

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



INFORME FINAL DE TESIS

Título : **CRÍTICA AL GRAVADO DE LA LIBRE DISPOSICIÓN HEREDITARIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS EN EL ESTADO PERUANO**

Para Optar : **EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor : **MAROLY GIOHANA GUEVARA PECHO**
: **GABRIELA CELESTE SOLANO QUISPE**

Asesor : **MG. HILARIO ROMERO GIRON**

Línea de Investigación Institucional : **DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**

Fecha de Inicio y de Culminación : **ENERO 2020 A AGOSTO 2021**

HUANCAYO – PERÚ

2021

DEDICATORIA

Dedicamos el presente trabajo a nuestros padres, que con valentía y amor nos siguen dando esos
ánimos para seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a la Universidad Peruana Los Andes por su íntegra formación académica a fin de hacernos no solo excelentes profesionales, sino mejores seres humanos.

Del mismo modo agradecemos a nuestro asesor de tesis y luego al Mg. Pierre Moises Vivanco que sus valiosos aportes nos ayudó a perfeccionar esta investigación.

A nuestro amigos y seres queridos que siempre nos dieron su apoyo.

CONTENIDO

DEDICATORIA	Error! Bookmark not defined.
AGRADECIMIENTO	Error! Bookmark not defined.
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.2.1. Delimitación espacial	16
1.2.2. Delimitación temporal.....	17
1.2.3. Delimitación conceptual	17
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	18
1.3.1. Problema general.....	18
1.3.2. Problemas específicos	18
1.4. JUSTIFICACIÓN	18
1.4.1. Social	18
1.4.2. Teórica	19
1.4.3. Metodológica	19
1.5. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
1.6.1. Objetivo general	20
1.6.2. Objetivos específicos.....	20
1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.8. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	21

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	22
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	22
2.1.1. Nacionales.....	22
2.1.2. Internacionales	35
2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN	53
2.2.1. Origen y evolución de la Legítima y la Libre Disposición.....	53
2.2.1.1. La Legítima y la Libre Disposición en el Derecho Romano	53
2.2.1.2. La Legítima y la Libre Disposición en el Derecho Germano.....	55
2.2.1.3. La legítima y la Libre Disposición en el Derecho Peruano.....	56
2.2.1.4. La Legítima y la Porción de Libre Disposición.....	58
2.2.1.4.1. Naturaleza Jurídica de la Legítima	58
2.2.1.4.2. La Legítima y a la Porción Disponible en el Código Civil Peruano	61
2.2.1.5. Legítima y Cargas	62
2.2.1.6. La Legítima como Porción de Bienes no Disponible	63
2.2.1.7. Legitimarios.....	65
2.2.1.8. Heredero y Masa Hereditaria.....	67
2.2.1.9. Elementos de la Sucesión	68
2.2.1.10. El Legado.....	75
2.2.1.10.1. Definición.....	75
2.2.1.10.2. Tipos de Legados.....	76
2.2.1.11. Diferencias entre Herederos y Legatarios	81
2.2.1.12. Herederos Forzosos.....	83
2.2.1.13. Límites y Crítica al Gravado de la Porción Disponible	85
2.2.1.14. Límites de la voluntad para Testar.....	86
2.2.1.15. Fundamentos de los límites de la voluntad para Testar	87

2.2.1.16. Límites actuales en el Sistema Peruano	88
2.2.1.17. El exceso del gravado sobre la porción disponible	90
2.2.1.18. Derecho de los Herederos Voluntarios	90
2.2.1.19. Desheredación.....	91
2.2.1.20. Un trato muy diferenciado entre el Hijo Alimentista y los Herederos Forzosos.....	92
2.2.2. Obligaciones Alimentarias.....	93
2.2.2.1. Contexto Histórico	93
2.2.2.2. Definición.....	95
2.2.2.3. Clasificación de los alimentos	97
2.2.2.4. Naturaleza jurídica	100
2.2.2.5. Características.....	101
2.2.2.6. Sujetos partícipes de la obligación alimentaria	104
2.2.2.7. Derechos del hijo referente a los alimentos.....	114
2.2.2.8. Condiciones implícitas al derecho alimentario.....	116
2.2.2.9. Pensión alimentaria	118
2.2.2.10. Estado respecto a la obligación alimentaria	120
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS.....	124
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	126
3.1. METODOLOGÍA.....	126
3.2. TIPO DE ESTUDIO	127
3.3. NIVEL DE ESTUDIO	128
3.4. DISEÑO DE ESTUDIO.....	128
3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO	130
3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS.....	130

3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA	130
3.8. MAPEAMIENTO	131
3.9. RIGOR CIENTÍFICO	133
3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	134
3.10.1. Técnicas de recolección de datos	134
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos	134
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	135
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	135
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno	135
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	142
4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMÁTICAS	148
4.2.1. Desigualdad entre un hijo alimentista y varios hijos reconocidos.	148
4.2.2. Desigualdad entre varios los hijos alimentistas y un hijo reconocido.....	157
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	162
PROPUESTA DE MEJORA	166
CONCLUSIONES.....	167
RECOMENDACIONES	168
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	169
ANEXOS	174
MATRIZ DE CONSISTENCIA	175
INSTRUMENTOS	176
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS	177
PROCESO DE CODIFICACIÓN	179
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL	181

COMPROMISO DE AUTORÍA..... 182

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo general analizar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano, de allí que, nuestra pregunta general de investigación sea: ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano?; asimismo, la investigación guarda un método de investigación de enfoque cualitativo, con un método general denominado la hermenéutica, de igual modo, presenta un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel explicativo y un diseño observacional – teoría fundamentada. Además, la investigación, por su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos y libros de doctrina que serán procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada libro con información relevante. El **resultado** más destacado de la investigación fue, la legítima viene a ser aquella porción de bienes que debe permanecer intacta o intocable para ser transmitida a los herederos forzosos; esto es, un impedimento para que el testador no pueda disponer de la totalidad de sus bienes, siempre que tenga algún heredero. La **conclusión** más importante fue: Ha quedado evidenciado la frágil y vulnerable respuesta que podría darle el Estado al menor de edad no reconocido, pues ha visto por conveniente generar una figura que remedia la situación (hijo alimentista) pero no la soluciona, más bien coadyuva con el no reconocimiento de un menor que no tiene la culpa de la irresponsabilidad de sus padres y, esto a su vez, lleva a la discriminación sucesoria, tanto de los hijos reconocidos como de los no reconocidos (art. 874° del CC).

Palabras clave: Libre disposición hereditaria, Hijo alimentista, Legítima y Discriminación.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze the way in which the taxation of the free inheritance of the deceased influences the fulfillment of maintenance obligations in the Peruvian State, hence, our general research question is: In what way does it influence the taxation of the free hereditary disposition of the deceased for the fulfillment of maintenance obligations in the Peruvian State ?; Likewise, the research maintains a qualitative approach research method, with a general method called hermeneutics, in the same way, it presents a basic or fundamental type of research, with an explanatory level and an observational design - grounded theory. In addition, the investigation, due to its exposed nature, will use the technique of documentary analysis of laws, codes and books of doctrine that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file obtained. of each book with relevant information. The most outstanding result of the investigation was, the legitimate one comes to be that portion of property that must remain intact or untouchable to be transmitted to the forced heirs; that is, an impediment so that the testator cannot dispose of all his assets, provided that he has an heir. The most important conclusion was: The fragile and vulnerable response that the State could give to the unrecognized minor has been evidenced, as it has seen fit to generate a figure that remedies the situation (child supporter) but does not solve it, rather it contributes with the non-recognition of a minor who is not to blame for the irresponsibility of his parents and, this in turn, leads to inheritance discrimination, both of the recognized children and the recognized ones (art. 874 of the CC).

Keywords: Free hereditary disposition, Child maintenance, Legitimate and Discrimination.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como título: “Crítica al gravado de la libre disposición hereditaria para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el estado peruano, cuyo propósito fue la de derogar el artículo 874° del Código Civil, toda vez provoca un trato desigual al momento de repartir la herencia, entre los hijos reconocidos y el o los hijos alimentistas, esta desigualdad radica en la desproporción hereditaria que podría beneficiar a unos más que otros, precisamente, por tener, cada uno, un régimen sucesorio diferente.

De ahí, evidenciamos que el dispositivo en cuestión no promueve el respeto de la dignidad de toda persona, concretamente del hijo alimentista, quien es un sujeto de derecho y merece ser considerado con los mismos derechos y deberes que los hijos reconocidos. Además, este articulado contraviene al principio de interés superior del menor, por cuanto deja que la figura de hijo alimentista sea una de carácter permanente, cuando debería ser temporal, para evitar futuros conflictos, como los de orden sucesorio.

En el **capítulo primero**, hemos desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema, la delimitación, los objetivos y la justificación de la tesis. Así, el problema general es: ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano? También tenemos como objetivo general: analizar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano.

Inmediatamente, en el **capítulo segundo**, hemos desarrollado los antecedentes de la investigación. Así, hemos tenido un panorama general sobre el statu quo de nuestra investigación. Luego, se ha observado en el marco teórico el desarrollo de las bases teóricas sobre cada una de las variables consignadas.

En el **capítulo tercero** se ha desarrollado la metodología de la tesis. Aquí, se ha consignado la forma a través de la cual se desarrolla el trabajo, teniendo a la hermenéutica como el método general de la tesis y como específico al método hermenéutico jurídico. Asimismo, la tesis tiene un tipo básico y alcanza un nivel explicativo de diseño no experimental. Finalmente, la técnica utilizada es la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el **cuarto capítulo**, se ha consignado los resultados de la investigación. Aquí se sistematizó mejor los datos y se ordenó el contenido del marco teórico didácticamente para poder iniciar la teorización de conceptos. Se realiza así un examen académico del contenido de la tesis. Los resultados más destacados fueron:

- La legítima viene a ser aquella porción de bienes que debe permanecer intacta o intocable para ser transmitida a los herederos forzosos; esto es, un impedimento para que el testador no pueda disponer de la totalidad de sus bienes, siempre que tenga algún heredero.
- En síntesis, la figura de hijo alimentista, debería ser una de carácter temporal, mas no como viene siendo en la actualidad, pues existen hijos que nunca han sido reconocidos, simplemente han reclamado una pensión de alimentos hasta los dieciocho años y ahí ha terminado su derecho de alimentos, lo cual constituye una falta de respeto a la dignidad de la persona, así como a la misma persona (art. 1 de la Constitución).

En el apartado denominado **Análisis y la discusión** de los resultados se ha sometido a una discusión con los antecedentes de investigación.

Seguidamente, se ha consignado las conclusiones a las que ha arribado la investigación. De igual modo, se generó ciertas recomendaciones para que la tesis tenga un alcance académico. Las conclusiones principales fueron:

- Ha quedado evidenciado la frágil y vulnerable respuesta que podría darle el Estado al menor de edad no reconocido, pues ha visto por conveniente generar una figura que remedia la situación (hijo alimentista) pero no la soluciona, más bien coadyuva con el no reconocimiento de un menor que no tiene la culpa de la irresponsabilidad de sus padres y, esto a su vez, lleva a la discriminación sucesoria, tanto de los hijos reconocidos como de los no reconocidos (art. 874° del CC).
- En síntesis, ha quedado demostrado la discriminación existente entre los hijos matrimoniales y el hijo alimentista, pues cuando se trata de un solo hijo alimentista, este recibirá mayor porcentaje de bienes (30%) del patrimonio del causante; mientras que varios hijos reconocidos y llamados a suceder por ley deberán dividirse lo restante (70%), quedando una suma, para cada uno, inferior a la del hijo no reconocido.

Es deseo de los tesistas, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

Los autores

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el ámbito jurídico, preexisten dos sistemas en relación con el derecho sucesorio, uno de ellos viene a ser la aptitud de disposición *mortis* causa de un individuo, consistente en respaldar la libertad íntegra de testas y el otro, es aquel que impone conservar parte del patrimonio en beneficio de determinadas sujetos, los cuales, podrían ser familiares o no, lo cierto es que nuestro ordenamiento peruano sigue la postura de protección de la legítima en contraposición a la libertad total del testador, reconociendo así la sucesión forzosa.

No obstante, esta pretensión de protección de la legítima que guarda el ordenamiento sustantivo (art. 874°) envuelve cierta desigualdad entre los hijos alimentistas (hijos no reconocidos) y los que nos son alimentistas (hijos reconocidos); pues, el artículo en cuestión, establece que el tercio de libre disposición del testador será gravado, siempre que, exista con anterioridad una deuda alimentaria en favor del hijo alimentista, quedando un 70% disponible para los hijos reconocidos; entonces, cuando se trata de un solo hijo alimentista y varios hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos, es posible que el primero se beneficie más que los otros; mientras que, si solo hay un hijo reconocido y varios hijos alimentistas, la desproporción será a la inversa, es decir, el primero obtendrá el 70% de la masa hereditaria y los últimos tendrán que dividirse el 30% de libre disposición.

Ciertamente, se tiene suficiente información respecto a las obligaciones sucesorias de los padres respecto de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos, pero referente a los hijos alimentistas se sabe poco; más aún, respecto al derecho sucesorio de estos últimos existe una enorme imprecisión, que deriva en el trato desigual entre hermanos; por esta razón nos sentimos en el deber de avizorar y profundizar el tema materia de análisis.

Tras lo dicho con anterioridad, nuestra investigación se enfoca en las siguientes variables de estudio: (a) Gravado de la libre disposición hereditaria y (b) Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, esta disposición normativa se encuentra prescrita en el artículo 874° del código civil peruano.

Por otra parte, el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias entendida como un derecho fundamental de carácter obligatorio que tiene el obligado en beneficio del hijo alimentista y como toda obligación implica la existencia de un acreedor y un deudor, con la peculiaridad de que el primero ostenta la calidad de solventar las necesidades de la otra parte, quien vendría a ser el que necesita ser ayudado.

Como es evidente, este trabajo de investigación se enmarca dentro del territorio del Estado peruano, por la naturaleza dogmática con que se caracteriza y al tratarse de dos figuras legales que comprenden a toda ciudadanía, guardará una aplicación a nivel nacional, detentando una limitación dentro del territorio peruano hasta la vigencia de las normas.

De tal forma, a continuación describiremos los antecedentes analizados por distintos autores, quienes han hecho cierta aproximación en referencia a las variables de estudio; así se tiene a la investigación internacional del autor Isidro (2018), que titula: Porción Legítima: El nuevo régimen de legítima hereditaria argentino, ¿una restricción al derecho de los legitimarios o una ampliación del derecho de disposición del causante? cuyo aporte fue evidenciar la importancia de disponer el patrimonio de forma razonable y proporcional en beneficio no solo de la familia, sino extendiendo esta finalidad de poder testar en favor de algún amigo u otra persona desconocida si así lo quisiere. Por otro lado, el autor Aparicio (2017), con la tesis titulada: Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia, la cual tuvo como propósito principal mostrar la necesidad de estudiar a la pensión

alimenticia desde diversos ángulos, con la finalidad de satisfacer ese derecho fundamental y también ejecutarlo de acuerdo a las necesidades y posibilidades de ambas partes.

Así mismo, consignamos la tesis nacional por el autor Carrasco (2019), titulada: la tesis titulada “Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria”, cuyo aporte fue demostrar el aporte del derecho romano germánico, al momento de restringir al testador el derecho de disponer de sus bienes libremente, bajo el fundamento de proteger a la familia nuclear dando preferencia absoluta al vínculo sanguíneo por medio de la figura de las legítimas.

Dicho todo ello, revelamos que los diversos autores citados no han investigado referente a la manera en cómo debería la norma impartir el derecho de igualdad de todos los hijos, tengan la condición de hijos alimentistas no alimentistas, además, si estos tuviesen la condición de ser menores de edad, se entiende que sus necesidades tienen similar característica, por lo tanto, la norma en mención no está siendo igualitaria.

Estando a lo mencionado, planteamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

La delimitación dentro de la investigación es entendida de forma general, como la demarcación del área en el cual desarrollaremos nuestra investigación, la misma que se enfocara en delimitar el área espacial, temporal y conceptual. De tal forma que, la delimitación espacial se encargara de especificar el espacio, es decir, indicar el área de interés en el cual se llevara a cabo nuestro estudio, pudiendo ser una localidad, una provincia, una región, un país, incluso un continente; de ahí que, el tema de estudio que nos incumbe estará centrado en todo el territorio peruano,

debido a que, las variables a analizarse se encuentran en la actualidad plenamente vigentes y son aplicables para todo el territorio en su conjunto. Por lo tanto, teniendo en cuenta el carácter jurídico dogmático del fenómeno de estudio que nos interesa, esto es, que estudiaremos figuras e instituciones jurídicas, las cuales son: Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, ambos pertenecientes al derecho de sucesiones del código civil peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

Habiendo definido el espacio en donde se llevará a cabo nuestro estudio, es decir, al área de nuestro interés, ya podemos referirnos al tiempo, sin antes recordar la naturaleza dogmático-jurídica, con el objeto de precisar cuál será el periodo de tiempo en que se llevará a cabo nuestro fenómeno de estudio, por tal motivo, afirmamos que el tiempo dependerá de la plena vigencia de ambas variables de estudio que son: Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, esto significa, que será hasta el año 2020, ya que, hasta la actualidad ambas variables de estudio son válidas y están vigentes en el país.

1.2.3. Delimitación conceptual

Tomando en cuenta el carácter eminentemente jurídico-dogmático, podemos decir que las dos variables: Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias serán analizados desde una postura positivista, por esta razón, el contenido de cada una de ellas deberán relacionarse entre sí, así como con las demás figuras o institutos legales que se convoquen en la investigación, por consiguiente, utilizaremos la teoría ius-positivista, debido a que, en ambas variables la base de referencia será la interpretación jurídica positivista (Hermenéutica) para que así alcancemos desplegar juicios sólidos que nos permitan construir el fenómeno de estudio.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un hijo alimentista en el Estado peruano?
- ¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Social

Cuando nos referimos a la justificación, en términos sencillos, estamos hablando sobre las razones que nos impulsaron a llevar a cabo este fenómeno de estudio y no otro, en este sentido, es menester considerar cuál o cuáles fueron esas razones asimismo cuáles serán los aportes que conseguiremos con la investigación. Ahora bien, la justificación social es la etapa en la cual nos toca explicar el aporte de nuestro fenómeno de estudio en un plano social, siendo necesario explicar el por qué es imprescindible realizar este proceso de investigación. Es así que nuestro fenómeno de estudio está enfocado a colaborar con el Estado en el respeto y fiel cumplimiento de los deberes y derechos que tienen los progenitores respecto de sus hijos, tanto alimentistas como no alimentistas, además, el deber de tratarlos sin incurrir en actos de discriminación o desigualdad; por el contrario, se debe promover

el dialogo y el entendimiento basado en el respeto, pero para ello, es necesario que la norma irradie un trato en igualdad.

1.4.2. Teórica

La investigación en referencia, contribuirá en la profundización y desarrollo del conocimiento del Gravado de la libre disposición hereditaria, sobre todo en los alcances y límites que tiene el testador al momento de disponer de sus bienes en el acto testamentario o cuando no existiera testamento, para que la norma imparta igualdad entre todos los hijos y demás beneficiarios y, a su vez, el magistrado siga la misma línea de igualdad.

1.4.3. Metodológica

Al contar, con una naturaleza dogmática jurídica nuestro fenómeno de estudio, se utilizará como métodos de investigación a la hermenéutica jurídica, por esta razón, nos ayudaremos de sus instrumentos de investigación de recolección de datos, como son: la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto del Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias; pues, al estar encaminado en un nivel correlacional, se debatirán los contenidos de cada una de las variables y su punto de conexión y consecuencia, para que finalmente nos enfoquemos en la argumentación jurídica, como método de procesamiento de datos, de modo que, nos permita contrastar la hipótesis propuesta y luego suministrar una sinopsis de cómo investigar cuando nos topamos a dos variables de contenido diferente, siendo una figura básica el Patria potestad y la Libertad de religión, la primera ubicada dentro del libro de derecho de familia y la segunda dentro de la Constitución.

1.5. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito de esta investigación es delimitar y demostrar la desigualdad que viene impartiendo el artículo 874° del código civil, toda vez, que genera una desproporcionalidad entre hijos alimentistas e hijos reconocidos (no alimentistas), frente a la masa hereditaria.

1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Objetivo general

- Analizar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano.

1.6.2. Objetivos específicos

- Identificar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de su hijo alimentista en el Estado peruano.
- Determinar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano.

1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de nuestra investigación radica en el cuidado y la atención respecto del trato igualitario que se debe brindar a los hijos que detentan derechos tan iguales, pero, que viene siendo contradictorio con esa finalidad de impartir igualdad, en específico nos referimos al artículo 874° del código civil, el cual, en su afán de proteger al hijo alimentista termina generando una desproporción debido a la cantidad de hijos, sea por parte de hijos alimentistas y no alimentistas (reconocidos).

1.8. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Las limitantes, concretamente se basaron en la imposibilidad de conseguir casos, debido a que, los titulares de las entidades son bastante recelosos y herméticos para otorgar casos relacionados con el Gravado de la libre disposición testamentaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de allí que, no se obtuvo alguna casuística esperada.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Nacionales

Como investigación nacional, se tiene a la tesis titulada “Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria” por Carrasco (2019), sustentada en la ciudad de Lima para optar el título profesional de abogado, en esta investigación se resalta los lineamientos del sistema romano germánico, mediante el cual la libertad de disposición de los bienes de las personas al momento de testar se encuentra restringida, ello en función a la búsqueda constante de proteger al núcleo familiar, evitando en gran medida la participación de terceros y dando prioridad absoluta al vínculo sanguíneo mediante la figura de las legítimas, de tal suerte las conclusiones de la referida investigación son las siguientes:

- Lo primero, que hay que saber es que, en el mundo actual en que vivimos hay, dos grandes sistemas sucesorios; por un lado, tenemos el Sistema Anglosajón, el cual contempla la protección y respeto a la libertad de testar que poseen todas las personas, fundamentándose en el derecho a la propiedad y por tanto en el derecho que poseen de poder disponer íntegramente de sus bienes, estableciendo escasas o nulas limitaciones al momento de testar; por otro lado tenemos el Sistema Romano, mediante el cual la libertad de disposición de los bienes de las personas al momento de testar se encuentra limitada y restringida, debido al protección de la célula fundamental de la sociedad que viene a ser la familia, evitando en gran medida la participación de terceros y dando prioridad absoluta al vínculo sanguíneo mediante la figura de las legítimas.

- En el trabajo de investigación citada, se puede vislumbrar, que en toda sucesión concurren primordialmente dos intereses elementales que por su naturaleza propia en apariencia son incompatibles, pero con ajustes en la normativa pueden ser complementarios, esto es básicamente el interés del causante por distribuir su patrimonio de la manera que le parezca conveniente haciendo uso de su derecho de propiedad y de otra parte el interés de los miembros del núcleo familiar, a quienes el legislador ha denominado como herederos forzosos, que se ven protegidos de sobre manera por la normativa actual y que limitan el derecho antes mencionado del causante, por esta razón el derecho de libre disposición se ve mermada en su aplicación y validación a la voluntad del causante.
- Por otro lado, se afirma que, el impacto económico que tienen los testamentos en la realidad de muchas personas es extremadamente importante y por tal razón es menester llevar a cabo ciertas modificaciones a la legislación actual a fin de adecuarse a las nuevas prioridades de la sociedad, por lo tanto, podemos afirmar que el impacto económico no solo se limita a los herederos mencionados por el testador, en la actualidad las empresas familiares por así decirlo constituyen gran parte de la realidad económica del país, llegando a impactar de gran manera en el PBI, motivo por el cual una regulación moderna en materia sucesoria puede prevenir futuras crisis económicas a pequeña y gran escala.
- Ya sabemos que, existe dos sistemas sucesorios, ambos tienen argumentos a favor y en contra, empero ninguno de carácter absoluto, siendo que ningún sistema es perfecto; no obstante es posible y porque no dable llegar a un punto medio que resulte favorable para la sociedad, siguiendo las líneas

mencionadas, en un sistema jurídico no es dable basarse solo en legislaciones tradiciones o ideas paternalistas y restrictivas sino que debe evolucionar con el paso del tiempo y siempre enfocados en las necesidades sociales, políticas y culturales propios de un país.

