Revista postgrado
Scientiarvm P. 25 - 28
Julio 2026 Volumen 12 - Número 2
DOI: 10.26696/sci.epg.0234

ISSN Versión electrónica 2518 - 2811
ISSN Versión impresa 2411 - 8826
Indexada en Latindex

ENTRE LA LIBERTAD DE TESTAR Y EL DERECHO DE HERENCIA: ¿DESEO PERSONAL U OBLIGACIÓN LEGAL?

BETWEEN THE FREEDOM OF TESTATION AND THE RIGHT OF INHERITANCE: PERSONAL RIGHT OR LEGAL OBLIGATION?

Príscila Valeria Alpaca Gutiérrez (1) Gelber Ramirez Cueva (2)

Universidad Católica de Santa María (1)

RESUMEN:

Este artículo tiene como propósito evidenciar el problema de la restrictiva limitación de testar que las normas peruanas establecen, para ello se analizará el origen de la libertad de testar para entender la naturaleza de ella, y las limitaciones que van apareciendo con el tiempo. Además, se explicará los derechos que se enfrentan que son la libertad de testar y el derecho de herencia, que son los ejes centrales. Sumado a ello, se evaluará cómo funciona la libertad de testar en Perú, centrándonos en los porcentajes de disposición y quienes según la ley tienen derecho a heredar; y la razón de ser de sus límites que se funda en la protección de la familia. Se investigará cómo funciona la libertad de testar en otros países de los sistemas del common law y del civil law puntualizando a quienes se protege y se les da la calidad de herederos forzosos y los porcentajes que estos países designan. Todo ello con la finalidad de proponer una solución a la problemática señalada al principio.

Palabras clave: Libertad de testar, límites, herederos forzosos, cónyuge, porcentajes.

ABSTRACT:

This article seeks to demonstrate the issue of the restrictive limitation on testamentary freedom established under Peruvian law. To this end, the origins of testamentary freedom will be examined in order to comprehend its nature and the limitations that have arisen over time. Moreover, the analysis will address the conflicting rights at stake—namely, testamentary freedom and the right of inheritance—which constitute the central axis of discussion. In addition, the functioning of testamentary freedom in Peru will be assessed, with particular attention to the disposable portions of the estate, the individuals legally entitled to inherit, and the rationale underlying such limits, which rests upon the protection of the family. The study will also investigate how testamentary freedom operates in other jurisdictions belonging to the common law and civil law traditions, identifying the persons protected as forced heirs and the percentages allocated to them in those systems. The ultimate purpose is to propose a solution to the problem outlined at the outset.

Keywords: Testamentary freedom, limitations, forced heirs, spouse, percentages.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de estudio se realiza en base a los límites testamentarios establecido en nuestro Código Civil los cuales impiden que el testador disponga de su patrimonio con total libertad y por el otro lado busca que se proteja el derecho de herencia de los herederos forzosos. De esta forma se evidencia que se protege el derecho de herencia sobre la libre manifestación de voluntad del testador; haciendo que lo que en principio es una autonomía privada se vea limitada a ciertas consideraciones. Y nos plantea la pregunta de si es necesario que existan estos límites que restringen la voluntad del testador.

En este sentido la relevancia de este análisis radica en el conflicto entre dos principios fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico: la libertad de testar, que es la materialización de la autonomía privada que tiene cada individuo para decidir sobre su patrimonio; y por el contrario el derecho de herencia, que busca proteger los intereses familiares que pueden ser afectados por la disposición total del patrimonio.

El objetivo del presente trabajo es criticar los limites legalmente establecidos respecto de la disposición del patrimonio del testador para determinar si debe mantenerse las restricciones legales a la libertad de testar y si estas son jurídicamente razonables.
Para ello esta obra se basa en bibliografía de autores clave del derecho civil contemporáneo y derecho comparado.

