libertad para testar, pero con limitaciones legales.

El principio de la relación familiar y el de la igualdad entre los sucesores se erigen como circunstancias que, definitivamente, limitan la autonomía de la libertad testamentaria (Armasa, 2004, p. 163)

Consideramos que es razonable establecer normas imperativas para proteger a la familia; sin embargo, dicha protección debe alcanzar a los familiares que tengan una condición especial que los haga vulnerables, mas no a todos los familiares por el solo hecho de ser herederos

---

(3) Artículo 725. El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 726. El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

forzosos. No debemos olvidar que el causante también es integrante de la familia y tiene derecho como propietario de su patrimonio hereditario a disponer del mismo.

Armasa (2004) señala:

Parecen suficientes los deberes impuestos a los padres para educar, alimentar, asistir, etc., a sus hijos; más allá de esto, las limitaciones nos parecen excesivas; debería, pensamos, otorgarse más libertad al testador para autorregular sus intereses y los intereses de los otros sujetos de la sucesión. (p. 168)

Por su parte, Espada (2021) refiere que, si existen familiares que actuaron de forma solidaria con el causante en vida, es legítimo que se les garantice una asignación, con lo cual la misma se convierte en una forma de protección a las relaciones familiares cuyo fortalecimiento se pretende garantizar constitucionalmente (p. 134)

Pensamos que toda persona que crea un patrimonio durante su vida tiene derecho a disponer de sus bienes a través de un testamento con mínimas restricciones legales, ya que es propietario de los mismos, pues así expresará su última voluntad y, por ende, se garantizará el derecho a su libertad personal.

Finalmente, podemos afirmar que la libertad para testar debe tener primacía sobre los derechos legitimarios, por los siguientes motivos: a) el patrimonio hereditario es propiedad del causante; b) la protección familiar por parte del Estado es para todos los integrantes de la familia, incluyendo al causante; c) la protección familiar por parte del Estado a los herederos forzosos, únicamente por tener esa condición, no tiene amparo constitucional, ya que se limita injustificadamente la autonomía de la voluntad privada del causante; d) la asignación de la legítima (como está establecida actualmente en el Código Civil vigente) vulnera el derecho de testar del causante, ya que no puede disponer libremente de su patrimonio hereditario.

## VII. Conclusiones

- El derecho de sucesiones se relaciona con el derecho de familia al cumplir el primero de ellos una función social de solidaridad familiar, que justifica la intervención del Estado con normas imperativas

de protección familiar a fin de no dejar desamparada a la familia del causante después de su muerte.

- La modificación del Código Civil vigente, en el sentido de privilegiar el derecho a testar sobre los derechos legitimarios, que implica un cambio del sistema de la autonomía privada de la voluntad para testar, tiene como sustento la constitucionalización del derecho sucesorio con base en la protección familiar por parte del Estado a todos sus integrantes.
- Las restricciones legales para otorgar testamento deben limitarse a no contravenir el orden público o las buenas costumbres y la imposición de la asignación forzosa de la legítima para herederos forzosos, siempre y cuando estos tengan alguna condición que los haga vulnerables, por lo que debe establecerse en el Código Civil vigente los supuestos para su aplicación.
- En nuestro país, debe realizarse un cambio en la regulación del otorgamiento de testamentos con normas más flexibles, más simples, más aún dado el avance de la tecnología, que permite la identificación, comunicación, corroboración de información, entre otras facilidades para que se pueda utilizar los testamentos de manera masiva.
- No consideramos adecuada la tesis abolicionista de la legítima, porque existen casos en los cuales sí se justifica la intervención del Estado para proteger a herederos forzosos que se encuentran en estado de vulnerabilidad o necesidad urgente. Por ejemplo, deben protegerse a menores de edad, personas con alguna discapacidad, algunos derechos del cónyuge o integrante de la unión de hecho, etc.
- La libertad para testar debe tener primacía sobre los derechos legitimarios, por los siguientes motivos: a) el patrimonio hereditario es propiedad del causante; b) la protección familiar por parte del Estado es para todos los integrantes de la familia incluyendo al causante; c) la protección familiar por parte del Estado a los herederos forzosos, únicamente por tener esa condición, no tiene amparo constitucional, ya que se limita injustificadamente la autonomía de la voluntad privada del causante; d) la asignación de la legítima (como está establecida actualmente en el Código Civil vigente) vulnera el derecho de testar del causante, ya que no puede disponer libremente de su patrimonio hereditario.

## VIII. Referencias

- Aguilar, B. (2011). *Derecho de sucesiones*. Ediciones Legales.
- Alterini, A., y Soto, C. (2000). El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina. *Derecho PUCP*, (53), pp. 513-529. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>
- Álvarez, J.A (1990). *Curso de derecho Hereditario*. Civitas.
- Armasa, J. (2004). *Derecho civil. Sucesiones: de la sucesión en general*. ADRUS.
- De Trazegnies, F. (2004). El código civil de 1984: ¿Vejes prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. *Themis. Revista de Derecho*, (49), pp. 23-35.
- Espada, S. (2021). Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (36), pp. 113-140.
- Fernández, C. (2014). *Derecho de sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero (2012). *Tratado de derecho de sucesiones*. Gaceta Jurídica.
- Gómez, J. (2011). *Derecho de sucesiones*. Jurista Editores.
- Landa, C. (2018). *La constitucionalización del derecho. El caso de Perú*. Palestra Editores.
- Lohmann, J. G. (2017). *Derecho de sucesiones* (t. 1). Gaceta Jurídica.
- Maffía, J. O. (1993). *Manual de Derecho sucesorio* (t. 1 y 2). Ediciones Depalma.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Oficina General de Comunicaciones-Sunarp. Te explicamos cómo inscribir un testamento. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/345550-te-explicamos-como-inscribir-un-testamento>
- Torres, A. (2015). *Acto Jurídico* (vol. 1). Instituto Pacífico.
- Tuesta, F. (2022). Tríada legítima: la interrelación entre la propiedad, el derecho sucesorio y la familia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (105), pp. 141-159.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia, la nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (t. 1). Gaceta Jurídica.