- Se puede distinguir que, en países en donde el sistema del *Common Law* a pesar de existir plena libertad en materia sucesoria, no se genera una desigualdad o conflicto entre los familiares más cercanos y en especial se busca proteger a aquellos que cuenten con un estado de necesidad, en ese sentido queda claro que las restricciones obligatorias impuestas por ley ya no prestan mayor utilidad en la realidad de la sociedad siendo que existen medidas igualmente efectivas y menos restrictivas.
- Siguiendo líneas anteriores, y manteniendo las acertadas propuestas, de la investigación citada, podemos concluir que hay una crisis conflictiva entre ambos sistemas en donde por un lado el sistema anglosajón protege a capa y espada la autonomía de la voluntad de disponer libremente el patrimonio del testador o causante por estar subsumido al derecho de propiedad, favoreciendo todo cuanto fuera necesario a la última voluntad protegido constitucionalmente, y por el otro lado el sistema romano, que impone cabalmente y jurídicamente el derecho de libre disposición tan solo porque al legislador lo confluyen sentimientos paternales tradicionalistas que al fin y al cabo llevan a sublevar y restringir los derechos autónomos y voluntarios que a la larga conlleva a herir y vulnerar la parte inherente del ser humano que es la libertad como derecho fundamental, en ese sentido dicha investigación procura y mantiene su postura de que elimine o se restrinja la

aplicación de la figura contemplada en el artículo 723 del Código Civil peruano.

Finalmente, la tesis carece de una metodología, por lo cual el interesado puede desplazarse a las referencias bibliográficas y acceder al link correspondiente y cerciorarse y contrastar que lo dicho por las tesis es cierto.

Como investigación nacional, se tiene a la tesis titulada “La institución de la Legítima como restricción de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú” por León (2019), sustentada en la ciudad de Cajamarca, para optar el título profesional de abogado, en esta investigación se resalta los lineamientos y restricciones de derechos constitucionales, tales como la libertad de disponer voluntariamente y libremente, como también el derecho de propiedad, empero se debería fortalecer la libertad de testar, que se relaciona con el respeto a la dignidad humana, fin supremo del Estado peruano y avalado en la Constitución Política, de tal suerte las conclusiones de la referida investigación son las siguientes:

- La legítima, es una institución jurídica que ha respondido a las necesidades y cosmovisión de una sociedad ya caduca por así decirlo, sus fundamentos no responden a la realidad de nuestra actual sociedad peruana, vulnerando; impidiendo, lesionando derechos constitucionales, en esa línea de ideas se puede aseverar que solamente las instituciones jurídicas que enaltecen y favorecen a la sociedad persisten a lo largo de la historia por satisfacer los intereses particulares en pro de la colectividad.
- Los fundamentos que, justifican la legítima, de indiscutible atribución del derecho latino, se tiene la tutela a la comunidad y el patrimonio familiar basadas en la cabeza de familia; impedir la desintegración del patrimonio o

beneficiar a un extraño al núcleo familiar, como célula fundamental de la sociedad.

- En el ordenamiento jurídico peruano, preexiste una tendencia mayoritaria que elige permanecer “en lo conocido” y mantener el status quo del sistema hereditario vinculado a la legítima, por estar amparados en un cuerpo normativo protector, mantiene no sólo niveles de ineficiencia económica, sino también fortifica arreglos y habilidades corruptas relacionadas con la administración de justicia.
- En contraposición a pensamientos y conductas monopolizadoras y monolíticas que, protegen la institución de la legítima en la legislación peruana, en la historia de la dogmática jurídica peruana han existido y duras voces críticas; algunas incorporando nuevos sistemas de comprensión y evaluación como el análisis económico del derecho, es en donde se debe dar mayor énfasis doctrinal, para poder establecer puntos neutrales y no restringir derechos constitucionales.
- A lo largo de la historia, en temas de derecho de sucesiones, también han existido posiciones neutrales que, apartándose de un clima de polarización, han tratado de armonizar la continuidad de la institución de la legítima con un mayor nivel de libre disponibilidad por parte del causante.
- Si bien, los inicios constitucionales no son absolutos, como la libertad personal de contratar o disponer de nuestro patrimonio, es indiscutible que la figura de la legítima, nacida en respuesta a una sociedad absolutamente distinta de la actual, restringe y pone en alerta al respeto básico de la libertad humana, su voluntad de decidir por un patrimonio trabajado a lo largo de años de esfuerzo personal y profesional.

- La actual figura de la legítima, limita derechos constitucionales como la libertad de disposición y el derecho de propiedad, se debería fortalecer la libertad de testar, que se relaciona con el respeto a la dignidad humana, fin supremo del Estado peruano amparado en la Constitución Política.
- En la investigación citada, lo que se busca es una propuesta resultante de generar un ambiente de discusión jurídico, que desde las perspectivas doctrinales, jurídicos, filosóficos, antropológicos, económicos, sociales y culturales, se pide una reforma de la legítima, que sin renunciar a su modelo jurídico de origen latino, pueda responder a las características propias de nuestra sociedad, la problemática de la familia contemporánea y las relaciones inter personales presentes, asimismo el proteger las peticiones de mayor libertad de disposición de su patrimonio por parte del causante.

Finalmente, la tesis, dentro de la metodología que emplea, se puede vislumbrar que se consigna el nivel de la investigación, cualitativa -descriptiva, y el tipo de investigación, dogmático argumentativo, por lo cual el interesado puede desplazarse a las referencias bibliográficas y acceder al link correspondiente y cerciorarse y contrastar que lo dicho por las tesis es cierto.

En la investigación nacional, se ha encontrado la tesis titulada Hijos alimentistas y patria potestad, por Córdova (2018), sustentada en Huaraz para optar el título profesional de Abogado por la Universidad San Pedro; teniendo como enfoque el estudio analítico de los derechos del hijo alimentista frente a la patria potestad, con respecto a esto se refiere que los padres ante la adquisición de la patria potestad y para que esta se mantenga es necesario que cumplan con los deberes derechos que están regulados en el Código Civil para el sostenimiento integral y de su desarrollo del hijo en la cual también está comprendido el hijo alimentista muy

diferente a que si es reconocido o no ya que la obligación que tiene el padre sobre el hijo solo se determina con la filiación entre ambos, de tal modo que el estudio de conocimiento de los derechos del hijo alimentista abordados como eje en esta investigación guarda mucha relación con nuestro tema de investigación es así que al hijo alimentista se le reconoce los derechos que tiene respecto a algunos puntos correspondientes a la patria potestad como la obligación del progenitor a solventar económicamente los gastos que incurran dentro de su desarrollo, por lo tanto en esta investigación se abarcara la siguientes conclusiones:

- El Código Civil otorga protección desde la concepción del ser humano, en consecuencia, serán sujetos de derecho todos en cuanto le favorezcan pasando a ser el más privilegiado toda vez que también se le es reconocido el derecho a que se le presten los alimentos.
- La ley a través de la patria potestad les confiere derechos y facultades a los progenitores para la protección y sostenibilidad de sus hijos para su desarrollo integral y su formación para su independencia en la sociedad.
- La patria potestad aparte de tener el objetivo del bienestar del menor, también se toma en cuenta que los progenitores que la ejerzan sean aptos para las facultades que les son otorgadas por la ley.
- El derecho de alimentos goza de carácter extra patrimonial, ya que lo que se busca es el sostenimiento de las necesidades que se presentan en la vida cotidiana, de modo que se garantice los derechos personales que le corresponden, cabe resaltar que el concebido a pesar que no nazca vivo no quiere decir que no tuvo el derecho de prestación de alimentos durante su desarrollo en el vientre materno.

- En cuanto a la protección del concebido a su derecho alimentario, se puede encontrar regulada en el artículo 856 del Código Civil, ya que en caso de la muerte el progenitor deudor, la herencia de este podrá ser utilizada por la madre durante que persista la necesidad de los alimentos por el concebido, otro supuesto en el que se le reconoce el derecho del concebido es cuando sea concebido fuera del matrimonio y la madre tenga pruebas que acrediten la supuesta paternidad a pesar que no se pueda probar aun su filiación, y así como también se tiene cuando el progenitor deudor pretende no prestar los alimentos por su obligación a pesar de que reconoció al concebido como su hijo por via judicial.
- Se debe regular la obligación de pagar los alimentos entre ambos convivientes por unión de hecho de forma recíproca. Reformando los artículos 326y 474 del Código Civil, así como el artículo 5 de la Constitución Política.
- Se debe tener en cuenta los derechos fundamentales propios el concubino frente a la pensión alimentaria, de modo que se demarque su igualdad ante la ley.
- Los administradores de justicia deben tomar en cuenta la situación económica del menor que no es apoyado mediante la obligación de su progenitor, considerando el alto rendimiento en los estudios que tenga este.
- Que los jueces reconozcan los mismos derechos en la aplicación de los procesos de seguir obteniendo los alimentos del progenitor cuando curse estudios superiores, de modo que se iguale los derechos de los hijos ante la ley independientemente si son hijos extramatrimoniales o no.

Por último, esta tesis, **carece de metodología**, como se puede apreciar en las referencias bibliográficas del link correspondiente, pudiéndose constatar que lo dicho por el bachiller es cierto.

Otra tesis titulado Filiación extramatrimonial y el derecho alimentario, 2019 realizado por Pérez (2019), sustentada en Lima para obtener el título de Abogado por la Universidad Peruana de las Américas; teniéndose como idea principal de la investigación el análisis de los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en su comparación, esto se refiere a que se investigara si los derechos a los que puede acudir los hijos extramatrimoniales para el cumplimiento de la obligación de sus necesidades por parte de los padres tiene la misma magnitud de los derechos que los hijos matrimoniales tienen al ser concebidos dentro de un ámbito de convivencia, siendo de tal manera que este planteamiento tiene mucha relación con nuestro tema de investigación es así que los hijos extramatrimoniales en su denominación para el cumplimiento de las obligaciones del padre como hijo alimentista, ya que el apoyo que puede recibir por parte del padre deudor es limitado no pudiendo recibir tal prestación de alimentos de igual forma o manera que la prestada al menor que fue concebido dentro de un matrimonio en el que la convivencia ayuda que el sostenimiento de sus necesidades por el progenitor se realice por más tiempo, de modo que en la investigación se tendrán las siguientes conclusiones:

- En la actualidad ya no se mira con cierto asombro a los hijos que son concebidos fuera del matrimonio, ya que a medida que pasaron los tiempos este tema se ha tomado con más naturalidad debido a la concurrencia de estos casos en la sociedad.

- Así como también se ha generado con el tema de los hijos extramatrimoniales, los casos en gran cantidad de madres solteras que cuidan y sostiene solas las necesidades del menor sin que medie en el desarrollo del menor la figura paterna.
- La interpretación que llegué a tener el artículo 415 en su expresión prescrita en el Código Civil, a mi parecer es un poco despectiva al poner que se le brindara los alimentos por el progenitor deudor cuando este haya tenido relaciones sexuales con la madre durante la concepción.
- El derecho alimentario de los hijos es una obligación inherente al padre en la que no mengua si ha sido concebido dentro o fuera del matrimonio.
- Se considera que los hijos extramatrimoniales deben ser apoyados hasta los veintiocho años de edad, así como los hijos matrimoniales, considerándose que este después de llegar a su mayoría de edad siga cursando estudios superiores.
- Proponemos que se modifique de cierto modo la Constitución Política de modo que los derechos reconocidos a los hijos sean igual indiferentemente de la situación en que fueron concebidos.

Por último, esta tesis, tiene como **metodología**, a la disciplina científica con un alcance explorativo descriptivo, siendo de tipo aplicativo ya que su investigación da su pronta solución al problema, teniendo como su unidad de análisis al Código Civil- Derecho de Familia, por lo que será de diseño cualitativo.

El artículo jurídico llevado a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso, hecho por Reyes (1999) y editado por la Revista de la Facultad de Derecho PUCP; tiene como idea fundamental desformalizar el proceso para la determinación

alimentaria, esto es que se tomen métodos alternativos al momento de establecer la pensión alimentaria, de modo que no se gaste mayores recursos económicos en el proceso de alimentos, por lo cual el tema abordado por este artículo guarda relación con el tema de investigación de modo que lo que se trata con la desformalización del proceso es economizar el gasto realizado en el proceso por su guía de procedimiento rígido, por lo que en relación a esto en esta investigación presenta las siguientes conclusiones:

- Los alimentos constituyen parte importante en el desarrollo del ser humano, de modo que las necesidades que se presentan deben de ser satisfechas porque caso contrario afectaría a su propia formación, de ahí que considero cualquier incumplimiento de la obligación respecto a esta materia contraria a los Derechos Humanos.
- El derecho alimentario es considerado un derecho natural y de primera categoría del ser humano, por las necesidades que surgen de esta.
- La obligación de la prestación de alimentos se genera en torno al orden familiar, así también se da la obligación de forma recíproca entre conyugues, ascendientes, descendientes y hermanos.
- En la obligación de prestar alimentos al ex conyugue como prescribe el artículo 350 del Código Civil, se rescatan dos ideas principales; una sobre la capitalización de la pensión alimentaria, debiéndose establecer una pensión y todas las circunstancias graves que se presenten; y la otra respecto al reembolso en caso que la necesidad del ex conyugue ya no se tenga, la cual solo se realiza cuando el ex conyugue finge de forma dolosa su necesidad.
- Las madres de hijos extramatrimoniales del progenitor, que no estén amparadas por concubinato, tiene derecho a percibir alimentos durante 60

días antes y después del parto del menor debido que en este tiempo es imposible que pueda trabajar por su estado; no obstante, pensamos que sería mejor que este tiempo se alargara un poco más de acuerdo a diversas circunstancias o necesidades que se podrían presentar respecto al menor.

- La obligación alimentaria en caso de hijos alimentistas no pasa a los ascendientes del progenitor deudor, por no ser reconocida la filiación entre padre e hijo jurídica.
- Excepcionalmente se brinda la pensión alimentaria a los hijos mayores de dieciocho años cuando cursen estudios exitosamente.
- Sobre las formas de cumplimiento de la pensión de alimentos, esta se puede dar en dinero o especie, en la cual se tiene que evaluar las posibilidades de los dos progenitores; no obstante, a nuestro parecer se debe emplear más criterio al fijar la pensión que corresponde al menor, lo que no quiere decir que no exista en el ordenamiento tales medios para llegar a cuestas.
- Gracias a la investigación en Juzgados de Familia se determina sobre la tramitación y ejecución de los procesos de alimentos en su mayoría concluyen en conciliación y en los otros se desarrollan diversos vicios en su procedimiento, como la deficiencia del domicilio, demora en la ejecución de la obligación o por insolvencia del obligado, en el conocimiento de los ingresos del progenitor deudor, cuando los justiciables no saben qué medidas tomar para atender inmediatamente el reclamo, falta de acreditación del cumplimiento de la obligación a pesar de que se cumpla fácticamente y el problema de algunos deudores los cuales no pueden cumplir por estar en estado de desempleo. Por lo tanto, el grave problema que tienen la mayoría de menores es el incumplimiento del abono de alimentos que tendría que dar

el progenitor deudor, es así que llegan a existir innumerables procesos en materia de alimentos.

- Por lo que a modo de la mayor protección al menor sería mejor emplear mecanismos que se desvinculen un poco del procedimiento del proceso para que se pueda fijar con rapidez una pensión determinada para el menor, para que por el retraso de este en el procedimiento se le termine afectando por la acción tardía por parte de los juzgados.

Por último, este artículo de investigación, **carece de metodología**, como se puede apreciar en las referencias bibliográficas del link correspondiente, pudiéndose constatar que lo dicho por el abogado es cierto.

Así mismo se tiene la tesis titulada Regular taxativamente la obligación alimentaria en una unión de hecho propio, por Maldonado (2014), sustentada en Trujillo para optar el grado académico de Maestro de Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego; tiene como principal objetivo la regulación expresa en la legislación peruana de la obligación alimentaria de forma recíproca en la unión de hecho, esto referido a que los convivientes deben de ser reconocidos ante la obligación de que se les pueda brindar los alimentos de igual forma que los casados, estando esto relacionado con nuestro tema de investigación es así que las parejas que están unidas por hecho tienen el derecho a que se les proporcione los alimentos al igual que los que se casan, ya que cumplen el mismo rol de convivencia, teniendo la presente investigación las conclusiones siguientes:

- La legislación peruana debe regular la obligación alimentaria en la unión de hecho para que los que integran esta puedan acceder al derecho de alimentos sin que tengan que estar casados necesariamente, incluyéndose en estos a los concubinos libres de impedimentos.

- Recurriendo a la igualdad de derechos establecida en la ley de leyes, que se le reconozca al concubino por parte la unión de hecho el derecho alimentario.
- Mediante proyecto de ley que se reforme los artículos 326 y 474 del Código Civil, así como el artículo 5 de la Constitución Política del Perú.

Por último, esta tesis, tiene como **metodología**, el estudio de doctrinas y jurisprudencias con el análisis de contenido y revisión bibliográfica, teniendo como procedimiento el de recolección de información a través de la guía de fichaje, cuestionario y la entrevista, por lo que no es experimental.

2.1.2. Internacionales

Como investigación internacional, se tiene a la tesis titula “Porción Legítima: El nuevo régimen de legítima hereditaria argentino, ¿una restricción al derecho de los legitimarios o una ampliación del derecho de disposición del causante?, por Isidro (2018), sustentada en Argentina para optar el título profesional de abogado, por la Universidad Siglo 21, en esta investigación lo más resaltante es que no debe olvidarse que la transmisión patrimonial *Post Mortem*, no solamente debe tener como fin la continuidad del patrimonio del “*Páter familiae*” para con la base nuclear de la familia, como único norte del mismo, sino que también debe reconocerse el derecho del causante de disponer sus bienes fuera de su familia y entregárselo a personas que no se encuentren dentro de tan cerrado núcleo, como a un amigo, una persona respecto a la cual se deba especial gratitud, etc., de tal suerte que, las conclusiones de la referida instigación son la siguientes:

- En el artículo 93° del Código Civil y Comercial argentino, establece que: “La existencia de la persona humana termina por su muerte”, esto nos trae a reflexión una verdad cierta que no hay duda alguna que la persona humana deja de existir desde el momento de su muerte, no obstante, tan simple y

natural hecho, una vez acaecido, produce una serie de consecuencias dentro del ámbito patrimonial de la persona fallecida que acarrea múltiples cuestionamientos, así como también conflictos con relevancia jurídica.

- Así, pues, en Argentina , desde el Código Civil de Vélez Sarsfield, se instituyó la legítima hereditaria, institución imperativa del derecho sucesorio y fundamento base del mismo; que ha tenido como eje fundacional la protección de una porción del patrimonio del causante, para destinarla a los herederos forzosos, a los que la ley protege fielmente, lo cual es intocable para el causante, entonces de ese modo a la muerte de la persona humana, sus parientes más cercanos, en vínculo de parentesco, tomaban del patrimonio del causante parte de la herencia.
- Por ende, es importante señalar que, el Dr. Vélez instituyó legítimas altas y una mínima porción quedaba a libre disponibilidad del causante , por tal razón, queda claro que esta institución es protectora de la familia y que Vélez, al momento de la redacción del Código Civil argentino tuvo en cuenta factores como el promedio de vida de las personas, que era inferior al actual y que en razón de ello, generalmente los hijos eran menores cuando sus padres fallecían, empero era importante establecer un sistema legal que permitiera asegurar que la mayor parte de la herencia fuese destinada al cónyuge y a los descendientes del causante , dejando de lado a los demás parientes o amigos que también podrían heredar.
- En el trabajo de investigación citado, se ha hecho suficiente hincapié en la trascendencia de la porción legítima en el derecho argentino, y por tal dotada de la imperatividad del orden público. Ahora bien, no debe olvidarse que la transmisión patrimonial post mortem, no solamente debe tener como fin la

continuidad del patrimonio del *Páter familiae*” para con la base nuclear de la familia, como único norte del mismo, sino que también debe reconocerse el derecho del causante de disponer sus bienes fuera de su familia y designar a personas que no se encuentren dentro de tan cerrado núcleo, como a un amigo, una persona respecto de la cual tiene mucha gratitud, etc.

- Es en este conflicto, entre la legítima y la autonomía de la voluntad, dentro de la cual siempre ha oscilado el derecho sucesorio, al tratar de equilibrar ambos derechos, el de los herederos que configuran el núcleo íntimo familiar y la facultad del causante de disponer libremente de sus bienes después de su muerte, este conflicto de derechos que, regulados ambos en extremo se contraponen, significa que el legislador no puede otorgar absoluta prioridad a uno sobre otro y por el contrario debe optar por un sistema en el que confluyan ambos derechos.
- Entonces, en concordancia entre ambos derechos, se disputó la última reforma del orden jurídico argentino, optándose por reducir el monto de las porciones de los herederos forzosos y confirmándose así la hipótesis expuesta en el trabajo de investigación citada; la cual disminuye las porciones legítimas dándole un mayor equilibrio entre el derecho del causante y el de los legitimarios.
- También, queda claro que, en el ordenamiento jurídico argentino, el legislador trato de equilibrar ambos derechos, en donde, se amplió las facultades de disposición del causante, pero sin restringir los derechos de los legitimarios, es así que el legislador mantuvo la fortaleza y la vigencia intacta de la legítima, pero equilibrándola acertadamente con una mayor autonomía

del causante para elegir el destino último de sus bienes, lo cual era un reclamo de mucho tiempo en conflicto.

- El Código Civil y Comercial argentino, adopta una posición de equilibrio en este tema, y se inclina por una posición intermedia, que satisface los reclamos individuales, respeta la tradición jurídica argentina y procura la satisfacción de la solidaridad familiar, La modificación del pleno normativo en cuanto a la disminución de las legítimas y consiguiente aumento de parte disponible, representa pues una mayor afirmación del derecho de propiedad reconocido constitucionalmente, y viene a resaltar la autonomía de la voluntad del testador o causante , su libre determinación para con sus bienes, decidiendo el destino de una parte importante de ellos.es así que, se ha conseguido consagrar una predisposición más libre y respetuosa de la última voluntad del causante , lo que venía siendo demandado desde hace tiempo por el devenir de los cambios sociales, y las distintas conformaciones de los núcleos familiares, dándose con mayor frecuencia supuestos de familias ensambladas o de aquellos cuyos padres no se unen en matrimonio, es por ello que la voluntad de la libre disposición del testador está protegida y avalada en el derecho argentino.
- Entonces, no van a existir razones lógicas y coherentes, que conduzcan a alguien a destinar sus bienes a personas no queridas o con las que no existan lazos de amistad o confianza mutua; por lo que no cabe más que concluir que al disponer el causante, lo hará motivado por el mismo fin que consagra la legítima.
- Es importante señalar que, si bien resta efectuar cambios que beneficiarían aún más al derecho sucesorio en Argentina e incluso afianzarían más los

lazos afectivos, no menos cierto es que el nuevo ordenamiento jurídico ha recogido normas de gran demanda social y que bajo ningún punto de vista puede ser interpretada como una restricción a los derechos de los legitimarios, los que siguen conservando su derecho a una parte sustancial del patrimonio del causante.

- Sin disminuir, la relevancia de la familia, como célula primaria de toda sociedad y del derecho sucesorio argentino, es preciso enfatizar desde la perspectiva del derecho argentino, los modos de vida actuales, las nuevas costumbres sociales, la realidad económica globalizada de la que participamos todos, las nuevas realidades familiares y sobre todo la amplitud de situaciones afectivas que no siempre encuadran en una casuística legal, se considera oportuna, acertada y fundamentalmente necesaria la instauración de la nueva amplitud dispositiva normativa del causante, en este nuevo siglo XXI, tal libertad ejercida responsablemente como cualquier otra, no debe ser considerada una amenaza, por lo contrario se debe tomar más énfasis y prioridad a los demás derechos sucesorios ya que ello no se encuentran respaldadas por ningún cuerpo normativo y que es hora de neutralizar e equilibrar ciertos derechos sucesorios.