Autor de correspondencia:
Alpaca Gutiérrez, Príscila Valeria
Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú
E-mail: priscila.alpaca@estudiante.ucsm.edu.pe

ORIGEN Y FUDAMENTO LEGAL DE LA RESTRICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL TESTADOR

La libertad de testar aparece al igual que varias instituciones del civil law, en el derecho romano, concretamente en la ley de las XII tablas. Según Pérez aparece concretamente en la tabla V Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, que se puede traducir en como disponga sobre su dinero o la tutela de sus bienes, así sea el derecho (1). Con esta tabla se busca instituir el principio de libertad de testar para que los ciudadanos romanos pueden disponer de su patrimonio sin restricciones mediante el testamento. Sin embargo, tal como lo indica Pérez surge un cambio en la época republicana en la cual se establece como limitación la regla “sui heredes insti-tuendi sunt, vel exheredandi”, de esta forma se busca que se mencione al sui para considerarlos herederos o para desheredarlos, pero esto no impide que el testador deje sus bienes para alguien fuera de su entorno familiar (1). Si esta norma no se tomaba en cuenta al elaborar el testamento, se consideraba que este era inútil.

Al determinarse tantas libertades sobre la disposición de los bienes en el testamento, comenzaron a surgir problemas propios de la época bélica. Por lo cual muchas veces los herederes ajenos a la familia no aceptaban la herencia que se les dejaba pues los hijos que consideraban tener derecho

a heredar impugnaban este testamento.

En el caso de que no exista testamento, los herederes sui eran dueños del patrimonio familiar (Vázquez,). Como podemos apreciar, esta figura se mantiene en el derecho peruano actual, entendiendo que los herederes sui son los hijos del causante.

Posteriormente aparece la Lex Furia testamentaria la cual pretendía que los testadores no puedan disponer de más de mil asese salvo ciertas personas (2), pero esto no dio resultados, pues tal como lo explica Pérez si se excedía el límite se les castigaba a pagar el cuádruplo (1). Luego aparece la lex Vocania de mulierum hereditaribus que proponía que los herederos externos no pueden recibir más de lo que se le dejó al heredero, con sanción respectiva. Después, se publica la Lex Falcidia de legatisa, la cual establece un límite de tres cuartas partes de la herencia (1). Sin embargo, a fines de la República se introdujo la garantía querella inofficiosi testamenti, la cual permite que los parientes más cercanos puedan cuestionar el testamento que los desheredara de forma arbitraria.

Con lo expuesto anteriormente, se evidencia que en principio la libertad de testar era total pues el patern familia podía disponer como mejor le pareciera de su patrimonio. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que debía existir un límite para proteger a los parientes más próximos a quienes se considera que tienen derecho para heredar.

En cuanto al fundamento legal de las restricciones, estas tienen justificación pues se busca proteger a aquellos que dependieron del causante cuando estuvo en vida, como los hijos, los cónyuges, nietos y padres. Buscando restringir el derecho del testador y proteger el derecho de herencia de los herederos forzosos para promover la protección del núcleo familiar. Pues como se establece en la constitución en el artículo 4, se promueve la protección de la familia, pues esta es considerada la base de la sociedad.

DERECHOS ENFRENTADOS: LIBERTAD DE TESTAR Y DERECHO A HEREDAR

La libertad de testar debe ser entendida como la manifestación de voluntad del testador que se sujeta a los límites legales establecidos por cada ordenamiento jurídico, que tiene un elemento fundamental que es la libertad para determinar cuál es su contenido, que tiene como propósito designar que pasará con sus bienes materiales posterior a su muerte. En virtud de lo referido, la manifestación debe ser libre pues el testador debe poder designar quienes serán sus herederos y determinar específicamente los bienes que les corresponde. Sin embargo, con la legislación actual, según el código civil peruano, el testador solo puede disponer libremente del 30% o 50% de sus bienes dependiendo de determinadas situaciones que se expondrán más adelante. Por lo tanto, realmente solo existe libertad sobre los porcentajes antes mencionados.