Finalmente, la tesis carece de una metodología, por lo cual el interesado puede desplazarse a las referencias bibliográficas y acceder al link correspondiente y cerciorarse y contrastar que lo dicho por las tesis es cierto.

Como investigación internacional, se tiene a la tesis titulada Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia, por Aparicio (2017), sustentada en Madrid para optar para el grado de Doctor por la Universidad Complutense de Madrid; en

esta investigación lo más importante es la pensión alimentaria y su regulación en los procesos de familia, esto referido a las diversas problemáticas que existen entorno a la pensión alimentaria otorgada al hijo relacionado a su determinación y la situación en que se tiene que prestar, de ahí que el estudio específico a la pensión alimentaria que se realizó en el trabajo va muy relacionado con nuestro tema de investigación es por eso que se hace necesario el análisis de las regulaciones tanto normativas y jurisprudenciales que interfieren en la fijación de la pensión alimenticia del hijo, por parte de los letrados, ya que son distintas circunstancias que se presentan ante esta, por consiguiente dicha investigación tiene como conclusiones a los siguientes:

- La determinación de los gastos en la pensión alimenticia suele llegar a ser difícil, siendo hasta omitido por economía jurídica del Código Civil, por esa razón los juzgados y tribunales siendo más exhaustivos ante esta problemática determinaron que dichos gastos deben adecuarse a la situación económica en que ya vivían los menores antes del rompimiento; de ahí que las desigualdades entre familias por su estrato social y económico incidan con la aplicación de la ley.
- Por ende, por la diferencia que existe entre los hijos de diferentes familias en razón a su economía, para la inclusión de gastos respecto a su pensión alimentaria, sería mejor elaborar un catálogo de gastos único para cualquier hijo, independientemente del estilo de vida y comodidades que pueda tener; así como también de los gastos que surgen entre progenitores por el carácter extraordinario que puede tener; de manera que ayude a la divergencia que se pueda presentar ante la determinación de la pensión alimentaria y también, ante la órbita de los problemas familiares.

- De modo que al no existir un catálogo que permita guiar al establecimiento de los gastos que se deben vincular en la pensión alimentaria, llega a acontecer diversos conflictos entre los padres, la cual mayormente se basa en los gastos médicos, de educación y del hogar.
- Por lo tanto, debido a la gran cantidad de casos tratados por los juzgados y tribunales, se ha venido estableciendo los gastos que deben estar incluidos en la pensión alimentaria ordinaria, ya que los gastos que se aceptan de algún modo dentro de la unión familiar son los que causan la divergencia ante el conflicto familiar entre progenitores, siendo necesario evaluar la necesidad, periodicidad y previsibilidad de los gastos.
- Los progenitores tienen el deber de prestar alimentos a sus hijos por el ejercicio de patria potestad que realizan naturalmente por ser sus progenitores, siendo rol del juez determinar la cantidad que deberá abonar cada progenitor, basándose en el principio de proporcionalidad, considerándose también los medios de cada progenitor como las necesidades productos de la vida cotidiana de sus hijos e incluso las que se cubrían antes de la ruptura familiar. Por consiguiente debemos precisar que suele ser difícil mantener el estilo de vida que tenían los hijos antes de la ruptura, como ya sabemos porque se generan mayores gastos con esta situación los cuales tiene que ser cubiertos con los mismos recursos con los que se fijaron al inicio la pensión, dejando ver la extrema protección de los tribunales sobre la pensión alimentaria de los hijos, sin mostrar preocupación en la situación en que pueda quedar el progenitor alimentante, ni la alteración que puedan sufrir las futuras pensiones.

- Se debe afirmar que, si bien los hijos mayores de edad que sigan viviendo en el hogar familiar por la dependencia económica que aún tiene de sus progenitores, tiene derecho a seguir percibiendo la pensión alimentaria si cursan estudios hasta que puedan solventarse por sí mismos económicamente. Por lo tanto, el juez fijara los alimentos que deberán ser abonados de acuerdo a los límites que prescribe en el artículo 142 del Código Civil, como es cuando el progenitor no tenga mucha solvencia económica, en este caso se aceptara que el dinero abonado como pensión sea menor a la cantidad fijada. Esta afirmación se debe a que los mayores de edad necesitan aun a pesar de ser mayores la ayuda de los progenitores para su formación completa prolongándose así la pensión de alimentos hasta que estos alcancen esta.
- Una de las cuestiones que se presenta ante los abogados en su ejercicio es la reclamación de los alimentos de los hijos en la cual se tiene como óbice la retroactividad de la pensión alimenticia en la interposición de la demanda. En donde la retroactividad solo se aplica en la primera resolución que determina la pensión alimentaria y no ante la posible modificación de la cuantía, ya que si se podría exigir la devolución de la diferencia de las pensiones a modificar se estaría yendo en contra del principio de seguridad jurídica, de alguna u otra manera apoyamos esta idea.
- No obstante, debemos analizar la aplicación de la retroactividad de la pensión alimentaria en la interposición de la demanda, ya que por los retrasos en la tramitación en los procesos judiciales pueden causar diversas situaciones que afectan al progenitor no cuidador. Esto debido a que la resolución en la que se determina la pensión alimentaria puede tomar mucho tiempo en dictarse,

siendo a consecuencia de eso que el progenitor deudor tendrá que pagar las pensiones atrasadas y las que se hallan devengado en el momento en que se llegue a dictar por primera vez la resolución, incluso si llega a oponerse el progenitor deudor a la pensión alimentaria ejerciendo su derecho de defensa corre el riesgo que se alargue más el proceso, volviéndose una carga que no pueda asumir el progenitor deudor.

- Ante todo creemos que la aplicación de lo que prescribe el artículo 148 del Código Civil se debe dar de carácter restrictivo, donde de tal modo el juez por su facultad moderadora pueda aplicarla retroactividad en las pensiones de alimentos tomándose en consideración en primer lugar aquellos casos de retraso de la resolución de la fijación de la pensión alimenticia, sin que se llegue a tentar contra el principio de seguridad jurídica, ni las garantías procesales que tiene propiamente el progenitor no custodio.
- Las circunstancias que se presentan repentinamente a lo largo de la formación del hijo incursionando a que se modifique la pensión alimentaria por muchas veces ante el proceso de modificación de medidas, hace que haya mayor conflictividad familiar. De modo que se afectan algunas veces la cuantía que se da en la pensión o hasta la obligación de pagar por el progenitor, causando que se pida la suspensión, limitación o extinción del pago de los alimentos. Terminando ser el más controversial el de suspensión, ya que solo se puede gestionar ante la imposibilidad económica por parte del progenitor de pagarla o cuando el hijo que sea mayor a dieciocho años perciba justo la cantidad que abona su progenitor por realizar algún trabajo. Sin embargo, se podrá reanudar en cualquiera de los dos casos cuando cese la causa que provoco su suspensión, pero para esto se deberá de incurrir a

varios procesos judiciales los cuales suelen a veces no tener fin al tener un estado económico inestable, de ahí que si en suma se agrega el procedimiento lento de los casos por parte de los juzgaos y tribunales, podemos referir que llega a generarse una carencia de eficacia necesaria. Por lo que una solución para la solvencia de futuras pensiones seria que los juzgados impongan un análisis meticoloso de la capacidad del deudor y su futura capacidad económica, aunque es difícil determinar un límite en la que no se pueda cumplir con el pago de la obligación, se considera que el juez debe fijar un límite para cada caso que se presente, debiendo analizar el motivo por la que se llegó a tales condiciones precarias, también se abre la posibilidad que se haya causado de forma dolosa o culpable por el progenitor que abona la pensión, se deberá evaluar si el progenitor custodio de los hijos a la medida que fue recibiendo y administrando la pensión que se les era entregado a los hijos es suficiente para que no sufran de desamparo ante sus necesidades primordiales.

- De modo que a nuestro parecer la crisis económica afecta no solo a la clase baja sino también a la media, la cual se denota en las encuestas presentadas del 2014, en la que el 16,1% de los hogares españoles nos infieren que llegan a cubrir los gastos hasta el fin de mes con mucha dificultad y el 42% manifestó que no podían cubrir gastos repentinos, es así que la precariedad de la economía causa gran impacto en la pensión abonada a los hijos y consiguiente a este los conflictos que se presentan ante instancias judiciales.
- En referencia a la competencia judicial ante las reclamaciones por pensión de alimentos de los hijos en España, existen diversas normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que determinan la competencia del juez, en

la cual se considera el lugar donde se ubica la vivienda familiar y el tipo de procedimiento por el que se opte en el vínculo matrimonial, dándose lugar también opción a los procedimientos incidentales como aquella de medida previa, coetánea o de jurisdicción voluntaria.

- No obstante, se debe mencionar la reforma que se dio en la actualidad al artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la cual se prescribe que ante modificación de la pensión alimentaria se deberá remitir el pedido al tribunal que estableció la debida pensión en su momento anterior, y no de acuerdo al determinado juez que corresponde al lugar de domicilio.
- Se presenta de forma más compleja para la determinación de la competencia jurisdiccional cuando el progenitor deudor reside en otro país o tenga nacionalidad diferente a la de la Unión Europea, formulándose varios problemas para el progenitor que quiera exigir la pensión alimentaria, como el de donde presentar la demanda, que leyes deben ser de su aplicación en concreto o si se puede obligar el abono de la pensión ante un estado diferente del que ya fijo la pensión; es así que en caso ocurriera estas situaciones si podrá reclamar la pensión alimentaria ante estados distintos, pero no necesariamente en instancias que sean propios del propio estado, sino que se tendrá que buscar a un organismo que tenga relación al otro estado alterno, acudiendo a lo que prescribe el Convenio del 20 de junio de 1956 de las Naciones Unidas en la cual se delimita la reclamación de pensión alimentaria ante estados extranjeros, hecho en Nueva York.
- Por la crisis económica que se vive en la actualidad ha venido afectando la convivencia familiar causando muchos conflictos entre ambos progenitores y sucesivamente el cumulo de casos presentado ante instancias judiciales, en

los cuales se llega a peticionar por accionar del progenitor deudor la disminución o hasta extinción de la pensión alimentaria y del progenitor cuidador el incremento del monto de este.

- Debido a la cantidad de controversias generados por el reclamo de la pensión alimentaria, proponemos que sería mejor reformar parte de la legislación concerniente a la materia de pensión y su seguida extinción y que debería ser entorno a los 26 años del hijo, la cual ya ha sido anexada por el derecho aragonés en su legislación, no obstante, cuando concurren hechos diferentes el juez las evaluara determinando tal vez otra decisión diferente a esta. Teniendo como finalidad para que el hijo busque su formación completa a través de su preparación continua, la cual para que se pueda seguir abonando el monto de la pensión alimentaria deberá acreditar su buen rendimiento académico.
- Sin embargo, a pesar de todo el Tribunal Supremo no toma acciones ante el déficit que se deja entre ver en sus variadas sentencias en materia de alimentos, siendo de tal manera que el legislador en conjunto con la jurisprudencia debe de conciliar la labor del hijo para que se esfuerce para su formación en su futuro desarrollo, debido a las circunstancias laborales que existen para que se logre su independencia.
- Otro panorama que consideramos para que no haya muchos litigios por alimentos es reformar el Código Civil, de modo que se utilice la jurisprudencia más actual en razón a la custodia compartida entre ambos padres de manera que no exista mayor conflicto y que se acoja con mayor preferencia a esta, ya que, al estar con ambos el hijo, ambos tendrán que

asumir todos los gastos e incluso los extraordinarios de forma igualitaria que se generen de este.

- Se debe considerara la forma de pago de la pensión alimentaria, ya que actualmente la pensión solo se establece materialmente ante el progenitor no custodio y no ante el que se confía la guarda del menor, lo cual resulta extraño ya que los dos tienen la obligación de sostenimiento del menor, sin embargo, se puede llevar aun este accionar si ambos progenitores cumplen con tener solvencia económica para prestar los alimentos, considerándose necesario que ambos abran una cuenta bancaria por la cual puedan supervisar cada uno los gastos exactos que se generen del menor; evitando un conflicto futuro entre los progenitores del menor, por irregularidades en los gastos puestos como del menor.
- Se considera que el Juez no debería determinar todos los puntos controvertidos del pago de la pensión alimentaria del mayor de edad tal como se regula en la Ley vasca.
- En caso que sea irregular el monto del pago del progenitor deudor, sería mejor para que se pueda fijar el monto que se dará al hijo en relación al pago de este que se devengue la cantidad correspondiente a la pensión del hijo de acuerdo a lo que se le pague, teniendo que presentar conjuntamente su estado de cuenta de acuerdo a sus pagos, para que se de veracidad y proporcionalidad en relación al pago de alimentos para el hijo; de modo que en caso que el progenitor que termino como custodio de los hijos quiera una cantidad determinada tendrá que acudir ante especialistas contables y financieros, los cuales llegan a atrasar más el proceso del pago de los

alimentos e incluso incrementaría el gasto invertido en estos, siendo perjudicial hasta para el hijo.

- Pero en contrario a esto el STS sala 1ª de 22 de julio de 2015 (EDJ 2015/161342), determino que para que no se vulnere la obligación de la prestación de los alimentos por el progenitor deudor, este tendrá que pagar un 10% más a la pensión de acuerdo a lo que percibe; sin embargo, debemos resaltar que este sistema dificulta la determinación de la pensión alimentaria, las reclamaciones que se pudieran hacer sobre esta y hasta su ejecución.
- Otra forma de que no haya tanto conflicto entre los padres es la mediación, para que a través de este se lleguen a poner de acuerdo ambos progenitores al transmitir a través de esta las discordancias que tiene cada uno. Reduciéndose de tal modo la gran cantidad de casos en materia de alimentos que llegan a instancias judiciales, no solo eso sino también la ineficacia del sistema judicial español con la saturación de juzgados y tribunales, con el cual se llega a la satisfacción de la controversia por ambos progenitores y el ahorro económico que se suscita por el proceso que se seguiría ante su inconformidad.
- Por otra parte sería bueno implantar, difundir y ampliar el fondo de garantías de pensiones, creado por el Estado para la protección del menor que carezca extremadamente de la satisfacción de sus necesidades, ayudando de tal forma en la crisis en que actualmente estamos sumergidos, y que de tal manera no se llegue a desamparar al menor en las obligaciones de sostenimiento por parte del progenitor, sin embargo esto no cubre el pago que realizan en razón de su deber, así que seguirán como deudores, mientras no se pague. No obstante, solo se cubrirán como ya mencionamos en aquellos casos extremos,

justamente por la crisis que sufre conjuntamente el país, por lo que no se podrá tomar casos en los que no se considera que no hay necesidad solo que es muy difícil para el país solventar a todos.

- Como ya se sabe existen sanciones en caso que no se cumpla con la obligación del pago de los alimentos, los cuales no son de inmediato proceder, pero se pueden solucionar dotando a juzgados y tribunales de más medios físicos y técnicos para el cumplimiento de la obligación, así como medidas cautelares y ejecutivas. También se debe mencionar que el problema puede partir de los juzgados y tribunales ante su negativa de aplicar las medidas sancionadoras ante el incumplimiento de la obligación, llegándose a afectar al menor.
- Lo cual puede llegar a generar confusión, ya que cuando lleguen a incumplir la obligación con sus hijos los padres perderán el régimen de visita e incluso de la patria potestad, de modo que al privarse del contacto con el padre que no cumplió también se afecta al menor.
- Pudiéndose aplicar la declaración de prodigalidad, ya que el impago de la obligación puede darse por una carencia de capacidad económica, dotándose un curador a este para que administre y controle las actividades del progenitor no cuidador de modo que no se afecte su patrimonio ni sus obligaciones; así mismo a través de esto se verificara si el impago de la obligación es real o ficticia.
- Finalmente, todas las soluciones que brindamos tendrían mayor respuesta si los operadores jurídicos crearan una jurisdicción dotada de todos los legisladores, pero estos especializados en la materia de familia, para que se apoyen en la normatividad que se regula en razón a su problemática

específica, de modo que se resuelvan estos con mayor eficacia y con rapidez. Así también sería mejor que ambos progenitores se pongan de acuerdo en los conflictos que se presenten entre ambos, para que se ahorren los gastos ante instancias judiciales.

Por último, esta tesis, **carece de metodología**, como se puede apreciar en las referencias bibliográficas del link correspondiente, pudiéndose constatar que lo dicho por el tesista es cierto.

Se tiene al artículo jurídico titulado Regulación de las pensiones alimenticias, por Orozco (2015), editado por la Revista de Derecho, teniéndose con mayor importancia a la nueva Ley N°870 de Nicaragua en comparación con la Teoría de las Obligaciones alimentarias, en cuanto a esto se refiere que se realizara un análisis minucioso de las incorporaciones que trae consigo esta nueva ley nicaragüense sobre la materia de alimentos en comparación con las normativas que ya estaban establecidas para estos procedimientos y como esta ley modifica algunas normas anteriores en las que se generaban controversias referente a las pensiones alimentarias que se discuten en la materia de alimentos, lo cual dicho estudio va muy relacionado a nuestro tema de investigación ya que la determinación de la prestación de alimentos contrae muchos conflictos no solo en su normativa también en su aplicación, debido a que se presentan diversas circunstancias cuando es determinada ya la pensión y para su reciente regulación, por lo que cuando surgen nuevas leyes en respecto a la materia de alimentos es de gran ayuda poder analizar cada normativa que se propone en esta, debido a esto en la investigación se tienen las conclusiones siguientes:

- La pensión alimentaria está relacionada con el principio de solidaridad familiar, no obstante, la Constitución Política en su artículo 70 prescribe que esta se enraíza de la sociedad y del Estado.
- Sobre la nueva ley nicaragüense denominada Código de Familia, tiene como finalidad de adjuntar en un solo cuerpo normativo las cuestiones de materia de familia, en la cual incluso se incluyen aquellas que engloba la pensión alimentaria.
- Respecto a las teorías que se enmarcan en las obligaciones alimentarias, se consideran dos intereses, por un lado, el de por la vida, la necesidad y el derecho de los alimentos; y por otro lado de la sociedad y del Estado.
- Es la naturaleza jurídica de dicha obligación los elementos patrimoniales, éticos y sociales, por lo que pese a ser una prestación de alimentos en la cual se le debe abonar al menor el pago de sus gastos, pese a ser una obligación sui generis caracterizado por ser irrenunciable, imprescriptible, intransferible, inembargable y no compensables.
- Lo prescrito en el artículo 323 inciso i, de la nueva regulación nicaragüense para la determinación de la pensión, queda muy fuera de nuestra opinión debido a que llega a ser una suerte de Ley del talión, ya que en el Derecho de familia se establece que a pesar que el progenitor deudor no cumplió con su obligación alimentaria, el hijo de igual manera tendrá que encargarse de él, por el carácter moral, ético hasta religioso por el que se caracteriza.
- En caso se quiera modificar la pensión de alimentos, se puede generar cuando el motivo que llevo hasta esas instancias cambie y no cuando se alegue solo la nueva normativa.

- La determinación de la pensión alimentaria se fijará desde la concepción del menor en el vientre materno, desde el cual se presume que es el padre el progenitor toda vez que ambos padres conviven en el ámbito familiar o lo hicieron anteriormente.
- El límite para seguir prestando los alimentos debe ser los 21 años de edad del hijo, mientras haya seguido estudiando. Determinándose muy dificultoso ya que los estudios superiores sobre una carrera recién se empiezan a llevar desde esa edad, de modo que aún no se ha completado su formación.
- El Código de Familia, regula la pensión compensatoria en caso de separación con el otro progenitor, ayudando a resolver los conflictos generados por la desigualdad en patrimonio que tiene cada uno.
- En relación a la comparación de la nueva normativa y la anterior, se establece que en esta se llega a establecer el vacío normativo que se sufría en la antigua regulación, sobre la prestación de alimentos a los hermanos.
- La discreción que guarda el juez al determinar el monto de la pensión de alimentos, disminuye cuando el progenitor deudor no tiene una cantidad de pagos fijo en el monto retribuido en su trabajo.
- En relación a los porcentajes que se establecen según la pensión de alimentos ante circunstancias especiales que se presenten el juez deberá determinar está tomando en cuenta la distribución igualitaria que debe haber entre ambos.
- El acuerdo notarial cuando se realice bajo escritura pública que trate de la obligación alimentaria y aprobándose por la autoridad administrativa competente, ayuda a introducir métodos más innovadores para resolver las divergencias que se presentan, así como el de entre dejar ver el trabajo o el papel que pueden tomar os notarios.

Por último, este artículo a pesar de ser de corte internacional, **carece de metodología**, como se puede apreciar en las referencias bibliográficas del link correspondiente, pudiéndose constatar que lo dicho por el profesor es cierto.

2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Origen y evolución de la Legítima y la Libre Disposición

2.2.1.1. La Legítima y la Libre Disposición en el Derecho Romano

Con referencia a la figura jurídica de la legítima cabe mencionar que data desde el derecho romano, no obstante siempre haciendo un hincapié particularmente en el derecho latino, ya que partiendo desde esa óptica y más aún por pertenecer al sistema jurídico romano germánicos, siendo así, el estudio de la legítima merece un análisis básico de los principales aspectos que están relacionados con su concepción práctica y efectos en la vida de la sociedad y la administración de la justicia, entonces será indudable la influencia de la perspectiva latina que prevalece la igualdad del derecho hereditario de los descendientes a la muerte del causante.

En tiempos en donde prevaleció y tuvo mayor auge la figura jurídica de la legítima, es sin lugar a duda el derecho romano, por ser la génesis del derecho occidental y la gestora del derecho latinoamericano, siguiendo en esa línea de ideas, la legítima estaba ligada a la figura de la querrela inoficiosa testamentaria, que consistía en una limitación que tenía la persona para poder testar, es ahí donde se evitaba abusos causados por la declinación de la antigua moralidad, como también la imposibilidad de impugnar un testamento hecho por un *Páter familia*, dejando en total desamparo o desprotección a uno de sus herederos no consignados en su testamento (León, 2019, p. 13).

Sin lugar a duda, la figura jurídica de la legítima no es ajeno a la evolución histórica del derecho, es por ello que la fuente principal es el derecho romano ya que formamos parte de ello, entonces esta figura estaba vinculada a una querrela inoficiosa testamentaria, en donde la posibilidad de testar recaía en manos del *Páter familia* decisión que no se podía impugnar, siendo así y dejando de lado a los herederos forzosos en total desamparo y abandono.

Es por ello que, en el derecho romano el *Pater familia*, era el amo y señor de todo el patrimonio, el máximo soberano de lo suyo ya que todos los bienes estaban en su dominio, y no existía ninguna restricción que podía poner en problemas su patrimonio, no obstante, los hijos y los esclavos estaban sometidos a una obligación o deber jurídico de aportar sus bienes al patrimonio familiar, que en pocas palabras aportaban al incremento de propiedad del *Páter familia* (León, 2019, p. 13).

Con el devenir del tiempo, se tomó predominio a la corriente que establece la exigencia de dejar un patrimonio obligatorio a los reconocidos por vínculo de sangre; la porción legítima; siendo en la República la consagración de la “querrela de testamento inoficioso por preterición”, por la cual los parientes más cercanos al no ser favorecidos, consideraban al acto sucesorio como un acto incrédulo, posteriormente Justiniano establecerá la legítima de los descendientes en un tercio, para imponer al *Páter familias* el deber moral de garantizar la protección y el respaldo económico a los hijos herederos. La doctrina romanista diferencia dos tipos de sucesiones; la sucesión necesaria formal; que daba el derecho a ciertos familiares de no ser preteridos por su causante, facultándoles para que pidan su parte de la

herencia aun cuando ellos no hayan sido instituidos herederos formalmente, la segunda forma era la sucesión necesaria sustancial; el testador estaba obligado a disponer de su patrimonio de tal manera que siempre haya una porción del mismo a favor de ciertos familiares señalados por el *Ius Civile*. (León, 2019, p. 14).

Entonces, en la doctrina romanista se puede apreciar dos tipos de sucesiones la primera basada en una sucesión necesaria formal; ya que algunos familiares tenían el derecho a no ser olvidados ni mucho menos desamparados por el causante con lo cual les facultaban para poder pedir parte de la herencia, pese a no ser designados formalmente como herederos; y la segunda forma de sucesión es la sucesión necesaria sustancial, esto estaba estipulado en el derecho civil romano ya que obligaba al testador dejar una parte de su herencia si o si a algunos de sus familiares.