Para Radbruch la libertad de testar debe ser entendida como un principio del derecho hereditario que es una manifestación del derecho de propiedad que prevalece sobre la muerte (2). Mientras que para Vaquer Aloy la libertad de testar tiene dos dimensiones (i) es la facultad que tiene una persona para disponer de su patrimonio subordinada al ordenamiento sucesorio; y (ii) el testador tiene la libertad de elegir el instrumento sucesorio para plasmar su voluntad. Lo segundo mencionado es un complemento de la libertad de testar (3).
Por otro lado, el derecho a heredar es reconocido por la constitución peruana en el artículo 2 inciso 16 junto al derecho de propiedad. Según Corral tiene dos dimensiones (i) es un derecho real en el sentido que es un derecho sobre el bien que se adquiere por tener la condición de heredero, y (ii) derecho patrimonial porque es la transferencia de la propiedad por causa de la muerte (4).

Entendemos que este derecho solo se adquiere si se es considerado heredero, ya sea por la legislación o por la libertad del causante, por lo cual es importante reconsiderar a quienes la legislación les otorga este derecho y los porcentajes que se les designa basándose en el vínculo familiar.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN EL MUNDO: DERECHO COMPARADO

El mundo actualmente cuenta con dos grandes sistemas de derecho que son el common law y el civil law. Al respecto ambos tienen tendencias distintas en varias materias, pero la que examinaré a continuación es los límites en la voluntad de testar. Para empezar, el common law tiene una tendencia a flexibilizar y dar mayor libertad para que las personas puedan disponer de sus bienes al momento de su muerte. En este sentido tenemos el caso de Estados Unidos, en el cual las normas de la mayoría de los estados protegen únicamente al cónyuge sobreviviente, por las denominadas elective share, que buscan que el cónyuge puede impugnar el testamento para subsistir, que en la mayoría de los casos suele ser de 1/3 de los bienes, además tiene derecho sobre la casa común. Mientras que la protección lega de los hijos es más limitada, pues en la mayoría de los casos solo se considera al hijo dependiente como heredero forzoso.

Por otro lado, tenemos el caso de Inglaterra, las personas pueden disponer libremente de sus bienes en testamento, sin embargo, hay un grupo de personas que pueden reclamar una pensión o provisión económica ante un juez (5). Pero este proceso no implica que se vuelva a repartir la herencia, si no que se destinen fondos para estas personas. En el caso de Irlanda, la libertad es amplia pero no absoluta pues se protege al cónyuge sobreviviente con una parte mínima y los hijos pueden reclamar ante un tribunal que el estado no cumplió con el deber moral de proveerlos (6).

Por el lado de la familia del Civil Law, se evidencia una tendencia a incluir muchas más limitaciones que protegen a herederos forzosos que estan determinados en la norma. Tenemos el caso de España, que es muy similar al de Perú, que establece como herederos forzosos a hijos y descendientes, padres y ascendientes a falta de los anteriores; y viuda. A quienes les corresponde 2/3, la mitad y usufructúo respectivamente. Dejando libre únicamente 1/3 para libre disposición.

En Francia, los herederos forzosos son los hijos, y en medida de la cantidad de ellos se determina la porción que se debe designar. Sin embargo, a diferencia del caso peruano y español, el cónyuge no es un heredero forzoso, pero cuenta con una protección especial.

Para el sistema italiano, determina que los herederos forzosos son el cónyuge, los hijos y ascendientes (solo si no hay ascendientes), a quienes se les reserva entre el 1/3 y 2/3 según el número de los hijos, teniendo disponible entre ¼ y 1/3 para disponer libremente.

En Alemania sucede algo particular, si bien existen herederos forzosos que son los tres anteriormente mencionados, ello no tiene derecho sobre los bienes, si no únicamente sobre un derecho de crédito denominado Plichtteil, que equivale al 50% de la parte que le correspondería en la secesión, lo cual es 1/4.