2.2.1.2. La Legítima y la Libre Disposición en el Derecho Germano

Por su influencia en la legislación peruana, y en general en el ordenamiento de la mayor parte de países de Latinoamérica, es importante considerar que lo establecido por el derecho germano tuvo y tiene mucho significado en nuestro ordenamiento jurídico peruano; es así que la legislación germana acoge la concepción de la legítima como reserva legal, fuera de la facultad de disposición del testador. La legítima era un derecho hereditario a favor de los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes, y cónyuge; al hablar sobre el derecho germano y su influencia en la concepción de la legítima se afirma que esta figura era una herencia ab intestato; es decir, se trataba de una transmisión hereditaria que tenía la característica de ser forzosa y legal, estando compuesta por bienes de la

herencia; sobre esta transmisión el testador no podía imponer ninguna modificación, carga o gravamen; al ser el receptor un heredero, se lo calificaba como de tal y por ende tenía toda la protección necesaria. (León, 2019, p. 15).

En adición a ello y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que la doctrina germana adopta a la figura de la legítima como un miramiento legal. Excluyendo todo acto de libre disponibilidad del testador, es por ello que se le trataba como una transmisión hereditaria, en donde se caracterizaba por ser obligatoria y forzosa. Amparada legalmente, es así que el testador no podía modificar o expresar algún cambio por voluntad propia, quedando en manos de la ley y favoreciendo a los herederos que sin lugar a duda eran prácticamente los familiares de sangre.

2.2.1.3. La legítima y la Libre Disposición en el Derecho Peruano

Para determinar el carácter histórico de la legítima en el ordenamiento jurídico peruano, debemos hacer hincapié al derecho romano germánico ya que son los pilares y la génesis de nuestro derecho como tal, es por ello que en casi todos los países latinoamericanos tuvo mucha influencia e implica en la doctrina peruana con mayor énfasis.

Recordemos, en primer lugar, al periodo colonial que afrontó el Perú, durante esta época, la cual inicia con la llegada de los españoles a nuestro país, se pone en plena vigencia su sistema legal, sin embargo como consecuencia de las circunstancias sociales, económicas y geográficas, las cuales eran una realidad extraña y desconocida para la sociedad española, se determina que a fin de resguardar dichos supuestos se formara un Derecho Indiano, el cual regulaba la sucesión en los cacicazgos que era algo así como

un territorio en donde gobernaban los caciques, por ende era la libertad de los indígenas para otorgar testamento y la sucesión de las encomiendas, en ese sentido, esta legislación se puede entender como el primer registro de la legislación referente a materia sucesoria en el Perú (Carrasco, 2019, p. 36).

En adición a ello y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que al ordenamiento jurídico peruano la figura de la legítima sin lugar a duda llegó en una época caótica y de mucha crisis social y político, que afrontaba el Perú y más aun con la llegada de los españoles a tierras peruanas, que fue el declive de la sociedad, no obstante, la primera forma del derecho sucesorio nace con las sucesiones de las encomiendas y el otorgamiento de los testamentos por parte de los indígenas que estaban gobernados por los caciques.

Con el pasar del tiempo, ya en la época republicana, en esa época la materia sucesoria se encontraba regida por el Código Civil de 1852, específicamente en los artículos 696° al 709°, en ese código se pudo apreciar la definición de legítima, siendo que en esta se establecía lo siguiente: los padres y ascendientes, cuando tiene hijos o descendientes legítimos, o hijos adoptivos, solo pueden disponer libremente hasta el quinto de sus bienes, sean a favor de sus descendientes o deudos o sea a favor de desconocidos, es así que considerando lo antes mencionado debemos trasladarnos a lo establecido por el Código Civil de 1936, en los artículos 700° al 705°, se logra determinar una versión más moderna de la legítima antes mencionada, si bien adaptando matices como consecuencia de la idiosincrasia de esa época, pero admitiendo por ejemplo como algo nuevo para la época la inclusión de los

hijos naturales o también llamados ilegítimos en donde finalmente y como se sabe en el Código Civil de 1984, en el artículo 723° sobre la legítima y la porción disponible en donde establece que: es parte de la herencia y que el testador no puede disponer por voluntad propia ya que está regulada en favor de los hijos forzosos (Carrasco, 2019, p. 36).

Por lo tanto, cabe mencionar que con el devenir del tiempo la figura de la legítima tomo concepciones similares siendo la única diferencia en la cantidad designada por ley donde hace mención que desde un inicio solo podían disponer libremente hasta el quinto de sus bienes, sean a favor de sus descendientes o deudos o sea a favor de desconocidos y que como el derecho está en constante evolución hoy en día se puede disponer desde la tercera parte de los bienes hasta la totalidad de la herencia siempre y cuando sea el caso establecido en el código civil peruano.

2.2.1.4. La Legítima y la Porción de Libre Disposición

2.2.1.4.1. Naturaleza Jurídica de la Legítima

En el mundo jurídico, preexisten dos sistemas respecto al derecho sucesorio con mayor énfasis a la facultad de disposición mortis causa de una persona, aquel que otorga libertad plena para testar y aquel que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de ciertas personas que podrían ser familiares o no, la mayoría de ordenamientos jurídicos, son contrarias a la libertad absoluta de testar, protegiendo la legítima, siguiendo esa línea de ideas, nuestro ordenamiento se adhiere al régimen que reconoce la sucesión forzosa.

Considerando que, hay demasiado conflicto en relación a la naturaleza jurídica de la legítima, por un lado como *Pars hereditatis*, o sea como parte de la herencia, o como *Pars bonorum*, es decir, como un derecho personal, independiente de ella, la respuesta sería dependiendo de la forma como se trata el instituto o la figura jurídica en cada ordenamiento jurídico, en el Perú se toma la forma, de la legítima *Pars hereditatis*, este derecho es establecido sólo a los que tienen la calidad de herederos, es decir, se puede perder el derecho hereditario por renuncia, indignidad o desheredación, entonces desaparecería el derecho a la cuota legitimaria, es por ello que , no cabe hablar de un legitimario no heredero; salvo el caso de quien ejerce el derecho de habitación y renuncia a la herencia (Esteban, 2015, p. 85).

En adición a ello y siguiendo en esa línea de ideas, cabe mencionar que para poder definir correctamente y con exactitud lo que es la legítima en relación a la libre disposición se teje dos conceptos claves, el primero como parte de la herencia y el otro como derecho personal, esto va acaecer o depender de la forma como se establece en cada ordenamiento jurídico o legislación nacional, es por ello que nuestra legislación peruana adquiere la forma de la *Pars hereditatis* ósea la parte de la herencia que refrena o consigna solo a los herederos, en donde solo se puede perder el derecho a heredar por indigno, desheredación, o

renuncia, es así que disminuiría la cuota legitimaria dando lugar o aumentando la voluntad de la libre disposición.

Por otro lado, tal como expresa, Lohmann (1995):

(...) cada legislación apunta matices, tiene elementos o piezas que inclinan la orientación hacia un lado u otro, o utiliza terminología que de importarse indiscriminadamente termina desorientando (...), no explico lo que a priori a mí me parece que deba ser la legítima, sino lo que me parece que efectivamente ella es (o no es) en nuestro ordenamiento positivo (y dejo para otra oportunidad su modo de distribución entre los forzosos. (p. 33)

Lo que el autor nos trata de explicar es que, en las diferentes legislaciones, confluyen diferentes aspectos y conceptos que a la larga confunden e significado de la legítima ya que esto va a depender de los elementos, matices, que hacen que nos inclinemos por uno de ellos, en donde deja de lado la separación entre los herederos forzosos, enfatizando más en definirla acorde al derecho positivo de país.

Vale hacer una reflexión, en referencia a que nuestro derecho positivo peruano, toma la concepción *Pars hereditatis* ósea parte de la herencia, que no es otra cosa que la única forma de consignar a un heredero en la distribución de sus bienes por el solo hecho de tener la calidad de heredero.

2.2.1.4.2. La Legítima y a la Porción Disponible en el Código Civil

Peruano

En primer lugar debemos definir la legítima de acuerdo con nuestra legislación y es que según lo establecido en el artículo 723° del Código Civil peruano, se define a la legítima como aquella parte de la herencia que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos; es decir, los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge o pareja en caso de unión de hecho, en ese sentido, todo aquellos bienes que no se encuentren estimados dentro del porcentajes determinado de la legítima, por consiguiente serán considerados dentro del porcentaje correspondientes a la libre disposición; dicho de otra manera, quedaran sujetos a la voluntad del causante en lo que respecta a la persona a la que serán asignadas en el testamento sin importar si cuentan o no con la calidad de herederos forzosos.

En adición a ello y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que la legítima y la porción disponible sin lugar a duda son dos figuras o conceptos jurídicos antagónicos, por un lado, el primero que hace alusión a la protección legal de los herederos forzoso y el segundo que solo forma parte de la decisión del causante, empero siempre limitado por la legítima.

A modo de reflexión, la porción de libre disposición, estará casi siempre limitada por la ley, ya que la voluntad del causante en vida, solo tomará forma siempre y cuando no exista

un gravado; ya sea por una deuda alimentaria o cualquier otro pago que establece la ley, en tales supuestos se puede vislumbrar que la ley es un límite a la voluntad del testador.

2.2.1.5. Legítima y Cargas

En virtud de lo dispuesto por la ley, cabe mencionar que no solo existen beneficios hereditarios, más por lo contrario también hay cargas o mejor llamado gastos, con los cuales deben afrontar los legitimarios por ser los primeros en heredar, no obstante, el testador tiene la facultad de disponer libremente de su patrimonio y afectarlo hasta donde considere necesario.

El artículo 733° del Código Civil peruano, agrega que sobre la legítima el testador no puede aplicar gravamen, modalidad, ni sustitución alguna, siendo que la modalidad está referida a la condición, el plazo y el cargo, que son las modalidades del acto jurídico, la falta de la sustitución significa que el testador está imposibilitado de imponer a otro heredero como sustituto, sobre esa parte, en cuanto al gravamen, cabe resaltar que si el testador puede disponer a título oneroso de todos sus bienes, igualmente puede gravarlos (Esteban, 2015, p. 88).

Es claro que, el testador no puede ni debe imponer algún gravamen, condiciones, plazos, o cargo alguno sobre la legítima, ya que se estaría incurriendo en una omisión a la ley, que tarde o temprano acarrearía una contraposición de los futuros herederos, no obstante cabe precisar que al hablar del gravado cambia la figura ya que si el testador puede libremente disponer a título oneroso de todo sus bienes patrimoniales, entonces no habría ningún impedimento de poder gravarlo y dejar constancia de aquello.

En el Código Civil peruano de 1852°, era más preciso cuando en su artículo 713° hablaba que el testador no tenía facultad de imponer condiciones sino sobre la porción disponible, posteriormente, el artículo 733° de dicho código, indicaba que tampoco podría el testador privar a su cónyuge del derecho de habitación vitalicio y gratuito, salvo en los casos de desheredación e indignidad (Esteban, 2015, p. 88).

Siguiendo en ese orden de ideas, podemos aseverar que el código civil peruano de 1852° era más claro al establecer que el testador no puede ni podía atribuir modalidad alguna sobre la parte que le corresponde a la legítima, pero si se puede imponer alguna modalidad o condición sobre la porción de libre disposición.

2.2.1.6. La Legítima como Porción de Bienes no Disponible

Determinado que la legítima, en cuanto contenido, no necesariamente es parte de la herencia, o sea, no es una cuota o parte alícuota de la masa que el causante deja al morir, sino cuota sobre patrimonio ideal superior a la herencia, inspeccionemos el otro enunciado del artículo 723: restricción de libre disponibilidad de la herencia cuando el testador tiene herederos forzosos, a saber, descendientes, ascendientes o cónyuge, entonces los artículos 725° y siguientes donde se establecen como por ejemplo, que el testador tiene el derecho de elegir libremente a quien dar la tercera parte; la mitad; y la totalidad de su patrimonio siempre y cuando no esté limitado por la ley (Lohmann, 1995, p. 37).

Es por ello que, tal y como se establece en el artículo 723° del código civil peruano que, la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer con total libertad el causante al tener herederos forzosos,

entonces cabe señalar que ciertamente existe una cierta restricción en referencia a la porción disponible cuando hace mención a los herederos forzosos, sean los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, y la cónyuge, entonces se afirma que si hay cierta limitación a la libre disposición de la herencia.

No obstante, el atributo consiste en la facultad de una cantidad legal del que los legitimarios no pueden quedar despojados, esto es tanto como decir que toda persona, aunque tenga legitimarios no estaría bien decir herederos forzosos, porque en rigor nadie es heredero ni hereda hasta que su causante fallezca, puede disponer libremente siempre que con los efectos de la disposición no se lesione la legítima, lo que quiere la ley no es prohibir actos de disposición, sino actos cuyo resultado económico finalmente se sabrá al abrirse el testamento sea la afectación lesiva de la legítima, si se lesiona, la ley actúa sobre la voluntad testamentaria o sobre la voluntad de las donaciones, para reconducir las disposiciones y reparticiones de forma que la asignación legitimaria quede cubierta (Lohmann, 1995, p. 38).

Es así que, la esencia fundamental de la legítima, es dejar una porción o cantidad que la ley establece y obliga al causante, con el único propósito de no dejar desamparados ni desprotegidos a los legitimarios, como también los legisladores al momento de crear la ley no quieren prohibir actos de libertad de decisión por lo contrario quieren prohibir aquellos actos que generen resultados caóticos que enerven las condiciones conductuales y morales de los herederos forzosos, siendo así la ley entrara en defensa y protección de la legítima anteponiéndose a la voluntad testamentaria que en cierto modo impone ciertos límites a la decisión libre del testador, ya que en

un sistema a la que pertenecemos la ley restringe ciertos derechos que intrínsecamente posee la persona.

2.2.1.7. Legitimarios

En la actualidad, podemos apreciar que la legítima constituye el derecho mientras que la herencia constituye el contenido de ese derecho, es así que la legítima forma y es parte de la ley impuesta, que no desvincula ni desampara a los herederos forzosos o también denominados legitimarios, que son aquellas personas que tiene derecho a la legítima, es decir, aquellas personas que no pueden ser excluida de la parte de la herencia que le corresponde según la ley.

En consecuencia, por la creación de la legítima y su explicación dictaminada por ley, debemos tener claro el concepto de legitimarios, en ese sentido podemos afirmar de acuerdo con la definición vertida en el artículo 724° del Código Civil peruano que los legitimarios, también llamados herederos forzosos, están constituidos por los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge; este último como ya fue explicado anteriormente podrá ser el integrante sobreviviente de la unión de hecho si fuera el caso (Carrasco, 2019, p. 36).

Siguiendo líneas arriba, en Código Civil Peruano, en su artículo 724° hace un hincapié y establece con mayor amplitud quienes son los llamados herederos forzosos o legitimarios que por interpretación literal son todos los hijos y demás descendientes como los nietos, los bisnietos, tataranietos, etc.; también esta los padres y demás ascendientes como los abuelos, los bisabuelos, tatarabuelos, etc.; también son legitimarias la cónyuge o la pareja que hace vida en común con el testador ósea en la unión de hecho, todos y

cada uno de ellos la ley les ha denominado legitimarios que son las aquellas personas que tienen el derecho a la legítima y que por mandato no deben ser excluidos por ninguna razón del patrimonio hereditario.

Por otro lado, en el artículo 816° del Código Civil Peruano, se establece las ordenes sucesorias, es así que llegamos a una comprensión más entendible, en primer lugar tenemos a los hijos y demás descendientes; en segundo lugar tenemos a los padres y demás ascendientes; en tercer lugar tenemos a la cónyuge o la viuda de la unión de hecho; en cuarto lugar tenemos los parientes colaterales del segundo grado de consanguinidad; en quinto lugar tenemos a los parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad y en el sexto lugar tenemos a los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad, es así que se puede vislumbrar las ordenes de prelación que se debe tomar en cuenta a la hora de dejar una herencia.

También, siguiendo las líneas del artículo 817° del Código Civil Peruano en donde establece que, la exclusión sucesoria, en donde infiere que los parientes de la línea recta descendientes como los nietos; bisnietos, tataranietos, etc., excluyen a los parientes del segundo orden ascendente como los abuelos; bisabuelos; tatarabuelos, etc., es por ello que los parientes más próximos en grado excluyen a los remotos, salvo que haya el derecho de representación.

A modo de reflexión, los legitimarios siempre estarán protegidos y amparados por la ley, ya que son los llamados herederos forzosos, y siempre serán o formaran parte de la herencia aun cuando el causante deje fuera a uno de ellos, solamente quedará en manos de la ley disponer esa parte de la legítima, por orden de prelación y permanecerá impregnada sin derecho a

reclamo, salvo que la ley y actos inhumanos pongan en peligro la vida del testador antes de su fallecimiento.

2.2.1.8. Heredero y Masa Hereditaria

En primer lugar, la RAE define al heredero como: la persona que recibe los bienes, el dinero o los derechos y obligaciones de otra persona cuando esta muere, en cumplimiento de la ley o de las disposiciones señaladas en un testamento; y, por otro lado, Masa Hereditaria se define como: al patrimonio total que deja la persona al momento de su muerte, ya sea bienes; derechos u obligaciones.

La persona que recibe la herencia se le conoce como asignatario, heredero, sucesor, causahabiente etc. y puede ser, a título universal o singular, según el caso, y necesita cumplir con algunas exigencias de ley como son, el de ser; digno, tener capacidad y tener dignidad para poder adquirir el derecho sucesorio, estos requisitos son de orden público, y de allí que el testador no pueda suprimirlas, aunque quizá le puede perdonar la indignidad y ampliar la aptitud del derecho sucesorio, modificarla o crearla (Bejar, 2017, p. 48).

En Derecho de Sucesiones, existen dos tipos de sucesiones valga la redundancia; la sucesión testamentaria y la sucesión legal; la testamentaria, se atribuye la herencia por testamento, conforme a las disposiciones de voluntad del causante; mientras que, en la legal o intestada, la ley establece quiénes son los herederos del causante; en principio, los sucesores o causahabientes son aquellos que tienen *vocatio hereditatis*, esto es, los llamados a heredar al causante, los causahabientes son aquellas personas que reciben los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia

dejada por el causante, se debe aclarar que, la denominación genérica de sucesiones comprende tanto a los herederos como a los legatarios (Bejar, 2017, p. 48).

2.2.1.9. Elementos de la Sucesión

Como bien sabemos, la sucesión es pues el hecho jurídico que determina el conjunto de derechos, obligaciones y la transmisión de bienes patrimoniales de una persona a otra siempre y cuando exista o se dé la figura jurídica de muerte, en donde a la persona difunta se le denomina causante y las demás personas en quienes va a recaer el patrimonio se le denomina sucesores, no obstante, para ello es importante establecer los elementos que hacen certero o posible la sucesión, tal y como lo establece Esteban (2015):

- **El causante:** Es el eje principal de la sucesión, por así llamarlo, es la causa quien la origina, se le denomina también *Cujus*, o también se le llama heredado o sucedido, a falta del causante no hay los demás elementos, ya que el derecho sucesorio nace con la muerte del causante.
- **Los sucesores:** Son los causahabientes, o sea, las personas llamadas a recibir la herencia, que pueden ser herederos o legatarios, ello dependerá del causante y lo que determina la ley.
- **La Herencia:** Está formada por, el patrimonio dejado por el causante, entendiéndose por tal el activo y pasivo del cual es titular el causante al momento de su fallecimiento, se le denomina también masa hereditaria, en otras palabras, es el objeto de la transmisión (p. 23)

Siguiendo líneas arriba, los elementos esenciales y los que no deberían faltar por ningún motivo son tres, el causante; los sucesores; y la herencia, todos ellos cumplen una función en el derecho sucesorio ya que a

la muerte de una persona se deriva muchas obligaciones y la trasmisión de bienes patrimoniales, entonces se puede establecer una estructura que a la larga unificarán un solo objetivo que es la trasmisión de bienes patrimoniales y otros derechos por causa de muerte de una persona.

Es por ello que, también se debe hacer hincapié en referencia a los sucesores ya que a la muerte del causante se debe establecer con premura y mucho cuidando quienes serán los llamados a ser parte de la herencia y que o cual será su papel en el derecho sucesorio, por eso es menester saber quiénes son los sucesores, es por ello que, como lo establece Esteban (2015):

- **Herederos**
- **Por la clase de sucesión**
 - **Testamentarios:** Cuando suceden en calidad de un testamento.
 - **Legales:** Cuando heredan por mandato de la ley a falta de testamento.
- **Por su título**
 - **Legales:** Son todos aquellos, a quienes la ley les reconoce la calidad de herederos al establecer el orden sucesorio en el artículo 816° del Código Civil, son todos los parientes de la línea recta sin restricción alguna descendientes, ascendientes y el cónyuge, quienes tienen la condición de forzosos; y todos los parientes de la línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad, quienes tienen la condición de no forzosos.
 - **Voluntarios:** Son aquellos herederos que, libremente pueden instituir el testador cuando no tiene herederos forzosos, en tal virtud, pueden ser cualquiera de los herederos no forzosos o personas sin parentesco con el causante a quienes la ley no le atribuya la condición de herederos.
- **Por la calidad de su Derecho**

- **1.3.1. Forzosos:**

Se les denomina así, no porque están obligados a recoger la herencia, pues el heredero puede libremente aceptar o renunciar a ella, no obstante, se les llama también herederos reservatorios, en vista de que la ley reserva para ellos una parte intangible del patrimonio del causante, por otro lado, asimismo son conocidos con el nombre de legitimarios, pues la parte intangible que les está reservada se denomina legítima. Asimismo, se les denomina herederos necesarios, pues necesariamente heredan.

- **No forzosos:** Son aquellos herederos, cuya vocación sucesoria no se presenta necesariamente, pues el causante los puede eliminar por testamento, estos son los hermanos, los tíos los tíos abuelos, los sobrinos, los sobrinos nietos y los primos hermanos, empero puede observarse que tanto los herederos forzosos como los no forzosos son herederos legales.

- **Por su relación con el causante**

- **Regulares:** Son los parientes consanguíneos o civiles del causante, quienes están a su vez distinguidos por la cercanía de grado.

- **Irregulares:** Son los herederos en función de la persona: el cónyuge, que está unido al causante por el vínculo uxorio y no por una relación de parentesco.

- **Por el mejor Derecho a Heredar**

- **Verdaderos:** Son aquellos a quienes le toca recibir la herencia de acuerdo al orden sucesorio que señala la ley o al testamento que los instituye.

- **Aparentes:** Son aquellos que entran en posesión de la herencia por considerarse que les corresponde la misma de acuerdo al llamamiento

hereditario, hasta que aparecen herederos con mejor derecho a heredar, quienes lo excluyen.

2. Legatarios

Estos alcanzan, ser de un bien o varios bienes determinados o de una parte alícuota de un bien o de varios de esos bienes o de la totalidad de la herencia.

3. Donatarios

Los actos de liberalidad, pueden tener efecto en vida de donante y después de su muerte, en el primer caso nos encontramos ante un acto de liberalidad intervivos, que el Código legisla en la sección de los contratos nominados; en el segundo caso, se trata de un acto de liberalidad mortis causa conocido como legado, la vos donación viene del griego, porque en él dice don y donar, los actos de liberalidad implican el empobrecimiento de un sujeto y el enriquecimiento de otro, esta es la característica que los distingue de los actos a título gratuito, como pueden ser el mutuo, el comodato, el mandato o el depósito, estos no son actos de liberalidad.

4. Acreedores

Los sucesores acrecen su patrimonio, como se ha expuesto, incorporando a su haber la herencia propiamente dicha; vale decir, el activo sucesoral una vez satisfechas las obligaciones, ello significa que los acreedores del causante tienen un derecho preferente, una vez cubierto su crédito que debe entenderse la transmisión con los sucesores, esta preferencia incluye a la legítima y, por tanto, al derecho de habitación sobre el hogar conyugal de que goza el cónyuge sobreviviente, como quiera que la transmisión es automática, de acuerdo al artículo 660° y que el heredero solo responde de las deudas y

cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta por disposición del artículo 661° del código civil peruano.

5. Comunidad

Se ha batallado mucho acerca de, si la testamentaria o sucesión, entendida como el conjunto de bienes dejados por el causante, tiene o no personería jurídica, como consecuencia de la actuación del albacea o administrador judicial, según el caso, mientras no se lleve a cabo la división y partición, la testamentaria o sucesión no es otra cosa que una comunidad, que será copropiedad cuando se trate de Derechos Reales, y titularidad compartida en los demás, entonces esto debe entenderse que la copropiedad solamente afecta las cosas y nunca los bienes incorporeales, cada sucesor es propietario proindiviso de los bienes comunes de la herencia, en proporción a la parte a la que tenga derecho; salvo que, tratándose de una sucesión testamentaria, el causante haya dejado hecha la partición, solo así, cada sucesor será propietario del bien asignado desde el momento de la muerte del causante (p. 23).

En adición a ellos, y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que, en el derecho de sucesiones uno de los principales elementos son los sucesores, que como sabemos en nuestro ordenamiento jurídico, y la doctrina nacional, infiere que existe determinadas características y factores para clasificar a los de sucesores, no obstante, la gran mayoría de juristas y doctrinarios coinciden y mencionan tres elementos y uno de ellos son los sucesores que a la vez se subdividen en cinco de los cuales tenemos a los herederos; legatarios, acreedores; donatarios; comunidad, los cuales el heredero es la persona que recibe los bienes, el dinero, o los derechos y

obligaciones de una persona cuando esta fallece, en obediencia de la ley o de las disposiciones señaladas en un testamento; también esta los legatarios que son aquellas personas que reciben una parte del bien o de la alícuota, pero en disposición del causante mediante un testamento, también se tiene a los donatarios que son las personas que reciben una parte de la herencia per en calidad de donación después de la muerte del causante, el otro sucesor es el acreedor que es la persona con derecho a acrecer su patrimonio que por ley está protegido, y le otro sucesor es la comunidad que será propietaria o titular como persona jurídica del patrimonio mientras no se reparte o se divide la herencia (Esteban 2015, p. 23).

La importancia, de distinguir entre los denominados sucesores, es de vital importancia porque facilita la eficiencia y la veracidad de la repartición de la herencia, con ello cada sucesor tendrá un papel fundamental en pro de la voluntad moral o legal del causante. Sin embargo, cabe inferir que existe discrepancia en torno a la limitación que impone la ley a la voluntad del causante ya que en vida tuvo la libre voluntad de dejar sus bienes en manos de aquellas personas merecedoras y dignas de recibirlas, con el único inconveniente que la ley dispone como es el caso de los alimentistas.

En conclusión, tanto la legítima como la porción disponible, está establecido acorde a nuestro actual Código Civil peruano, por el conjunto de todo el patrimonio que el causante en vida deja a la hora de su muerte, que también, el artículo 833° ,expresa que, la colación se hará al valor del bien que tenga al momento de la apertura de la sucesión; y el artículo 1629°, en la sección del Contrato de Donación, al expresar que la abundancia de lo donado se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento

de la muerte del donante, la legítima está constituida por todo el patrimonio del causante, independientemente de si lo hizo él o lo heredó, los institutos de la legítima y de la porción disponible están regulados en la sección de la sucesión testamentaria, porque justamente es en relación a ellos que el causante debe expresar su última voluntad, no obstante, la legítima no sólo opera en el campo de la sucesión testada como una limitación a la libertad de testar, sino también en la sucesión intestada cuando es afectada, lo cual puede ocurrir cuando el causante sobrepasa la porción disponible con donaciones (Esteban, 2015, p.82).

Cabe resaltar que, tanto la porción disponible como la legítima, son dos instituciones antagónicas en donde el primero está limitado por el segundo que es la legítima, ya que acaece una restricción de la libertad para testar porque es en estas dos figuras que el causante se preocupa al momento de establecer su última voluntad, mediante testamento, es por ello que también las donaciones o los actos de liberalidad no debe sobrepasar la cantidad del patrimonio que le corresponden a la legítima y a la libre porción disponible, siendo así la excesiva donación es limitada por el valor que tengan los bienes a la hora de la muerte del causante, a todo ello la porción disponible siempre estará sujeta a la legítima, incluso vulnerando ciertos derechos constitucionales, como el respeto al principio de la voluntad, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad de decisión, etc. Entonces solo queda estar sumergido y limitado a la voluntad legal pese a también vulnerar la ética y a la dignidad del causante.

2.2.1.10. El Legado

2.2.1.10.1. Definición

Es menester precisar que, en el derecho de sucesiones un tema muy fundamental es la figura jurídica del legado, ya que producto de la porción disponible que deja en voluntad propia una parte a consideración suya es el legado, no obstante, ello dependerá que exista un testamento producto de la libre disposición dejada en vida. Es menester saber el termino legado para enfocar correctamente la diferencia que hay entre legatario y legitimario, es así que, como establece Berdejo citado por Pérez (1993) “Cualquier disposición patrimonial en acto *mortis causa* que, confiriendo derechos al favorecido, no sea institución de heredero” (p. 147), lo que el autor nos quiere decir es que, después de la muerte de una persona cabe la libre disposición del patrimonio siempre y cuando la persona a quien se le deja ciertos bienes no tenga la calidad de heredero, entonces será titulado como legatario.

Por otra parte, Sastre citado por Pérez (1993) establece que: “La atribución de un valor hereditario por causa de muerte y a título singular, que el causante ordena en testamento directamente a favor de una persona y a cargo del heredero” (p. 147), lo que el autor nos quiere decir es que a la muerte de una persona y haber dejado ciertos bienes de la herencia y a título singular bajo un testamento tendrá derecho a recibirla la persona que el causante en vida haya dejado por voluntad propia.

Adicionando a ello, y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que el legado es la disposición voluntaria y testamentaria que el causante dejó en vida para satisfacer las necesidades de otras personas a las que el considere dignas de beneficiarse siempre y cuando no tengan la calidad de herederos legítimos.

En nuestro Código Civil Peruano artículo 756°, prescribe que la persona antes de su muerte, tiene la facultad de dejar parte de sus bienes a terceras personas, mediante de un acto de liberalidad y a título gratuito correspondiente de la porción disponible.

Entonces, concluimos que, el legado es un regalo de libre disposición que puede dejar el causante a cualquier persona que considere beneficiario siempre y cuando lo haga de manera gratuita y voluntaria y lo especifique dentro de un testamento.

2.2.1.10.2. Tipos de Legados

Es de suma importancia establecer los deberes que tendrán los herederos, por ello es menester aclarar y sobre todo diferenciar las distintas formas de legado para conocer las obligaciones y derechos que deberían tener las personas en quienes recae el beneficio obtenido. Es por ello que, en los artículos 758° al 769° del Código Civil Peruano establece los tipos de legado:

a. Legado de Bien Indeterminado

El legado de un bien mueble indeterminado, será realmente válido, por más que no esté en la herencia, la deliberación, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien efectuará con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario, como ejemplo podemos imaginar que David designa como legataria a Mercedes y ordena que se le compre un carro cero kilómetros, que será entregado por los herederos, claro está que es un bien indeterminado ya que existen carros de diferentes colores, marcas, modelos, tamaños, etc., siendo así que la legataria no conoce el bien por ser indeterminado.

b. Legado de Bien Parcialmente Ajeno

Es el legado de un bien, que pertenece al testador, sólo una parte o sobre el cual éste tiene otro derecho, es válido en cuanto a la parte o al derecho que pertenece al testador, entonces como ejemplo imaginémonos que David y Mercedes compran una casa, convirtiéndose en copropietarios, al fallecer Mercedes, consigna a Allison como legataria dándole la casa, pero solo será propietaria absoluta siempre y cuando le compre la otra parte de la casa David.

c. Legado de Bien Gravado

Cuando el causante, en vida deja, un bien que está gravado por derechos reales de garantía, como la prenda; la

hipoteca; el anticresis y la retención, el bien pasará al legatario con los gravámenes que tuviere, el servicio de amortización e intereses de la deuda, serán de cargo del testador hasta el día de su muerte, como ejemplo imaginémonos que, David tiene una casa hipotecada en diez mil soles, antes de morir consigan como legataria a Mercedes, entonces para que pase hacer poseedora del bien Mercedes tiene que pagar la hipoteca restante ya que hasta la fecha David solo pago dos mil soles, es por ello que la casa esta gravado por un derecho real de garantía denominada hipoteca.

d. Legado de Bien sujeto a uso, usufructo y habitación

Si el bien legado, estuviere sujeto a usufructo, uso o habitación en favor de tercera persona, el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan, como ejemplo imaginemos que David lega a su esposa el usufructo de la vivienda habitual ubicada en la calle real n°350, y consigno a mi hijo Zeus heredero universal sobre el resto de mis bienes, no obstante, cabe mencionar que al hacer un legado de usufructo hay que tener la cordura de respetar la legítima.

e. Legado de Crédito y Condonación de Deuda

El legado, de un crédito, tiene efecto sólo en cuanto a la parte del mismo que continúa en el momento de la muerte del testador, el heredero está obligado a entregar al legatario el título del crédito que le ha sido legado, el legado de liberación de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la

sucesión, como ejemplo imaginemos que David es consignado legatario a la muerte de Juan, no obstante David tenía una deuda de mil soles, pero antes de morir Juan decidido perdonar la deuda a David siendo así que estipulo en el testamento la voluntad de que la deuda está pagada con lo cual los herederos deberán hacer cumplir lo estipulado siempre y cuando el valor de la deuda no afecte la legitima.

f. Legado para fines sociales, culturales y religiosos

Son aquellos bienes, hechos en favor de los pobres o para fines culturales o religiosos, que serán entregados por el heredero a quienes indique el testador, si el causante antes de su muerte no indica a quienes será entregado ciertos bienes, entonces primero serán entregados a la Beneficencia Pública; en segundo lugar al Instituto Nacional de Cultura o a los organismos que hagan sus veces en uno u otro caso; y en tercer lugar serán entregados, a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador.

g. Legado de Predio

Cuando el bien legado, es un predio, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento no forman parte del legado, salvo las mejoras introducidas en el inmueble, cualquiera que fuese su clase.

h. Legado en Dinero

El legado en dinero, debe ser pagado en la misma denominación, aunque no lo haya en la herencia.

i. Legado de Alimentos

El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple fijando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472° a 487°.

j. Legado Remuneratorio

El legado remuneratorio, se considera como pago, en la parte en que atañe razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de generosidad en cuanto al exceso.

k. Legado sujeto a modalidad

El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al término de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo, mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho, el legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad.

l. Legado de Bien Determinado

En el legado de bien determinado, no sujeto a término o plazo, el legatario lo obtiene en el estado en que se halle a la muerte del testador, desde ese momento le pertenecen los frutos del bien legado y toma el riesgo de su pérdida o desperfecto, salvo dolo o culpa de quien lo tuviere en su poder, como ejemplo imaginemos que, David es consignado como legatario de un auto, pero minutos antes de la muerte del causante que es Víctor, el auto sufre un choque vehicular por llevar a Víctor al hospital, ,

producto de ello queda una parte dañada, David como legatario obtendrá el auto en las condiciones que se hayan y más adelante podrá repararlo con su propio dinero.

En conclusión, de los tipos de legados, cabe hacer hincapie y mencionar que, al momento de ser consignados como legatarios de ciertos bienes a cualquier persona, esto dependerá del testador antes de su muerte y que producto de ello determinara los derechos que se le confiere al beneficiario y que este tiene el deber de cumplirlas en todo cuanto le favorezca, no obstante es menester aclarar la importancia que tiene dicha clasificación porque ello determinara la clase de bien patrimonial y sobre todo los derechos que se le designa como titular del legado.

2.2.1.11. Diferencias entre Herederos y Legatarios

Es de suma importancia, establecer la diferencia entre heredero y legatario ya que el primero es consignado por el manato legal inmiscuido de la porción de la legitima mientras que el segundo es consignado por la voluntad del testador inmiscuido de la porción disponible, todo ello dependerá acorde al ordenamiento jurídico de cada país y sin salirse del sistema al que pertenecemos como el romano germánico al que pertenecemos, es así como lo establece Echevarría citado por Bejar (2017, p. 149):

- El heredero tiene derecho a una universalidad jurídica, los legatarios solo una o más cosas singulares.

- El heredero representa a la persona del difunto, jurídicamente se identifican, los legatarios no.
- El heredero como representante del difunto es responsable de las deudas, los legatarios no.
- El heredero adquiere una vez tramitado el proceso, el dominio con el fallecimiento del causante, el legatario solo lo adquiere cuando es cuerpo cierto o especie.
- El heredero adquiere junto con el dominio la posesión legal de la herencia, el legatario adquiere con la muerte del causante, la posesión material del bien legado y puede exigir la entrega del mismo.
- La institución de la posesión efectiva de la herencia es del heredero, no del legatario.
- Los herederos son instituidos por testamento o por ley; los legatarios solo por testamento.
- Los herederos tienen el derecho de administrar la herencia, los legatarios no.
- Solo los herederos pueden instaurar la acción de petición de herencia y de reforma del testamento, no tiene este derecho a esta acción los legatarios.
- La representación sucesoria solo puede darse en la herencia y no en los legados

En conclusión y siguiendo líneas arriba, podemos aseverar que el heredero es la persona que sucede al difunto como titular de sus bienes y deudas, a título universal, empero el legatario es aquella persona que obtiene solamente bienes concretos y determinados mas no los pasivos de la masa

hereditaria, pero todo ello también dependerá al tipo de legado que se les consigna a los sucesores.

2.2.1.12. Herederos Forzosos

En el derecho peruano, los legitimarios o mal llamados “herederos forzosos” que se encuentran regulados en el artículo 724° del Código Civil peruano, cuyo texto señala: Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge, dicha norma se restringe a indicar quiénes son los familiares que llama “herederos forzosos”, pero que con más precisión deberían denominarse simplemente “legitimarios”; ya que, como se ha visto, no siempre reciben su legítima a título de herederos, es decir, no eternamente acceden a las posiciones jurídicas de sucesores universales por designación testada o intestada por declaración judicial, pues pueden obtener su cuota legitimaria por título diferente al de heredero.

En primer lugar, se tiene a los hijos y demás descendientes del causante, cualquiera que fuera su orden de grado, nietos; biznietos; tataranietos, etc., en lo referente a la naturaleza del vínculo no existe distinción entre hijo o descendiente matrimonial, adoptivo o extramatrimonial de paternidad por reconocimiento voluntaria o por declaración judicial, siendo que todos ellos tienen los mismos e iguales derechos, respetando, por cierto, los troncos de la representación sucesoria de manera que los linajes legitimarias similares guarden la misma proporción, esto quiere decir que también, por ejemplo, los hijos adoptivos de un hijo o de un nieto del causante, son legitimarios respecto de éste, entonces la norma excluye de la legítima a los hijos u otros descendientes del

cónyuge que a su vez no lo sean del causante, es por ello que los hijastros, tampoco suceden del causante a título de representación, entonces tampoco tiene la calidad de legitimario el designado “hijo alimentista”, porque al no concederle la ley relación familiar con el causante, no hereda de él (Navarro, 2018, p. 9).

En adición a ello, cabe resaltar que la norma jurídica no hace una clara y precisa distinción entre hijo matrimonial o hijo extramatrimonial ni tampoco el hijo adoptivo, entonces se estaría apartando con menor grado de parentesco los hijos de la cónyuge o de la pareja de la unión de hecho, es así que se puede inferir la exclusión del supuesto hijo alimentista al no ser nombrado como legitimario porque la ley no encuentra ninguna relación de parentesco familiar con el causante sea por voluntad propia del causante o por declaración judicial.

En segundo lugar, se tiene a los padres y demás ascendientes del causante, cualquiera que fuera su orden de grado sea abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc., en la línea ascendente, sin embargo, hay una diferencia con respecto a la línea descendente, esta diferencia se da por cuanto si bien el hijo reconocido sucede a quien lo reconoce, en la línea ascendente no sucede contradictoriamente en ciertos casos, en consecuencia, el artículo 398° del Código Civil peruano, establece que el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios, salvo que el hijo tenga respecto de él posesión constante de estado o que éste consienta en el reconocimiento (Navarro, 2018, p. 10).

Entonces, de lo ya señalado anteriormente, creemos y aseveramos que más verídica sería la norma jurídica si regulara ambas situaciones, es

decir, que el reconocimiento de menores o mayores de edad no producirán ningún derecho sucesorio a favor de aquellos que verifiquen el reconocimiento.

En tercer lugar, como heredero forzoso se tiene a la cónyuge, o integrante sobreviviente de la unión de hecho según sea el caso, en tal sentido, podemos mencionar que tanto el cónyuge como el integrante de la unión de hecho son herederos que pueden concurrir con los otros herederos forzosos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 816° del código civil peruano, de igual manera, poseen un carácter preferencial ya que únicamente ellos pueden optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia en caso de concurrir con los descendientes o pueden ejercer el derecho de habitación sobre el hogar conyugal en caso concurrieran con otro heredero; ello de acuerdo con lo contemplado en los artículos 731° y 732° del Código Civil peruano (Carrasco, 2019, p. 37).

Cabe precisar que, la cónyuge en sentido estricto se comporta como un hijo más, ya que la norma jurídica así lo dispone, declarándole como legitimaria y la titular del derecho a heredar todo cuanto fuera posible y necesario, sin distinción a los hijos y demás descendientes ni tampoco con alusión a los padres y demás ascendientes.

2.2.1.13. Límites y Crítica al Gravado de la Porción Disponible

En primer lugar, en nuestro código civil peruano se establece que: cuando el testador está obligado al pago de una deuda por pensión de alimentos, tal y como lo prescribe el artículo 415°, la porción de libre disposición quedara gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla. Es así que el hijo alimentista o reconocido, tiene el derecho de reclamar al que

ha tenido relaciones coitales con su madre durante la época de la concepción, una pensión de alimentos, hasta la edad de los 18 años, dicha pensión seguirá vigente siempre y cuando el hijo cumplido la mayoría de edad no puede proveer a subsistencia por estar incapacitado ya sea física o mental.

En adición a ello, y en esa línea de ideas, es claro que el legislador promueve la protección del hijo alimentista imponiendo un pago de pensión que se le cobrara al causante, tomado de una parte de su porción disponible, cabe resaltar que dicha deuda solo tendrá vigencia hasta los dieciocho años de edad del hijo alimentista, salvo que este adolezca de una incapacidad mental o física, siendo así el pago de pensión permanecerá vigente.

A modo de reflexión, sabemos que la familia es la célula fundamental de la sociedad, sin perjuicio de tratos diferenciados, entonces es menester hacernos unas preguntas: ¿Por qué solamente el hijo alimentista es considerado en el gravado de la porción disponible? y esto nos lleva a otra pregunta ¿Por qué existe un trato muy diferenciado entre los herederos forzosos y el hijo no reconocido? Es por ello que es de vital importancia conocer cuáles son los límites de libertad para testar, y la relevancia que tiene con la voluntad del testador para poder disponer de su tercera parte de libre disposición.

2.2.1.14. Límites de la voluntad para Testar

En la actualidad, existe dos formas de sucesión del causante, una es la testamentaria y la otra la sucesión intestada, siendo que la segunda mencionada, tiene mayor relevancia ética jurídica y sobre todo la voluntad intrínseca e inherente del testador. Entonces es claro enfatizar que lo ideal para que una sociedad permanezca unida se debe respetar el principio de la

autonomía de la voluntad y limitar el abuso del derecho. Siendo así plausible de que no haya tratos muy diferenciados y arbitrarios.

2.2.1.15. Fundamentos de los límites de la voluntad para Testar

Cabe señalar que, los límites de la voluntad para testar se encuentran profundamente ligados con los sistemas jurídicos aplicables a cada país, por un lado, el sistema anglosajón preferirá la libertad de disponer de los bienes del causante mientras que por otro lado el sistema romano busca el amparo de la familia representada por los herederos forzosos, es por ello que se puede apreciar que coexiste un conflicto de dos derechos, el derecho a la libertad reflejada mediante la libertad de testar y el derecho a la protección de la familia.

La libertad para testar, se fundamenta principalmente en el respeto a la persona, y por consiguiente al derecho que posee la misma de forjar su voluntad sobre la disposición de sus bienes, ambos como sabemos son derechos constitucionalmente defendidos, también se integra con lo establecido por nuestro Código Civil peruano , el cual busca respetar el derecho a la libertad de las personas concediendo un margen de sus bienes para ser libremente dispuesto por el causante, es decir una porción de libre disposición, no obstante , este mismo punto permite apreciar que se pondera como un derecho de mayor grado la protección de la familia por sobre la libertad de disposición, por cuya razón se otorga exclusivamente un tercio de libre disposición sobre la masa hereditaria (Carrasco, 2019, p. 47).

La libertad para testar, es inherente a la persona humana ya que confiere el respeto, la moral y la dignidad de disponer libremente sus bienes, es así que se contraponen dos derechos constitucionalmente protegidos por

un lado la protección familiar y por el por lado la libertad de disposición que si lugar a duda son los dos ejes que hacen mover al derecho sucesorio en la toma de decisión, tal como lo prescribe en el artículo 725° de nuestro Código Civil Peruano.

Es preciso, hacerse una pregunta fundamental, para el presente trabajo de investigación en lo concerniente a la libertad de la persona ¿ El restringir a solo un tercio de libre disposición de los bienes del fallecido constituye libertad o la norma como tal afecta el derecho fundamental de la persona?, siendo que la respuesta sea negativa, se puede realizar otra pregunta aún más importante ¿La restricción de la libertad de la persona reflejada mediante la norma se encuentra justificada en la protección de la familia o no es necesaria?, entonces es lógico darnos cuenta si contestamos ambas preguntas de manera negativa podremos darnos cuenta que la norma jurídica como tal se halla en la actualidad restringiendo un derecho fundamental en ayuda de un derecho que no se encuentra explícitamente reconocido a nivel constitucional y que con el mero propósito de mantener una tradición legal perjudica a la sociedad (Carrasco, 2019, p. 48).

Es claro que, al contraponerse dos derechos fundamentales, siempre existirá un desbalance proporcional entre ambas y solo dependerá del contexto real y de la imposición legal para limitar el uno del otro, sin establecer claramente lo que es libertad personal y libertad legal.

2.2.1.16. Límites actuales en el Sistema Peruano

En reiteradas ocasiones, se recalcó que, nuestro sistema jurídico se encuentra formado entorno a la tradición Romano Germánica por tal razón los legisladores al momento de redactar la normativa oportuna en materia

sucesoria han optado por establecer el sistema de legítimas y por tanto restringir la facultad de disposición de las personas al momento de testar, claro está que también existe la posibilidad de adherirnos al sistema de *Comon law*, por la sencilla razón de que estamos adoptando y aplicando figuras jurídicas ajenas a nuestro sistema, como ejemplo tenemos los precedentes vinculantes que pertenecen sin lugar a duda al sistema anglosajón.

En ese contexto, podemos aseverar que la limitación más importante en el sistema peruano es la legítima como tal siendo únicamente utilizable un tercio de libre disposición para aquellos que deseen testar, es así que aquellos que se encuentren determinados como herederos forzosos cuentan con protección jurídica que se justifica con el solo hecho de evitar la desprotección de aquellos miembros familiares que necesiten ayuda, es por ello que es una limitante a un derecho fundamental de todas las personas, como el derecho a la propiedad; concretamente a disponer de los bienes sujetos a dicha propiedad (Carrasco, 2019, p. 49).

En adición a ello y siguiendo en esa línea de ideas, podemos aseverar que el límite para testar es la legítima, ya que restringe el derecho de la voluntad del causante en disponer únicamente el tercio de la porción disponible, quedando como prioridad la parte de la legítima protegida legalmente, argumentando que la protección familiar es ineludible, sin ver la otra cara de la moneda que restringe derechos fundamentales como el de la propiedad.