PROBLEMAS DE LOS LIMITES TESTAMENTARIOS DE NUESTRA LEGISTACIÓN ACTUAL

En Perú el artículo 686 del Código Civil, determina que por la sucesión por testamento una persona puede disponer de sus bienes de forma total o parcial pero dentro de los límites de la ley y con las formalidades señaladas. Uno de los límites legales que se evidencia en dicho texto normativo es el artículo 725, en el que se menciona que cuando el causante tiene "hijos u otros descendientes, o cónyuge" solo puede disponer libremente de un tercio de sus bienes, lo cual en porcentajes equivale a 33.33% de su patrimonio. El segundo límite establecido por la norma es en caso de que el causante tiene solo padres u otros ascendientes, en este caso podrá disponer del 50% de su patrimonio. Además, el código Civil establece en su artículo 727 que única se podrá disponer del 100% de su patrimonio en caso de que no tenga cónyuge ni parientes ascendientes ni descendientes; lo cual considero una situación poco probable.

Cómo se puede evidenciar los límites que la norma impone son abusivos, ya que el testador está obligado a dejar su masa hereditaria a un grupo de personas bajo la justificación de un lazo sanguíneo; quitando todo tipo de percepción subjetiva que el causante tiene, salvo en casos muy gravosos en los cuales la norma de forma arbitraria considera que recién se debe quitar la calidad de heredero forzoso.

Además, la ley concede la calidad de herederos forzosos a los antes mencionados, lo cual genera que se dé un ambiente conflictivo sobre los porcentajes, distribuciones que el testador determino.

Sumado a ello otro conflicto derivado de los límites impuestos, sucede cuando estamos frente a casos de familias no reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, como las familias formadas por personas del mismo género o las familias de hecho impropias, quienes no tendrían derecho a heredar o solo heredarían de forma limitada a un porcentaje, generando desigualdad frente a la situación del cónyuge que si es reconocido por la norma. Un conflicto similar aparece en las familias reensambladas, que pese a haber sido reconocidas como un tipo de familia, los hijos que forman parte de no tienen derecho a heredar.

REFORMAS O AJUSTES A LOS LIMITES TESTAMENTARIOS

Por lo expuesto en los puntos 4 y 5 del presente artículo, no podemos plantear las siguientes preguntas (i) ¿Quiénes deben ser herederos forzosos? (ii) ¿Cuál es la posible distribución de los bienes? (iii) ¿Cómo esto beneficiará a la libertad del testador?

Respecto al primer punto (i) los herederos forzosos deben ser los conyugues; hijos dependientes, entendiéndose que son menores de edad o sufren alguna discapacidad; y los ascendientes si no existieran descendientes y dependan de él. Esto porque el cónyuge es con quien se hizo vida en común por lo que dejarlo desprotegido no es adecuado ni racional, entendiendo los contextos en los que se desarrolló su matrimonio en vida, pues si el cónyuge sobreviviente tenía labores domésticas únicamente quedaría desprotegido económicamente ante la muerte de su cónyuge. En cuanto a los hijos dependientes, se entiende que estan en la misma situación del cónyuge, pues ante la muerte repentina de quien les proveía se encontraran desprotegidos; en este sentido se excluye a los hijos no dependientes, pues ellos pueden hacer su vida y generar su patrimonio de forma propia. Mientras que en al caso de los ascendientes, únicamente adquieren esta calidad cuando dependían del causante y este no tiene descendientes. A partir de esta idea se entiende que la calidad de herederos forzosos se sustenta en la vulnerabilidad y desprotección en las que estas personas quedarían por la muerte del causante.