2.2.1.17. El exceso del gravado sobre la porción disponible

En el artículo 728° del Código Civil Peruano, prescribe que “si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme el artículo 415°, la porción disponible quedara gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla”, lo que el legislador nos quiere decir es que, si el causante tiene una obligación alimenticia y por ende una deuda para hacerla cumplir, tomara parte de la porción disponible en favor del alimentista, todo cuanto fuera necesario.

En consideración a ello, cabe resaltar que en el mencionado artículo existe demasiada sobreprotección al hijo alimentista y no a los demás herederos, como bien sabemos la legislación peruana forma parte de la corriente que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de algunos; para sus hijos u otros ascendientes, o cónyuge, hasta el tercio de sus bienes conforme lo prescribe el artículo 725°, como también el que tiene sólo padres u otros ascendientes, hasta de la mitad de sus bienes como lo prescribe el artículo 726°, es por ello que cuando no tuviese conyugue ni parientes de los indicados en los artículos 725° y 726° del código civil peruano, hace mención que se podrá disponer de la totalidad de sus bienes (León, 2019, p. 32).

2.2.1.18. Derecho de los Herederos Voluntarios

Es menester, resaltar que el principio de autonomía de la voluntad, conlleva a diferenciar una libertad intrínseca lo que nace del testador y una libertad extrínseca que nace de la imposición de otra persona a cambio de recompensas o castigos

La noción de legítima ligado al de heredero forzoso tiene una excepción, en la cual se le otorga similar derecho al heredero voluntario, en consecuencia, quien tiene la libre disposición de todos sus bienes puede nombrar uno o varios herederos voluntarios, empero, en ese caso, la parte que les toque a éstos en conjunto no puede ser inferior a la cuarta parte de la herencia tal como se establece en el artículo 771° del Código Civil peruano, es la figura que se conoce con el nombre de cuarta falcidia (Esteban, 2015, p. 89).

Por lo tanto, el testador tiene la intrínseca decisión de disponer voluntariamente a sus seres más queridos la cuarta parte que le corresponde de su porción disponible, siendo así los herederos voluntarios o los legatarios participes de la masa hereditaria sin perjuicio alguno.

2.2.1.19. Desheredación

Conforme lo prescribe el artículo 742° del código civil peruano, que por la desheredación el testador puede privar de la legítima el heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley. Es así que en el artículo 744°, establece las causales de desheredación de los descendientes: la primera causal es cuando se maltrata de obra o injuria grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si este es también ascendiente del ofensor, la segunda es cuando niega sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo, la tercera causal es haberle privado de su libertad injustificadamente y la cuarta causal es llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

Es por ello, que se sugiere la modificación del artículo 728° del Código Civil peruano en donde se establecería ciertos requisitos tal como lo establece el artículo 744°, quedando de esa manera beneficiado con una pensión de alimentos y no como sucede a hora que solo se grava sin ninguna condición, no obstante también hay un trato muy diferenciado con relación a los demás herederos forzosos, es por ello que se recomienda incorporar a los demás herederos, dentro del gravado de la porción disponible.

2.2.1.20. Un trato muy diferenciado entre el Hijo Alimentista y los Herederos Forzosos

El artículo 728° del código civil peruano señala que cuando el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415°, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla, se refiere al caso del llamado hijo alimentista, este es el hijo extramatrimonial no reconocido por el padre y que tampoco tiene declaración judicial de paternidad, careciendo de título a heredar, entonces porque tiene un trato muy diferenciado con respecto de los demás herederos forzosos.

El alimentista no puede recibir más de lo que le habría correspondido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado como hijo conforme al artículo 417° del Código Civil peruano, en verdad, no se afecta toda la porción de libre disposición sino sólo la parte que sea necesario emplear a favor de los hijos alimentistas, el problema que brinda esta disposición es que puede desconocerse el monto al que obtiene esta obligación, pues la alimentación puede extenderse por incapacidad física o mental, es por ello que al momento del fallecimiento del causante hay un solo

hecho cierto, conocido: la porción hereditaria que le corresponde a cada heredero, entonces es necesario repartir la herencia idealmente, incluyendo a los hijos alimentistas como si fuesen reconocidos por el causante o como si tuviesen sentencia que los declare como hijos, la parte que les correspondería será el máximo con que podrán afectar como carga a la herencia, siempre que esté dentro de la porción disponible, si la exceden, el cargo será hasta el límite de ésta, si es menor, será hasta el límite de la porción que le correspondería si tuviese la condición jurídica de hijo (Esteban, 2015, p. 90).

Valga la aclaración, entonces supuestamente el hijo alimentista sin ser declarado judicialmente como hijo legal, tiene un trato mucho mejor que al de los demás hijos forzosos, entonces no cabe lógica alguna que se le atribuya una pensión de alimentos si existe la posibilidad de no ser hijo del causante. Por eso se sugiere la modificación del artículo 728° del Código Civil peruano, incorporando a todos los herederos sin que hay un trato diferenciado entre el uno el otro, cabe resaltar que todos los seres humanos tenemos necesidades básicas para poder subsistir.

Si se contraponen el estado de necesidad del alimentista conjuntamente con el interés superior del niño no quepa duda que existe límites a ello tales como el orden público; el interés colectivo de niños, la convención misma y el principio de razonabilidad.

2.2.2. Obligaciones Alimentarias

2.2.2.1. Contexto Histórico

La obligación alimentaria se origina desde la era cristiana, ya que el Derecho Romano reconoce la potestad del *pater* hacia sus parientes, no obstante, la obligación de dar los alimentos trasciende

con la imposición del *officium* ante el accionar de la potestad del padre en la etapa de Justiniano (Varsi, 2012, p. 425).

De ahí que, el poder abusivo que realizaba el padre sobre los parientes bajo su mando será desplazado, otorgándole más facultades y obligaciones en favor de estos al padre. Por consiguiente, es a través del Digesto el cual se cumple previo al rescripto de la petición de la obligación, que se tendrá que cumplir la obligación alimentaria por los parientes de forma recíproca por estar impuesta por un poder supremo.

Así mismo en el Derecho germano la obligación alimentaria se dará por uno de los consortes al otro, por ser el resultado de la convivencia familiar entre ambos, de modo que también a través del Digesto, se establece que en caso no quisiera dar los alimentos cualquiera de los consortes al que se le atribuyó la responsabilidad se fijaran alimentos de acuerdo a las facultades de ambos, sin embargo, si ya se estableció y no lo cumple se venderán las prendas del obligado para cubrir la obligación.

Poco después en el Derecho Canónico se establece varias clases de obligación alimentaria debido al parentesco espiritual, de fraternidad y patronato; tal es así que el Derecho moderno acoge el derecho de pedir alimentos y el deber de prestarlos; del mismo modo en el Derecho Contemporáneo se llega a concluir que tan solo al referirse a los alimentos básicamente se denota la obligación que esta infiere.

Por lo tanto, debido a que el derecho alimentario se demarca fundamentalmente en cada época; pues en Perú se establece el derecho alimentario en el Decreto del 13 de noviembre de 1821 por Hipólito Unánue quien en ese tiempo era ministro y a inicios de la Republica; en el cual se demarca el objetivo del Estado en su rol de prevenir y ayudar en las necesidades del menor.

2.2.2.2. Definición

Como se sabe la obligación alimentaria, es parte de la materia de alimentos, por lo que no muchas definiciones se centran a definir exclusivamente a la obligación, sino a los alimentos o el derecho que se tiene respecto a este, de modo que se tendrá a las siguientes, empezando por Josserand siendo citado por Varsi (2012), el cual infiere sobre la obligación alimentaria que:

Es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar (p. 420).

Esto quiere decir que los alimentos se determinan como obligaciones ya que son impuestas por un órgano jurisdiccional como es el Juez mediante la determinación de la pensión de alimentos al que accederá el necesitado.

En el mismo apartado Aguilar citado por Varsi (2012) expresa sobre la obligación alimentaria lo siguiente:

La obligación que tienen los padres de atender a la subsistencia de su progeñie; es el deber moral y jurídico más importante que tienen los padres frente a sus descendientes que no termina tan solo con la provisión de elementos materiales necesarios para su supervivencia, sino que, se hace extensivo a su formación integral; hasta que estén debidamente capacitados para subvenir decorosamente a su propia subsistencia (p. 420).

De esto lo que se entiende es que la obligación de los padres hacia los hijos más allá de ser un deber impuesto en la norma, también es un accionar voluntario, en el que no solo se busca dar las herramientas o la satisfacción de sus necesidades para su vida diaria, sino también que en la formación de su desarrollo se realice de forma óptima siendo así que su inserción en la sociedad se haga mucho más llevadera.

Por otro lado, también se tiene definida a la obligación alimentaria en el Diccionario de Manuel Osorio (2011):

La que impone prestar o procurar alimentos en el sentido jurídico de todos los medios de subsistencia, no solo la fisiología. Suele ser legal, afecta a los parientes próximos en casos de incapacidad de lograr su sustento alguna persona; convencional, cuando así se haya convenido, por liberalidad o con carácter remuneratorio, y puede ser testamentaria, en forma de legado de alimentos (p. 660).

Esto es que la obligación alimentaria es la prestación de alimentos exigida por la ley para el pariente que lo necesite, la cual

se requerirá si ambos parientes así acordaron o se haya dejado en testamento.

De ahí que la obligación alimentaria al ser una prestación del pago de las necesidades de aquel pariente que carece de medios para satisfacerlos, tiene carácter de obligatorio de modo que los únicos parientes que hacen su requerimiento son los hijos sino también los demás parientes que sean ascendientes o estén relacionados en línea colateral.

2.2.2.3. Clasificación de los alimentos

Para Varsi (2012, p. 428-431), los alimentos al ser de forma muy variable y para su determinación es necesario analizar cada necesidad de acuerdo a su grado de inmediatez, clasificándolos en tres grupos, siendo:

- A. Por su origen,** o también llamado de causa jurídica, ya que es el modo en la se otorgará y adquirirá la prestación de alimentos, los cuales son:
- Voluntarios, o convencionales al ser acordados mediante voluntad los alimentos entre acreedor y deudor ya sea cuando ambos lo hayan realizado estando en vida o como causa ante la muerte del deudor. No obstante, cabe precisar que no es necesario para que se constituya la obligación que tanto deudor y acreedor tengan lazos de parentesco, ya que al ser de carácter voluntario el deudor cumplirá dicha prestación por iniciativa propia a modo de solidaridad.
 - Legales, la prestación de alimentos se determina mediante disposición legal del Juez utilizándose como fundamento todas

aquellas circunstancias prescritas en la ley para su fijación, sin embargo, en esta clasificación de los alimentos no se otorga la obligación alimentaria entre personas que no tienen parentesco como si se da en la clasificación de alimentos por voluntad del deudor.

- Resarcitorios, se dan ante hecho ilícito cometido por el conviviente de la unión de hecho, en este caso si uno de los convivientes abandona de forma injustificada esto se considerará como la terminación de la unión del hecho; tal es así que el juez determinara a decisión del conviviente abandonado si quiere que el abandonante le abone una cantidad de dinero como indemnización o una pensión alimentaria, como se encuentra prescrito en el artículo 326 del Código Civil.

B. Por su amplitud, esta clasificación de los alimentos se centra especialmente en las necesidades del acreedor de acuerdo al grado de importancia o primacía de estos, de modo que se tendrán de la siguiente manera:

- Necesarios, o también conocidos como naturales, ya que son aquellos alimentos fundamentales y propios de toda persona para su sobrevivencia, por lo que se caracteriza por ser de inmediato sancionamiento cuando el deudor no cumpla con prestarlos, a consecuencia que con su incumplimiento afecta gravemente al deudor.
- Congruos, se refiere a aquellos alimentos que no solo comprenden a los necesarios para la subsistencia de la persona, sino también a

aquellos en relación al estrato social y posición económica en la que se desarrolla, tal es así que el legislador determinara en qué casos la prestación de alimentos solo se constituirá de alimentos necesarios o congruos, ya que en caso de los menores de edad no se les podría atribuir solo alimentos necesarios, de modo que afectan su desarrollo integral, sino congruos.

C. Por su forma, se entiende al tiempo en el que se prestaran los alimentos de acuerdo a las diversas circunstancias en las que se establece, teniendo a los siguientes:

- Temporales, en el cual la obligación de prestar alimentos solo se realizará por un tiempo, tal es el caso de la madre embarazada a la que se tendrá que brindar los alimentos por parte del padre del menor en los 60 días antes del parto y después de este.
- Provisionales, se dará la obligación de prestar alimentos de forma provisional, ante circunstancias que la justifiquen o por emergencia, siendo determinadas a través de sentencia en la que se fijará un monto aproximado del pago y el tiempo durante que se prestara, hasta que se fije de forma exacta una pensión fija.
- Definitivos, se refiere cuando la pensión determinada en aproximación a la prestación de alimentos es fijada de forma determinada en un monto exacto, sin embargo, esta siempre se prestará a su cambio debido a las diversas circunstancias que se presenten tanto en el deudor como en el acreedor, las cuales serán evaluadas continuamente.

2.2.2.4. Naturaleza jurídica

En relación a lo que explica Cortez y Quiroz (2014, p. 163), citando a Peralta Andía, se determina la naturaleza jurídica de los alimentos partiendo de tres tesis:

- Patrimonial, en la cual citando a Messineo se expresa que el derecho alimentario es de carácter patrimonial ya que es pagado en dinero o especie y que por esa razón es transmisible. No obstante, esta concepción está desfasada, ya que como menciona Aguilar (2008, p. 398), si sería transmisible el derecho alimentario entonces también podría renunciarse a este lo que va en completa contradicción con las propias características representables del derecho alimentario además que no podría ser enteramente patrimonial por ser de carácter extrapatrimonial o también llamado propio.
- No patrimonial, se considera en esta teoría, citándose a Ruggiero, Cicu y Giorgio que, el derecho alimentario es puramente extrapatrimonial o propio, ya que la prestación de los alimentos que se realiza por parte del acreedor no se presenta ante un interés económico de modo a que no afecta a su patrimonio y que al ser un derecho inherente a la persona es personal para el que lo reciba y aquel que lo debe.
- *Sui generis*, se refiere que el derecho alimentario al ser muy especial es en excepción de carácter tanto patrimonial como personal, en la cual al existir una relación familiar el acreedor puede pedir la prestación de sus alimentos al deudor.

Tal es así de lo dicho sobre las diferentes teorías que se han venido proponiendo sobre la naturaleza jurídica de la obligación a prestar alimentos, que tal como cita Aguilar (2008, p. 398), sobre Cornejo Chávez de lo que expresa Gustavino que, la teoría más acogida debería ser aquella mixta debido que al ser remunerado el derecho alimentario en sentido económico será en parte de carácter patrimonial pero una de forma obligacional y que será de carácter personal ya que no puede ser transferido por ser inherente a cada persona individualmente es así que se da desde su nacimiento y se extingue solamente con su muerte.

Por lo tanto, la naturaleza jurídica que adquiere el derecho alimentario en la obligación de deber con el acreedor es de naturaleza sui generis o también llamada mixta al acoger no solo la teoría de ser de carácter patrimonial sino también personal, por ser solo ejercido por el deudor y solo recibido por el acreedor, no pudiendo transferirse por ser innato.

2.2.2.5. Características

De acuerdo a Aguilar (2008, p. 399-405), se tienen nueve características en el derecho alimentario propias de aquel que ejercerá este derecho, de modo que pasare a explicar cada uno de ellos:

- Personal, por ser inherente y de forma individual a la persona desde su nacimiento hasta su muerte.
- Intransferible, esto refiere debido a que la persona no puede transmitir su derecho a otra persona, ya sea cuando lo decida en vida o como

consecuencia de su muerte, tal como también se prescribe en el artículo 487 del Código Civil peruano.

- Irrenunciable, porque es un derecho necesario de la persona para su subsistencia, siendo una característica que también está prescrita en el artículo 487 del Código Civil. Sin embargo, se debe mencionar que puede llegarse a confundir esta característica en casos de separación convencional, en donde tal vez la conyugue renuncie a este derecho, lo cual recae en total error porque no se renuncia al derecho alimentario de forma expresa ya que lo único que se puede acreditar es que no tiene necesidad de que le presten los alimentos.
- Imprescriptible, se refiere a que el derecho alimentario reclamado a través de la obligación al deudor subsiste mientras el acreedor a este en necesidad, sin embargo, esto no quiere decir que se extingue cuando ya no haya la necesidad del acreedor, puesto que puede reaparecer en cualquier momento la necesidad pudiendo requerirse en ese momento la prestación de alimentos por el deudor.
- Incompensable, significa que el deudor de la obligación alimentaria no puede sustituir su deuda alimentaria, con alguna deuda que tenga con el que demanda la obligación, debiéndose mencionar que es una característica que se comprende en los alimentos como prescribe el artículo 487 del Código Civil.
- Intransigible, se centra exclusivamente a los alimentos los cuales no son pasibles de transacción, ya que son fundamentales para la subsistencia de la persona y además porque son individuales a ella, tomándose en cuenta como una de las características fundamentales

en lo que prescribe el artículo 487 del Código Civil. No obstante, lo que sí es posible referente a la prestación de alimentos es el de transigir, como aquel accionar para poder depositar el dinero que se determina para la pensión alimentaria.

- Inembargable, de modo que la pensión alimentaria ayuda a cubrir las necesidades para la subsistencia del acreedor, no será pasible de embargo los alimentos, ni la pensión por ser determinado por mandato por el juez, tal como también se encuentra prescrito en el artículo 648 inciso 3 del Código Procesal Civil.
- Reciproco, hace referencia que deber y el derecho asumido de acuerdo al rol de circunstancias no es estático puesto que estos se pueden invertir, en el cual el deudor se puede convertir en acreedor y viceversa, sin embargo, a pesar de que la prestación se hace entre parientes, en esta característica se admiten algunos casos excepcionales los cuales se desarrollaran con más exhaustividad en el tópico titulado “Sujetos partícipes de la obligación alimentaria”.
- Revisable, quiere decir que a pesar que la pensión alimentaria sea fijada ya en su monto o requerimiento determinada en esta, aun puede ser evaluada y analizado de nuevo ante circunstancias imprevisibles o naturales que se susciten, permitiéndose de tal modo disminuir o aumentar la cantidad prevista en la pensión de alimentos.

Así mismo, en referencia de la obligación alimentaria que se presenta de forma conjunta en el derecho alimentario, también acogerá las características que se presentan en este y además también tendrá el carácter de ser divisible, ya que en caso los deudores sean

dos o más, se repartirá entre ellos la cantidad fijada como pensión alimentaria para el acreedor, asimismo cabe resaltar que se evaluará la situación económica de cada uno independientemente para fijar el monto que le corresponderá respecto a la pensión.

2.2.2.6. Sujetos participes de la obligación alimentaria

Como Varsi (2012, p. 439) expresa ante el accionar de la obligación alimentaria se presentan dos sujetos intervinientes, los cuales son:

- A. Alimentante**, se refiere a aquel que, por su deber familiar, tiene la obligación de prestar los alimentos a aquellos por su relación colateral o lineal, obteniendo el carácter de exigible ya que está amparado su cumplimiento ante la ley.
- B. Alimentista**, es aquella que, ante su estado de necesidad, será beneficiada con la prestación de los alimentos por parte del alimentante para la satisfacción de estas.

Por consiguiente, es menester referirse con respecto a los alimentistas, a aquellos que se deben recíprocamente la prestación de alimentos, de modo que se acudirá a lo prescrito por el artículo 474 del Código Civil, en la cual se infieren que podrán prestarse recíprocamente los alimentos entre conyugues, ascendientes, hermanos y descendientes, es así que se explicará la situación en cada uno de estos, teniéndose a los siguientes:

- **Conyugues**, en este se comprende tanto al marido como a la mujer, ya que tal como se encuentra prescrito en el artículo 288 del Código

Civil, estos por su relación conyugal tendrán el derecho y el deber de la obligación de asistencia entre ellos.

Por lo que Aguilar (2008, p. 411-414) menciona sobre estos que se prestaran los alimentos en los siguientes casos:

- ❖ Si los conyugues hacen vida en común, en donde no se genera mayor dificultad como para acudir a un Juez ya que al vivir en un mismo hogar se supone que no es necesario, sin embargo, existen excepciones en los que sí se puede recurrir al Juez para fijar una pensión alimentaria, esto en caso que el obligado a prestar alimentos al otro conyugue no cumpla con esto.
- ❖ En caso que los conyugues a pesar de hacer vida en común acogieron el régimen de separación de patrimonios, de modo que ambos contribuyen a la obligación alimentaria que se comprende dentro de su relación en la que el aporte se realizara de acuerdo a la posibilidad de cada uno, sin embargo, si existiese divergencias entre ambos sobre este tema y no hayan fijado anteriormente la asignación de gastos de cada uno, podrán acudir ante un Juez para su determinación.
- ❖ También se deberá prestar los alimentos al conyugue abandonado por el otro conyugue de forma injustificada, perdiendo este último el derecho a pedir los alimentos al conyugue abandonado, no de forma definitiva ya que puede existir circunstancias extremas, no obstante a pesar que se presente un requerimiento del retorno del conyugue si este no lo llega a aceptar, la obligación de la prestación del conyugue abandonado cesa respecto al conyugue que lo abandono, tal como se prescribe en el artículo 291 segundo párrafo del Código Civil.

- ❖ También existen casos de la prestación de alimentos a conyugues indignos de suceder o desheredados, causales que se configuran para este tema los prescritos en el artículo 333 del Código Civil incisos del 1 al 6, constituyéndose en la pensión solo aquellos indispensables o necesarios como ya mencionamos anteriormente, estando prescrito en el artículo 485 del Código Civil; ya que no se le puede negar los alimentos en su estado necesidad.
- ❖ En caso que los conyugues se hayan separado por causal, el conyugue que cometió el agravio deberá prestar los alimentos al otro, esto si producto de la separación se haya generado la necesidad del conyugue agraviado.
- ❖ También existe la posibilidad que ante separación convencional de los conyugues, entre ellos acuerden la prestación de alimentos, sin embargo, como se mencionó anteriormente, no cabe el termino de renuncia del derecho alimentario si alguno de los conyugues lo quisiera hacer al no tener necesidad alguna de una pensión de alimentos.

Con respecto al estado del vínculo conyugal entre ambos conyugues Varsi (2012, p. 440-441) menciona que la obligación alimentaria se puede prestar también ante el rompimiento de la relación conyugal en casos excepcionales, siendo los siguientes:

- ❖ Conyugue inocente, la prestación de alimentos por parte del otro excónyugue se dará cuando este haya incurrido en una de las causales para su divorcio, pero solo en caso que el excónyugue que no incurrió en ninguna de las causales de divorcio estaría imposibilitado de poder

solventar sus necesidades, de modo que el Juez determinara una pensión no mayor a la tercera parte de la renta percibida por el otro excónyugue, estando prescrito como tal en el artículo 350 del Código Civil en su segundo párrafo; considerándose solo aquellas necesidades fundamentales. No obstante, se debe resaltar de acuerdo a lo prescrito por el mismo artículo ya mencionado en su párrafo tercero que, el excónyugue puede pedir la capitalización de la pensión alimentaria y la entrega del capital correspondiente, ante la existencia de causas graves.

- ❖ Conyugue indigente, como prescribe en el artículo 350 del Código Civil en su cuarto párrafo, el excónyugue que fuere indigente podrá pedir al otro conyugue la prestación de alimentos ante su estado de necesidad, así haya provocado el divorcio.

Es necesario hacer énfasis en aquellos que solo están unidos de hecho, siendo conocidos como concubinos, los cuales tendrán los mismos deberes que se enraízan en el matrimonio, no obstante tiene que haber cumplido con dos años de convivencia conjunta para que se pueda configurar como tal, de modo que se encontrará en el artículo 326 del Código Civil todas las disposiciones que se cumplen en relación a estos , así como sobre la prestación de alimentos, la cual ya mencionamos líneas arriba en la clasificación de alimentos de forma resarcitoria.

- **Ascendientes**, como se señala en la norma se deben alimentos los ascendientes y descendientes recíprocamente, lo cual en este caso nos centraremos a los alimentos prestados por los hijos a los progenitores,

de modo que Aguilar (2008, p. 423-429) nos menciona a las siguientes circunstancias en la que los ascendientes pueden obtener los alimentos, como son:

- ❖ Cualquiera de los progenitores o ambos pueden exigir a su hijo que les brinde la pensión alimentaria, ante el estado crítico de su necesidad, comprendiéndose también cuando estos sean incapaces física o mentalmente, lo cual suele ocurrir debido a su avanzada edad, haciéndoles imposible por su condición satisfacer sus propias necesidades; también se debe señalar que los progenitores matrimoniales como extramatrimoniales que hayan reconocido al menor como su hijo podrán hacer esta exigencia toda vez que estos también en su momento prestaron alimentos a sus hijos y además por la relación consanguínea o de parentesco que los une, no obstante serán considerados también para que les puedan prestar alimentos, los padres adoptivos, ya que también presto los alimentos en su momento al hijo adoptado.

Cabe mencionar que en caso el progenitor extramatrimonial que reconoce al menor como su hijo no lo haya realizado durante que este era menor de edad aun, no podrá exigir la prestación de alimentos de su hijo por que el legislador al notar que este se realiza de forma tardía supone que el reconocimiento se realizó por interés. No obstante, podrá otorgarle alimentos si el hijo acepta el reconocimiento o tenga una posesión constante de estado respecto al progenitor, así se expresa en lo que prescribe el artículo 398 del Código Civil. También no podrá reclamar alimentos tal como prescribe el artículo 412 del

Código Civil el padre que reconoció al menor por vía judicial, de modo que solo se determinó su paternidad tras sentencia y no por su voluntad.

- ❖ El **padre alimentante** también podrá pedir la prestación a su hijo alimentista así este no sea reconocido, toda vez que solo por ser su supuesto hijo se le obligo a prestarle alimentos a él, por lo tanto, al encontrarse en estado de necesidad se tendrá que prestarle los alimentos. Además, se debe hacer la precisión que se dará este caso porque al no ser preciso la paternidad del padre por lo que no será el padre del hijo legalmente, no se podrá incurrir al artículo 412 del Código Civil, ya que en este solo se hace referencia a aquellos que son declarados legalmente padres.

Se debe resaltar de igual manera a los otros ascendientes del padre alimentista respecto al hijo alimentista, los cuales al no haberse establecido la paternidad legalmente del hijo alimentista, no podrán pedir la prestación de alimentos como es en el caso del padre del progenitor alimentista al hijo de este, por ser su nieto.

- ❖ No obstante, con lo dicho sobre **los abuelos**, si podrán pedir alimentos a sus nietos que son concebidos dentro del matrimonio de su hijo o que siendo concebido fuera del matrimonio fue reconocido a tiempo. Sin embargo, al igual que los padres que no reconocieron a tiempo a su hijo o que lo hicieron por disposición judicial, al ser los padres de estos, tampoco podrán pedir los alimentos a su nieto.
- **Hermanos**, se deberán recíprocamente alimentos entre los hermanos de mismo padre y madre o aquellos que solo lo son de padre o de

madre, esto por la relación de parentesco que tienen por sus progenitores. También se podrá extender los alimentos tomándose en consideración todo aquello que componen estos tal como está prescrito en el artículo 472 del Código Civil, pero la determinación de estos en la pensión alimentaria dependerán si el hermano es menor o mayor de edad, de modo que en el primer caso se entiende que por ser menor se encuentra en un estado de necesidad por lo que podrá acceder a la prestación de alimentos de su otro hermano incluyéndose también aquellos gastos para su recreación, en el caso segundo dependerá si el estado de necesidad por lo que se pidió la pensión se generó por una circunstancia inesperada, por una casusa inmoral, de indignidad o desheredación, teniéndose en consecuencia que solo se podrán prestar los alimentos para aquellos gastos de primera necesidad.

- **Descendientes**, prácticamente se refiere a los hijos en donde los padres serán los que tendrán el derecho y deber de prestar los alimentos de sus hijos, estando amparado en los que prescribe el artículo 6 de su segundo párrafo de la Constitución Política del Perú de 1993, no obstante la condición de la prestación de alimentos no suele darse del mismo, ya que no en todos la relación entre los padres es la misma, por lo que se analizara las diversas formas y circunstancias de prestación de alimentos por parte de los padres al hijo, teniéndose los siguientes casos:
 - ❖ Los **hijos matrimoniales**, aquellos hijos nacidos dentro del matrimonio, por lo cual los conyugues están obligados a sostener los

alimentos de los hijos, tal como se encuentra prescrito en el artículo 287 del Código Civil. Sin embargo, existirán diversas circunstancias en donde la prestación se da de diferente modo, tal como explica Aguilar (2008, p. 417-419):

- Si el hijo vive con los padres, por la misma relación de convivencia no será necesario acudir ante una autoridad judicial para la determinación de los alimentos.
- En caso que los padres sean casados y que hayan convenido en la separación de sus patrimonios ambos también darán los alimentos al hijo, toda vez que ambos deberán asumir los gastos del hogar en los que se comprenden estos, salvo que existan discordancias entre ambos sobre los gastos, se tendrá que acudir ante un juez para que fije que gastos le corresponderá a cada quien, esto según lo prescrito en el artículo 300 del Código Civil.
- Puede ocurrir que el padre o la madre no cumplan con dar los alimentos al hijo en ese caso el hijo representado por el conyugue no obligado demandara al que es obligado ante la autoridad judicial, fijándose de tal manera una pensión alimentaria, por lo tanto, en este caso se habla específicamente del menor de edad del cual como se sabe se otorgara de inmediato ya que se presume de ellos que están en estado de necesidad por su minoría de edad.
- En caso del hijo mayor de edad, tal como se prescribe en el artículo del Código Civil en su primer párrafo, podrá obtener la prestación de los alimentos por parte de sus padres si acredita que esta ante estado de necesidad o que está incapacitado física o mentalmente para que

satisfaga sus propias necesidades, en relación a lo dicho también se entenderán a los hijos solteros; cabe señalar que también podrá obtener alimentos de sus padres si cursa estudios superiores con éxito, sin embargo se debe aclarar que solo se realizará la prestación hasta los 28 años cumplidos del hijo que solicito los alimentos.

No obstante, en caso que el estado de necesidad se haya presentado por acciones inmorales, tal como lo prescribe el artículo 473 en su segundo párrafo del Código Civil; o si haya incurrido en alguna de las causales de indignidad o desheredación prescritas en los artículos 667 y 744 del Código Civil respectivamente, solo podrá constituirse en la pensión de alimentos aquellos necesarios para su subsistencia.

Se debe señalar que los casos que se señalan del hijo concebido en el matrimonio, también se adecuaran al **hijo** que fue **adoptado**.

También entre los hijos concebidos dentro del matrimonio se puede considerar a aquellos que también fueron concebido en ese estado pero donde el matrimonio se invalido, los llamados **hijos putativos**, los cuales podrán obtener los alimentos al igual que el ya mencionado, ya que se efectuara inmediatamente el divorcio en el cual se apoyan las mismas consecuencias al divorcio de los casados; sin embargo también se podrá evaluar la fe de los ex conyugues a la hora de celebrar el matrimonio debido a que si los dos lo hicieron de buena fe como si fuese un matrimonio valido, los efectos que se produzcan del divorcio les favorecerán a ambos y conjuntamente con los hijos, pero en caso uno de ellos haya celebrado de mala fe este que actuó de esa manera no tendrá a su favor los efectos que se generen del divorcio y

por lo contrario el otro ex conyugue y los hijos si lo harán, tal como se prescribe en el artículo 284 del Código Civil.

- ❖ En relación a los hijos concebidos fuera del matrimonio, llamados también **hijos extramatrimoniales**, como menciona Varsi (2014, p. 66), aquellos que serán reconocidos como hijos por voluntad del progenitor o bajo sentencia que lo determine; podrán pedir estos la prestación de alimentos como lo mencionamos anteriormente ya que son declarados como hijos, por lo que el progenitor al ya establecerse esta relación parental tendrá el deber de dar los alimentos bien haya sido determinado mediante demanda o por su propia voluntad.

También cabera la posibilidad de que los hijos sean declarados judicialmente como tal de acuerdo a las situaciones prescritas en el artículo 402 del Código Civil, declarándose judicialmente su paternidad, obteniendo los alimentos del progenitor al igual que los ya mencionados hijos extramatrimoniales reconocidos por voluntad o bajo demanda.

- ❖ Así mismo se da el caso que el hijo concebido fuera del matrimonio que no es reconocido por voluntad, por sentencia o mediante declaración judicial, siendo conocido como **hijo alimentista**, sin embargo no quiere decir que no podrá recibir los alimentos del progenitor que no lo reconoció, ya que, teniéndose a lo que prescribe el artículo 415 del Código Civil mencionando que podrá acceder a la prestación de alimentos de parte del obligado si este haya tenido relaciones sexuales con la madre del hijo alimentista durante su concepción; no obstante también señala que solo se podrá dar la

pensión alimentaria hasta que cumpla el menor los dieciocho años, pero subsistirá el pago de la pensión después de los dieciocho años si sufriera el hijo alimentista de incapacidad física o mental. No obstante, si se determinara la paternidad bajo prueba de ADN, no calzara la situación del hijo alimentista al tenerse la certeza de la paternidad.

Es preciso señalar que los hijos alimentistas como tal, solo tendrán relación respecto a la obligación del deudor, mas no una relación filial respecto a este debido a que no se ha comprobado la paternidad o se le haya reconocido de forma voluntaria, por sentencia o declaración judicial por el presunto padre.

Igualmente se debe señalar ante hijos concebidos fuera del matrimonio sin excepción de las circunstancias de la declaración de su paternidad, a la **madre extramatrimonial** propiamente llamada ante la situación, la cual también podrá reclamar como la norma refiere en lo que se prescribe en el artículo 414 del Código Civil que, se le podrá prestar los alimentos por parte del padre del hijo, 60 días antes y después del parto, porque se comprende en su estado de embarazo y después de ello la dificultad de trabajar y con ello de solventar sus propias necesidades.

2.2.2.7. Derechos del hijo referente a los alimentos

Como es de saberse frente a la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 6 en su párrafo tercero se prescribe que los hijos sin diferenciar la situación en que hayan adquirido su filiación respecto a sus progenitores, todos tienen iguales derechos.

Lo cual si se llega a establecer en aquellos como la propia norma menciona que hayan adquirido la filiación, los cuales también pueden ser llamados hijos no alimentistas, comprendiéndose entre estos a los siguientes:

- Hijos concebidos dentro del matrimonio
- Aquellos que son adoptados
- Los hijos putativos del cual el matrimonio de sus padres es invalido, pero adquiere los mismos beneficios que adquiere el hijo matrimonial ante divorcio de los conyugues
- Hijos concebidos fuera del matrimonio, los cuales para su filiación tendrán que ser reconocido voluntariamente, bajo demanda o por declaración judicial de la paternidad extramatrimonial.

De modo que los mencionados al gozar de filiación con los progenitores tendrán los mismos derechos de los que se establecen a través de la patria potestad, en cuestión a la prestación de alimentos.

Sin embargo lo mismo no sucede con aquellos que no fueron reconocidos por ningún modo ni declarado su filiación judicialmente, a los cuales también se llaman hijos alimentistas, ya que como menciona Gómez (2014, p. 190) respecto a lo que prescribe el artículo 415 del Código Civil, solo podrán obtener los alimentos hasta los dieciocho años, o podrá subsistir pasados estos años en caso que el hijo alimentista por ser incapaz física y mentalmente no pueda solventar sus propias necesidades, no considerándose que curse estudios superiores; dándose de tal manera una diferencia demarcada entre los hijos no alimentistas y los hijos alimentistas en su derecho

a la educación. Sin embargo, no va en contra de la Constitución respecto a la igualdad de los hijos, ya que en este se demarca la filiación que deben tener, por lo que al no tenerla no podría configurar.

No obstante, si se debe precisar que contraviene con el derecho a la educación del hijo alimentista, regulada en la Constitución como un derecho de la persona, encontrándose prescrita el artículo 13 de este cuerpo normativo, también del mismo modo ante menores de edad también va en contrario a lo que se prescribe en el artículo 14 del Código de los Niños y Adolescentes.

Igualmente se podría señalar del caso de la herencia, por la misma causa, el de no ser reconocido de cualquier forma o declarado judicialmente la filiación, pero este en situación de muerte del obligado no se dará de la misma manera, ya que se llega a sobre proteger al hijo alimentista, e incluso a desequilibrar derechos, lo cual ante esto se fiscalizará más afondo en el tópico titulado “Exoneración”, estando incluida en los Estados respecto a la obligación alimentaria”.

2.2.2.8. Condiciones implícitas al derecho alimentario

Son condiciones que se toman en cuenta al momento de la determinación de la pensión de alimentos por el Juez, los cuales al evaluarlos como explica Varsi (2012, p. 421-422) tienen como objetivo la asistencia de la persona por la relación que tiene con aquel que le hace el pedido que le preste los alimentos, siendo los siguientes:

- **Vínculo legal**, se refiere a las circunstancias, la relación, filiación o situación en la que se pide la pensión de alimentos.
- **Necesidad del alimentista**, se evaluará el estado de necesidad del solicitante quien pide los alimentos, ya sea porque carezca de capacidad física o mental para satisfacer sus propias necesidades; porque sea menor de edad, en el cual se presupone ya su necesidad; o si es mayor de edad y cursa estudios superiores.
- **Posibilidad del alimentante**, también se preverá la situación económica al que se pide la prestación de alimentos, de modo que es necesario examinar si la cantidad que percibe este alcanza para satisfacer sus necesidades y que también satisfagan las del hijo, ya que se prima ante todo el derecho a la existencia de la persona.
- **Proporcionalidad en su fijación**, esto se relaciona a los anteriores elementos ya mencionados para la fijación de la pensión de alimentos, ya que deberán tomarse en cuenta de forma igual, equitativa y justa.

Por lo tanto, Varsi en relación a todos estos propone una ecuación para la determinación de la pensión de alimentos como es, la suma entre el vínculo legal, la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante y todos estos entre la proporcionalidad que debe aplicar el Juez en razón a la normatividad vigente y relacionado a los respectivos casos, así como su razonamiento, estando prescrito todo anterior dicho en el artículo 481 del Código Civil.

2.2.2.9. Pensión alimentaria

También es necesario hacer un análisis sobre las circunstancias a las que se puede presar la pensión alimentaria, tomando en referencia a lo dicho sobre los criterios para la fijación de la pensión alimentaria, por lo que como nos menciona Varsi (2012, p. 447-451) son los siguientes:

- Aumento, drásticamente se refiere a las necesidades futuras del acreedor de los alimentos, como son en este caso en relación de los hijos, ya que a medida que se desarrollan aumentan sus necesidades de acuerdo a las circunstancias implícitas en estas, tal como se puede mencionar al estudio progresivo de estos.

De la misma forma se considera si se ha incrementado los ingresos del deudor para que si antes cuando se fijó la pensión de alimentos la cantidad aportada a la pensión era menor por la cantidad baja de ingresos que tenía en ese entonces, por esa razón al tener mejor solvencia económica podrá cumplir con deber de prestar alimentos de forma óptima.

- Reducción, prácticamente el pedido se hace por el deudor de la pensión alimentaria por diversas circunstancias que afectaron a su economía, imposibilitando que la cantidad que disponía para la solvencia de los alimentos del alimentado ya no lo adquiriera o se disminuya, esto por reducción de su propia remuneración de trabajo, por no tener trabajo, ser despedido, etcétera. No obstante, puede ser posible que el acreedor de la pensión alimentaria solicite la reducción de la cuantía de la pensión por su voluntad.

Se debe precisar que lo dicho se encuentra amparado en lo que prescribe expresamente el artículo 482 del Código Civil.

Igualmente se tiene a la **prelación** como otra circunstancia que le da un nuevo giro a la pensión alimentaria, el cual se refiere al orden en el cual tendrán que prestarse los alimentos en caso que existan más obligados a la prestación de los alimentos de un solo acreedor, tal como se infiere en lo que está prescrito en el artículo 475 del Código Civil, en el cual se tiene por orden de prestación de los alimentos a los siguientes respectivamente: conyugue, descendientes, ascendientes, hermanos; así mismo se debe señalar que este orden se deberá respetar por lo que no se podrá demandar a todos al mismo tiempo.

No obstante cabe resaltar de que si bien no existe en la normativa del Código Civil la prestación de alimentos retroactiva en caso de los tíos, si lo hace el Código de los Niños y Adolescentes, ya que consideran que al tratarse de los menores de edad y a la inminente necesidad que tienen en razón de esto, su estado de necesidad debe de ser subsistido, de modo que en lo que se prescribe en el artículo 93 de este cuerpo normativo, en relación a la prelación de la prestación de alimentos, se tendrá el siguiente orden del que los pueda brindar al menor, como es: padres, hermanos mayores de edad, abuelos, parientes colaterales hasta el tercer grado(tíos), Otros responsables del Niño o del Adolescente.

2.2.2.10. Estado respecto a la obligación alimentaria

Existen varias circunstancias en las que el estado de la obligación alimentaria puede llegar a cambiar, como son:

- A. **Prorrateso**, en este caso como está prescrito el artículo 477 del Código Civil, ante la existencia de dos o más obligados para la prestación de alimentos ante un solo acreedor, se repartirán entre estos la pensión de alimentos que se determina a pagar al acreedor. No obstante, pueden ocurrir casos excepcionales en los que el juez determine que uno de los obligados asuma la prestación de alimentos sin que se vea afectado por su derecho a repetir la cantidad del pago de la pensión de alimentos que les correspondía a los otros. También se tendrá en cuenta ante este caso el artículo 95 del Código de los Niños y Adolescentes el cual prescribe que, si los obligados de la prestación de alimentos están impedidos para el cumplimiento individual de dicho deber, podrán entre ellos prorratesar la obligación, en incluso acordarla bajo conciliación, haciendo de conocimiento de este proceso al juez.

Del mismo modo como se menciona en la Casación por considerando N° 432, puede existir casos en los que se presenten dos o más acreedores ante un solo obligado, en el cual sobre la prestación de alimentos solo se podrá embargar el 60% de los ingresos que percibe el deudor, tal es que al existir más acreedores tendrán que prorratesar o repartirse solo el porcentaje que por ley se puede embargar para la prestación de alimentos.

B. **Exoneración**, en relación a lo que señala el Código Civil en su artículo 483 el cual prescribe las circunstancias en las que se pueda realizar, se tendrán los siguientes casos:

- Si se haya disminuido los ingresos que percibía el deudor al inicio de la fijación de la pensión de alimentos y que esto afecte hasta la satisfacción de sus propias necesidades fundamentales.
- En caso que desaparezca el estado de necesidad del acreedor que pidió la pensión alimentaria.
- Cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad, salvo que el hijo sea incapaz física o mentalmente, o este cursando estudios superiores.

C. **Extinción**, se dará si llega a morir el obligado o el alimentista, tal como lo prescribe el artículo 486 del Código Civil, no obstante también menciona que esta condición no afectara a lo que se prescribe en el artículo 728 del Código Civil, ya que si en caso muere el obligado y este tenía en vida la obligación de dar alimentos a un hijo alimentista, y consecuentemente aun no hubiere cesado su estado de necesidad, la ley lo ampara bajo este artículo 728, quedando gravada la parte de libre disposición que tenía el obligado hasta donde sea necesario, para terminar de pagar al hijo alimentista lo que tenía que pagarse hasta el culmino de la obligación; así mismo este artículo va respaldado tras lo que prescribe el artículo 874 del Código Civil en el cual se refiere al pago de la deuda alimentaria con el hijo alimentista como una deuda hereditaria de los herederos propios del obligado, cabe resaltar que como menciona la Casación por considerando N° 870 que, al tenerse solo una obligación pecuniaria con el hijo

alimentista, por no ser reconocido ni declarado su filiación, se podrá transmitir a sus herederos la deuda, tal como como se prescribe en el artículo 417 del Código Civil, pudiendo el hijo alimentista accionar no solo contra el obligado los alimentos sino también con sus herederos propiamente, sin embargo en esta misma se menciona que los herederos solo podrán dar al hijo alimentista por concepto de sus alimentos lo que hubiese recibido como heredero si hubiere sido reconocida su filiación con el obligado.

En consecuencia de lo ya dicho al parecer se denota una sobreprotección de parte de la ley al hijo alimentista, toda vez que por un lado como se prescribe en los artículos 728 y 874 del Código Civil para el pago en cumplimiento de la obligación del deudor que haya muerto podrá gravarse en lo que fuere necesario la libre disposición que tenga el obligado respecto a sus bienes, lo cual talvez no pueda resultar ningún perjuicio en caso como se prescribe el artículo 727 del Código Civil no tenga hijos declarados como tal o ascendientes por lo que tendrá la libre disposición total de sus bienes, también pueda ser que no resulte muy perjudicial como se prescribe en el artículo 726 del Código Civil si solo tuviera como herederos a sus ascendientes, ya que la libre disposición que disponga sería de la mitad de sus bienes ; caso contrario sucedería con aquel que tenga hijos propiamente reconocidos y conyugue, el cual según lo que prescribe el artículo 725 del Código Civil solo tendrá la libre disposición del tercio de sus bienes, por lo que si se daría todo este tercio o en lo que fuere necesario para el pago completo de los

alimentos del hijo alimentista se estaría yendo en contra del derecho del propio obligado a su libertad de disponer libremente de este, lo cual hubiere podido funcionar como herencia que pudo haber dejado a sus padres , hermanos, etcétera. De la misma manera va en contra del artículo 417 del Código Civil, ya que si según lo que en esta se prescribe, los herederos para el pago de los alimentos del hijo alimentista solo le podrán pagar lo que hubiere recibido como si fuese heredero, así este supere esa cantidad, por lo que si se entregaría esta sería en relación a la cantidad de hijos que tuvo el obligado más la conyugue, los cuales funcionan todos para la repartición del tercio de bienes disponible en herencia como si fueran todos hijos, en el cual también de acuerdo a esto formaría parte el hijo alimentista; pero a pesar de esto la propia norma señala que se gravara la libre disposición del obligado en los artículos 728 y 874 del Código Civil, en los cuales ante este caso el hijo alimentista recibirá lo que le correspondería del tercio además lo que le quedaría al obligado de este tercio, siendo de su libre disposición. Es así que en consecuencia de todo lo dicho se le otorgaría al hijo alimentista después de la muerte del obligado más cantidad de los bienes del obligado a lo que recibiría el hijo declarado como tal por su filiación, siendo solo la porción que reciba este hijo reconocido parte del tercio de los bienes que la ley dispone.

Finalmente, a pesar que haya una desigualdad referente a los derechos en principio del hijo alimentista y el hijo reconocido o declarado como tal, y esto en justificación de que por no ser

reconocido ni declarado el hijo alimentista como hijo del obligado no los une ninguna filiación por lo que no configuraría para ellos lo que prescribe el artículo 6 de la Constitución Política del Perú de 1993, ya que solo se refiere esto a los derechos de los hijos respecto a sus padres, sin embargo lo que no resulta justificado es el desbalance del pago mayor de la herencia al hijo alimentista respecto al menor pago de la herencia del hijo reconocido o declarado como tal, toda vez que si el artículo 417 del Código Civil impone al culminar del párrafo como un límite para que no suceda este desbalance, los artículos 728 y 874 rompen totalmente este límite lo cual genera el desbalance, al prescribir que se podrá gravar también la libre disposición que tenga el obligado de sus bienes para el pago de los alimentos del alimentista; de modo que por consecuente sería mejor derogar estos dos artículos, al generar desbalance y contradicción en el cuerpo normativo del Código Civil.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

Los conceptos importantes a fin de comprender de la mejor manera el proyecto de tesis serán detallados en las siguientes líneas, dichos conceptos parten del diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico de Lengua Española, el Diccionario de la Real Academia Española y el Diccionario Jurídico del Poder Judicial.

- **Libre disposición:** Es una parte de la herencia de la que el testador puede disponer libremente (Cabanellas, 2011, p. 237).
- **Legítima:** La parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos (Cabanellas, 2011, p. 230).