En cuanto al segundo punto (ii) el porcentaje debe ser del 50% en caso de tener cónyuge e hijos dependientes, pues es un porcentaje justificado para la cantidad de sujetos que involucra. Por otro lado, en el caso de solo tener cónyuge, hijo o ascendiente dependientes, el porcentaje se reduce al 35% para que estas personas puedan subsistir.

Estos porcentajes dejarían un margen apropiado para que el testador distribuya el resto de sus bienes entre las personas que considere adecuadas, e incluso podría destinarlo a personas que no tienen la calidad de herederos forzosos o aumentar el porcentaje que se les concede a estos.

Sumado a ello, estos porcentajes no serán sobre los bienes que el causante tenga de forma necesaria, si no que el causante puede establecer que en lugar de los bienes se opte por un monto de dinero equivalente al porcentaje que les corresponde de los bienes.

Respecto de los beneficios del modelo propuesto (iii) se evidencia que al disminuir la cantidad de herederos forzosos y dar mayor libertad de disposición, se reducirán los problemas judiciales que impugnen el testamento, ya que las condiciones son claras. Además, se conserva la protección de aquellos que podrían resultar perjudicados por la muerte del causante, pero a aquellos que realmente les corresponde. Finalmente, el testador podrá destinar el resto de sus viene como considere adecuado.

CONCLUSIONES

Como se evidenció en el desarrollo de este trabajo, la libertad de testar nace en roma de forma totalmente libre y es con el paso del tiempo que se va restringiendo y limitando.

En segundo lugar, señalamos que la problemática que se va a tratar enfrenta dos derechos que no son absolutos, pero que en la legislación actual parece que el derecho de herencia prevalece sobre la libertad de testar basándose en la protección de la familia.

En tercer lugar, en el derecho comparado se puede evidenciar que existen diversas posturas que provienen de la familia del civil law o del common law. En el primer caso se tienen una tendencia de protección total a la familia y se establece herederos forzoso-amplios. Mientras que en el segundo sistema en su mayoría se busca proteger al cónyuge y dar una mayor libertad de disposición de bienes en testamento, pero conservando mecanismos de protección para los sujetos que el sistema jurídico considera que tienen derecho, esta segunda postura es más acertada pues se reducen las disputas legales y se respetan los testamentos.

En cuarto lugar, se puede evidenciar que, en Perú, país que se rige por el sistema del civil law, se tiende a ser muy restrictivo con lo que cada persona puede disponer de sus bienes en testamento.

Finalmente, el presente trabajo pretende presentar una solución sin dejar desprotegidos a los miembros de la familia que dependen del causante y que en dicha medida terminaran viéndose afectados por su muerte, además se propone mecanismos de protección para dichos sujetos sin perjudicar a quienes el causante determino como herederos de los bienes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Pérez Álvarez M del P. Libertad de testar y cautelas testamentarias: antecedentes históricos y evolución. En:

Fernández de Buján y Fernández A, director; Escutia Romero R, Gerez Kraemer GM, editores. Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano IV. Derecho Fiscal y Miscelánea. Vol. 2. Madrid: Dykinson; 2021. p. 617–40. ISBN: 978-84-1377-875-4.

Vaquer Aloy A. Libertad de testar y condiciones testamentarias. InDret: Revista para el Análisis del Derecho [Internet]. 2015 Jul;(3). Disponible en: https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/

Radbruch G. Filosofía del derecho. 3.ª ed. Medina J, traductor. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado; 1952.

Corral Talciani H. El derecho real de herencia: ¿duplicidad artificial de derechos o derecho real en cosa universal propia? Rev Chilena Derecho. 2022;49(2):103–33. doi: 10.7764/R.492.5.

Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, c. 63. UK [Internet]. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63

Succession Act 1965 (Act No. 27/1965) (Ir.) [Internet]. Disponible en: http://www.irishstatutebook.ie/eli/1965/act/27/enacted/en/html

Recibido el 16 de Abril del 2026 y aceptado para su publicación el 09 de mayo 2026.