- **Heredero Forzoso:** Con esta denominación, con la de heredero necesario o legítimo y también con la de legitimario, se designa al heredero o sucesor a quien el testador no puede privar de la porción de bienes que la ley le reserva (Cabanellas, 2011, p. 185).
- **Heredero:** persona que por disposición legal, testamentaria o excepcionalmente por contrato sucede en todo o parte de una herencia; es decir en los derechos, y obligaciones que tenía al tiempo de morir el difunto al cual sucede (Cabanellas, 2011, p. 185).
- **Heredero legítimo:** el que recibe la sucesión cuando esta es diferida por la ley (Cabanellas, 2011, p. 185).
- **Heredero voluntario:** el que sucede al causante exclusivamente por la voluntad de *Cojus*; es decir, por no ser heredero legítimo o forzoso. (Cabanellas, 2011, p. 185).
- **Herencia:** derecho de heredar o suceder. Conjunto de bienes, derechos y acciones que se heredan. En sentido figurado, defectos o cualidades que se heredan reciben o copian de otra persona y más particularmente entre padres e hijos (Cabanellas, 2011, p. 186).
- **Causante:** Es la persona que en vida delega ciertos bienes a través de un testamento y que a la muerte de ella lo suceden más personas, es el que origina el derecho sucesorio.
- **Sucesor:** Es la persona en quien recae los bienes dejado por el causante y que este adquiere derecho y obligaciones, dependerá del contexto en el cual se encuentra

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA

Con la finalidad de abordar el presente estudio de investigación vamos a invocar al método denominado como la hermenéutica o conocido también como método de la búsqueda de la verdad, en esta medida los profesores Gómez Adanero y Gómez García (2006) explican en referencia a la hermenéutica, lo siguiente: “(...) no [se] rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203).

Entonces, deviene en interesante entender la finalidad principal de una investigación hermenéutica, la cual no está vinculada con los procesos tradicionales de una investigación que necesita de experimentación, todo lo contrario, está fundada en el proceso de interpretación jurídica dogmática, por esta razón, será subordinada a los juicios subjetivos, esto significa, que el hombre no puede apartarse de la apreciación e interpretación jurídica que alcanza un tema de trascendental importancia, como lo es conflicto que surge a partir de la desigualdad que hace el art. 874°.

De ahí que, nos permitimos afirmar que la hermenéutica jurídica en su afán de buscar la verdad “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); es decir, que a diferencia de la usual investigación positivista, en la coyuntura que tiene nuestro fenómeno de estudio no será necesario la separación entre el sujeto y objeto de estudio, tampoco serán provechosos los datos objetivos y evidentes.

En consecuencia, tomando en cuenta el método a utilizar en la investigación que nos atañe, el cual será la hermenéutica, con la finalidad de que los investigadores se adecuen a la calidad específica que se basará en la interpretación de la norma legal, la doctrina, la jurisprudencia respecto al Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, correspondiéndoles asignar un comentario o interpretación relacionado al contexto, el cual también estará dirigido a contribuir con el tema materia de investigación así como con la convicción del tema de interés.

Por otro lado, debemos tener presente que la investigación al aflorar y desarrollarse dentro del ámbito jurídico, esto es, al brotar de la carrera profesional de derecho y, por ende, la naturaleza dogmática jurídica, se tiene que emplear la hermenéutica jurídica, la que inevitablemente se va a vincular con la exégesis jurídica, que es denominada por excelencia, como un método competente para llevarnos a la autenticidad de la última intención del legislador de las normas subordinadas a un estudio (Miró-Quesada, 2003, 157).

Sin embargo, la utilización del método exegético de forma individual no será suficiente, por lo que tiene que ayudarse de la interpretación sistemática-Lógica, la misma que tiene la finalidad de abordar de manera ordenada los variados contenidos jurídicos dentro del ordenamiento legal para que junto a la interpretación exegética se enlacen para dar claridad a la oscuridad que se requiere. (Miró-Quesada, 2003, 157).

Por lo tanto, los métodos explicados líneas arriba (método exegético y sistemático-lógico) se utilizarán para el logro de un estudio apto para ofrecer el progreso y las modificaciones necesarias respecto al Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, las que se encuentran contempladas en el Código civil peruano.

3.2. TIPO DE ESTUDIO

Habiendo advertido el carácter jurídico-dogmático de nuestro fenómeno de estudio, podemos aseverar que esta calza libremente dentro de una investigación pura o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49); debido a que, a través de la exploración, descripción y explicación del fenómeno de estudio, buscamos incitar el mejoramiento teórico y práctico del instituto jurídico del Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

De este modo, consideramos que no será suficiente con recopilar información relevante de cada variable materia de esta investigación, todo lo contrario, la investigación básica nos facilitará subordinar a discusiones al Gravado de la libre disposición hereditaria y Cumplimiento de las obligaciones alimentarias dentro de la comunidad jurídica, así como de los ámbitos académicos.

3.3. NIVEL DE ESTUDIO

En este mismo orden de ideas, se afirma que el nivel de investigación a utilizar será de tipo correlacional (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), ya que, el avance del trabajo conformara principalmente la forma en la cual se relacionan los contenidos fundamentales de la figura consignada (Gravado de la libre disposición hereditaria) en conexión con las características de la figura (Cumplimiento de las obligaciones alimentarias), de tal forma que, en los resultados finales se probará la incidencia de una sobre la otra.

En síntesis, al ser correlacional nos permitirá demostrar la correspondencia de cada variable en cuanto a su compatibilidad e influencia, en consecuencia, lograremos ver si su relación es fuerte o débil.

3.4. DISEÑO DE ESTUDIO

Teniendo en cuenta el diseño de investigación, el mismo que estará basado en cederle la estructura y la forma en cómo se recolectarán los datos e información de la muestra de estudio para ser procesado ulteriormente con el análisis e interpretación de los

datos logrados. Es así que el diseño a utilizarse en nuestra investigación es de corte observacional y no experimental, el cual consiste en sacar las partes más importantes de ambas variables y así poder entrelazarlas idóneamente, sin el apuro de manipular las variables. (Sánchez, 2016, p. 109).

Así la ausencia de manipulación de ambas variables no implica la no existencia de experimentación con el contenido de cada una de ellas a través de algún instrumento; sino que, esto implica ayudarnos de esas características para ser analizadas en su forma y fondo, sacando su potencialidad y predictibilidad en la presente investigación.

Uniendo todo lo dicho con precedencia, diremos también que la investigación es de corte transaccional, esto es, que para recopilar la información necesaria y útil nos valdremos de instrumentos que coadyuven con tal propósito (Sánchez, 2016, p. 109); de tal forma que nos aprovecharemos de la observación y exploración de los contenidos jurídicos, los que analizándolos nos llevaran a propugnar las conclusiones ultimas de la investigación. Cabe señalar, que la obtención de información principal de las teorías, doctrinas y jurisprudencia de cada tema de la investigación, será útil en cuanto dure la vigencia de la norma.

Conforme a lo expuesto por los autores Sánchez y Reyes (1998, p.79) el diseño esquemático que se adecua más es el de una investigación correlacional, el cual se estructura de la siguiente manera:

M_1	O_x
r	r
M_2	O_y

Siendo en este, M la muestra en la que se empleará los instrumentos de aplicación para la recolección de datos, en consecuencia M vienen a ser todos los libros que aborden al Gravado de la libre disposición hereditaria (M₁) el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias (M₂); a su vez, los O vendrán a ser la información fundamental la que será supeditado al análisis, por consiguiente los O_x vendrán a ser las fichas textuales y de resumen que brindaran una cantidad relevante de información que llegue a saturar el tema de Gravado de la libre disposición hereditaria para que se enlace con las características saturadas de el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias en las fichas del O_y.

3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO

Al contar nuestra investigación con una naturaleza cualitativa y emplear uno de los métodos dogmáticos jurídicos pertenecientes a la ciencia jurídica, esto es, de interpretar la norma jurídica y corroborar que se encuentre en armonía con la realidad social y legal, pues el espacio integra el ordenamiento jurídico peruano propio, ya que, es en ese contexto en donde se pondrá a prueba su consistencia e interpretación de acuerdo a los principios constitucionales.

3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS

Habiendo advertido la naturaleza cualitativa la misma que detenta una forma peculiar dentro del Derecho, diremos que nuestra investigación es doctrinaria, pues lo que se estudiará es el contenido y particularidades esenciales de cada una de las variables también la postura doctrinaria referente a los conceptos jurídicos: Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, con la finalidad de conocer si existe conexión y compatibilidad o no, así como definir la falta de modificación normativa e incluso práctica, la que puede ser válida dentro del sistema jurídico peruano.

3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA

La trayectoria metodológica consiste fundamentalmente en consignar la ruta o el camino que tendrá que transitar la investigación hasta llegar a las conclusiones últimas, desde el momento de su aplicación y desarrollo hasta el instante en que se determina la metodología y explicar de manera sistemática los datos, esto es, una muestra total del cómo se va a desarrollar la tesis desde una perspectiva metodológica, para lo cual explicaremos brevemente en el siguiente apartado.

Siendo así, utilizaremos el método de investigación denominado hermenéutica jurídica, la cual se pondrá bajo análisis con el contenido de cada concepto jurídico, de modo que el instrumento idóneo para proporcionarnos los datos necesarios es la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto del Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, pues, al estar orientado a un nivel correlacional se analizarán ambos conceptos jurídicos para ver el grado de relación y por último procesar los datos por medio de la argumentación jurídica y así dar respuesta las preguntas que nos hemos propuesto.

3.8. MAPEAMIENTO

Cuando hablamos del mapeamiento en realidad estamos haciendo mención a los lugares de donde se extraerán los datos requeridos, con la principal finalidad de lograr la ejecución de la tesis, de ahí que, en primer lugar se explicará en que consiste la población; así de acuerdo a Nel Quezada (2010) la población viene a ser todo el conglomerado de caracteres que custodian información respecto al objeto de estudio, pues, va a estar arreglada por los datos, fenómenos, animales y personas, etc. (p.95); por ello es que señala: “(...) representa una colección integral de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (p. 95).

Entonces, observando que nuestro fenómeno de estudio se sujeta a un método general consistente en la hermenéutica y en específico en la hermenéutica jurídica, como

fuerza capaz de recolección de datos para que por medio de libros y con sus respectivas lecturas que realizaremos sobre ellas, podamos elaborar progresivamente un marco teórico fuerte que será en base a: los libros, leyes, jurisprudencia que se desarrollen con los temas del Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Así, de acuerdo con el profesor Nel Quesada, la población también es una **agrupación de datos** que comprende caracteres comunes, los que se fusionarán con la **información** expresada en las oraciones, frases, conceptos o palabras contenidas en diversos libros, los mismos que tienen cualidades en común. Así pues, cualquier oración, concepto o frase que esté relacionado con el Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias, debe ser procesado e incorporado en el marco teórico.

En síntesis, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

Variable	Libro o artículo	Autor
Gravado de la libre disposición hereditaria	<i>Compilado de Derecho De sucesiones</i>	Esteban, E.
	<i>La Atribución Patrimonial Concreta: El Legado desde la Perspectiva del Heredero y el Legatario.</i>	Pérez, M.
	<i>¿Es la Legítima Herencia Forzosa?</i> (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723° y 1629° del Código Civil	Lohman, G.
Cumplimiento de las obligaciones alimentarias	Alimentos, La Familia en el Código Civil peruano	Aguilar, B.
	Patria potestad	Cortez, C, Quiroz, A.
	Derecho de alimentos para el mayor de edad	Gómez, A.
	Alimentos	Varsi, E.

Como se puede observar, los libros mencionados en el cuadro son los más útiles e importantes en cada tema, pues de ellos se sacarán toda la información esencial con el objeto de elaborar un marco teórico sólido.

En conclusión, estos instrumentos de recopilación de información como la ficha textual y de resumen empleados en los libros nos servirán para alcanzar la información requerida hasta satisfacer todos los datos necesarios por cada variable, por esta razón, en método de muestreo a utilizarse, será la llamada bola de nieve (propuesta dentro de nuestra perspectiva de estudio cualitativo) el cual parte de la información existente y relevante para mantener un marco teórico sostenible hasta lograr la cantidad de datos necesarios y suficientes, en donde ya no quepa profundizar más y se pueda decir que nuestro marco teórico es completo y sólido.

3.9. RIGOR CIENTÍFICO

Cuando nos referimos a la denominación rigor científico implica la exigencia intelectual que debe tener nuestra investigación, la misma que se evaluará al ser sometido al control de calidad al análisis de la comunidad científica jurídica, lo que implica tener mayor seriedad respecto al cómo se han logrado obtener los datos de una población de estudio, contravenir a los derechos personales, de manera que, en nuestro fenómeno de estudio nos permitimos afirmar que no se está utilizando datos de naturaleza personal e íntima, menos aún se está falsificando los datos recopilados, puesto que, dicha información es de cualidad pública, de ahí que, indistintamente del interés de algún individuo se puede comprobar lo afirmado, también lo que interesa para éste tipo de investigación es la consistencia y coherencia de los argumentos, es decir, que cumpla los principios de la lógica jurídica: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.

3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.10.1. Técnicas de recolección de datos

La técnica de investigación documental que se utilizará por nuestra investigación, consiste en identificar y seleccionar el material bibliográfico, con la finalidad de recopilar información que abarcan temas referidos a las variables de investigación, tanto del Gravado de la libre disposición hereditaria y el Cumplimiento de las obligaciones alimentarias que sean relevantes, es decir, que nos sirvan para avalar las conclusiones finales. De tal forma, que podemos alegar que el análisis documental será tomado como principio del conocimiento intelectual, ya que, nos permitirá construir un documento con sus propias peculiaridades a través de otras fuentes tanto primarias como secundarias; los cuales actuarán como una suerte de intermediadores e instrumentos que consentirán que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis. (Velázquez & Rey, 2010, p. 183)

3.10.2. Instrumentos de recolección de datos

Todavía es posible explicar que nuestros instrumentos de recopilación de datos serán las fichas textuales, de resumen, bibliográficas, ya que, a partir de ellas conseguiremos construir un marco teórico fuerte y sólido que nos permita cumplir los requerimientos de la investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un hijo alimentista en el Estado peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Resulta importante conocer parte del Derecho sucesorio, particularmente, correspondiente a la libre disposición hereditaria con el objetivo de conocer algunas nociones generales y comprender a las demás figuras e instituciones jurídicas que vamos a citar en la presente descripción de los resultados.

Por esa razón, vamos a revisar qué es el Derecho Sucesorio para comprender mejor el tema que queremos describir (libre disposición del testador) y cómo esta se relaciona con el derecho de alimentos de los hijos alimentistas y no alimentistas.

El Derecho de sucesiones o Derecho Sucesorio es un instituto jurídico sumamente antiguo, ya que sentó sus bases en el Derecho Romano, concretamente, en la Ley de las XII Tablas, en donde se hablaba de la facultad de heredar que tenía el causante, pero cuando este no tenía hijos o herederos directos, quien recibirá su herencia es el “agnado” [término utilizado en el Derecho Romano para designar a las personas con quien no se tiene parentesco sanguíneo] en todo caso, un agnado es aquella persona con quien se tiene parentesco jurídico, derivándose, de este modo, su calidad de sucesor.

Por otro lado, este instituto jurídico va a regular todos los derechos surgidos a partir de la muerte de una persona, de esta situación real se debe transmitir todos los bienes o el patrimonio de la persona que dejó de existir, para que recaiga en manos

de quienes tienen legitimidad para recibir, conservar y hasta disponer de todo el patrimonio transmitido a causa de la muerte del causante.

Nos parece totalmente racional la creación de este instituto, toda vez que va a regular la situación jurídica de los herederos respecto del patrimonio del causante, así como la porción de patrimonio que les vaya a tocar a cada uno de acuerdo a ley; pero, ¿qué pasaría si consecuente a la muerte de una persona, nadie se haría cargo o recibiría su patrimonio, seguramente cualquier otro sujeto intentaría adueñarse o, en todo caso, se quedaría (el patrimonio) en el completo abandono e igualmente sería provechado por otro que no tiene legitimidad para disfrutar y usarla.

Por esta razón, lo más probable es que en el desarrollo de la descripción de los resultados observaremos quien es el causante, quienes son las personas que tienen legitimidad para suceder al causante, además, cómo se realiza la división y partición del conjunto de bienes, así como la posibilidad de perder la calidad de heredero o legatario, habiendo tenido legitimidad para suceder.

SEGUNDO. - Para comprender a qué está referido el gravado de libre disposición hereditaria es necesario definir, primero el significado de la legítima, esto dentro del Libro IV Derecho de Sucesiones del Código Civil, con la finalidad de establecer sus alcances, tanto como las demás figuras con que comparte sistematicidad y coherencia.

En tal sentido, iniciamos definiendo a la figura jurídica denominada, **Legítima**, hace referencia a la cuota intangible (de todo el patrimonio) que no puede disponer libremente el testador, en cambio sea reservado para dar en herencia a sus herederos forzosos, tal como lo establece el artículo 723° del CC.

Pero, ¿quiénes son los **herederos forzosos**, estos vienen a ser las personas que tiene algún tipo de vínculo con el causante (persona que fallece) o testador (si es que

esta vivo) pudiendo ser de parentesco (hijos y demás descendientes/padres y demás ascendientes) o afinidad (cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho) tal como lo dispone el artículo 724° del mismo cuerpo de leyes.

Ahora bien, la parte que sí puede disponer el testador es hasta un tercio, siempre que tanga herederos forzosos, tal como lo acabamos de verificar en el párrafo anterior; puede disponer hasta la mitad, si solo tiene padres u otros ascendientes; y si es que no tuviera padres, cónyuge, tampoco hijos que tengan la calidad de herederos forzosos, el testador podrá disponer de la totalidad de sus bienes, tal como lo disponen los artículos 725°, 726° y 727° del CC, respectivamente.

De ahí, podemos deducir que la libertad de disposición del patrimonio de alguna persona depende de la responsabilidad que tuviese con otras personas, es decir, con sus parientes; por ejemplo, el permiso para disponer solo hasta un tercio de su patrimonio, se debe a que tiene responsabilidad de seguir manteniendo y alimentando a sus hijos, tanto como a su cónyuge o conviviente; si solo tuviese padres y algunos ascendientes más, podrá disponer de la mitad de sus bienes, porque el código promueve el deber de reciprocidad alimentaria (art. 474°) que tiene el hijo para con sus padres y demás ascendientes.

De todo lo esgrimido con anterioridad, podemos llegar a la conclusión de que la legítima viene a ser aquella porción de bienes que debe permanecer intacta o intocable para ser transmitida a los herederos forzosos; esto es, un impedimento para que el testador no pueda disponer de la totalidad de sus bienes, siempre que tenga algún heredero.

TERCERO. - Continuando, con los resultados de nuestra investigación, en este apartado debemos detallar los alcances de un término muy utilizado en Derecho de Familia, nos referimos a los alimentos, mismo que hace referencia a todo aquello

que resulta necesario para la subsistencia de una persona así, los alimentos son los mismos insumos alimenticios que requiere una persona para satisfacer una necesidad fisiológica, luego, la vestimenta, un techo, educación, recreación, transporte, salud, entre otros.

Recuérdese que, cuando hablamos de alimentos, también debemos hablar de la persona que lo necesita y de quien está obligado a brindarlos, entonces, hay un necesitado y proveedor, tal como lo estipula el artículo 481°, ahí tenemos al sujeto pasivo y al sujeto activo.

Por otra parte, existe un deber de reciprocidad alimentaria que descansa en el dispositivo normativo 474° del CC, mismo que prevé que, se deben alimentos de manera recíproca los cónyuges, los ascendientes y descendientes y, por último, los hermanos; de ello, podemos evidenciar que la norma obliga a las personas que tienen algún parentesco ya sea de consanguinidad o afinidad a prestarse alimentos, precisamente, en honor a ese vínculo que comparten o compartieron.

De manera similar, la ley establece que el mayor de dieciocho años podrá extender su derecho de alimentos, siempre que esté siguiendo estudios con éxito o, en todo caso, cuando no pueda atender a sus necesidades por no tener aptitud para hacerlo; por ejemplo, cuando el mayor de edad esté incapacitado física o mentalmente.

Sin embargo, para establecer el derecho de alimentos y para estar obligado a brindarlos y exigirlos es necesario que esté predispuesto por la ley, pues no se le puede exigir alimentos a alguna persona que no se tiene ningún vínculo, además este no tendría la obligación de darlos.

En síntesis, para tener el derecho de alimentos, es necesario probar el estado de necesidad y esto se podría demostrar con el solo hecho de tener minoría de edad

o estar incapacitado para tener a la propia subsistencia; por otro lado, es importante que el obligado cuente con los recursos necesarios para poder brindarlos; de ahí que el juez va a sopesar los alimentos en proporción a las necesidades de quien los pide y las posibilidades de quien debe brindarlos, tal como especifica el artículo 481° del CC.

CUARTO. - Prosiguiendo, con los resultados del fenómeno de estudio planteado en la presente investigación, nos adentraremos en los fundamentos básicos que le dan justificación al derecho de alimentos, con el objetivo de evidenciar si existe o no un trato desigual entre los hijos, promovido por el artículo 874° del CC, mismo que es materia de cuestionamiento de nuestra investigación.

Habiendo advertido la situación jurídica de la persona que tiene derecho a exigir su derecho alimenticio, así como a quien debe brindarlos, resulta importante denotar las razones del por qué un padre, por ejemplo, esta llamado a bríndale alimentos a su hijo, aunque fuera extramatrimonial reconocido o no reconocido (hijo alimentista).

En realidad, este deber surge del evento natural llamado nacimiento, a partir del cual, automáticamente quien tenga la calidad de padre y madre se tiene que hacerse cargo del su hijo nacido por ser la persona que lo ha concebido, entonces, se hace responsable de su alimentación, su cuidado, educación, entre otros.

La regla general, es que, si un hijo ha nacido dentro de un matrimonio, la filiación sea de manera automática por ambos padres siendo necesario solo la firma de uno de ellos; pero cuando ha nacido fuera de él, es necesario que cada progenitor reconozca y firme la paternidad y maternidad del menor, ya sea de forma voluntaria o por exigencia de una sentencia judicial.

Empero, que pasa cuando solo la madre ha reconocido a su hijo y el padre no lo ha hecho; entonces, estamos frente a un hijo extramatrimonial y además no reconocido por su padre; pues recordemos que existen hijos extramatrimoniales reconocidos, mismo que se diferencian de los hijos alimentistas o los hijos no reconocidos, ni de mera voluntaria, ni por sentencia judicial.

Dado este caso, ¿será posible que la madre demande alimentos al hombre con quien tuvo trato íntimo? si es posible, ya que existe la presunción de paternidad de este hombre; por ende, llegados al proceso de alimentos con el posible padre, el juez puede sentenciar un monto equivalente a la prestación alimenticia, toda vez que el demandado no ha impugnado la paternidad con una prueba de ADN, a partir del cual se puede deducir que si es el padre.

En el mismo proceso de alimentos en favor del hijo alimentista, es posible que el padre tenga la oportunidad de reconocerlo, pues el juez se lo preguntara durante el proceso; no obstante, no sabemos cuál es grado de duda que pueda tener este hombre respecto de su paternidad, mismo que lo lleva a negarse; es más, existen personas que simplemente no quieren hacerse responsables para evitarse problemas familiares o de pareja, si es estuvieran en una relación sentimental.

Lo cierto, es que no tenemos políticas públicas que nos ayuden a generar conciencia sobre la responsabilidad paternal y maternal, solo tenemos algunos dispositivos normativos que promueven el cuidado frente a los hijos y que estos deben recibir un trato especial, pero la mayoría se queda en teoría, por estar compuestos por términos muy generales; por esta razón, creemos indispensable descentralizar y promover la paternidad responsable desde los sectores que llegan directamente al ciudadano, tales como: el sector salud y educación; siendo espacios

idóneos para trabajar con los padres de familia, adolescentes gestantes, enfocarnos en los niños y muchos trabajos eficientes.

QUINTO. - Habiendo advertido la diferencia entre hijos alimentistas e hijos no alimentistas, consideramos que merecen y deben ser tratados de manera igualitaria ante la ley, también por su progenitor (deber moral de tratarlo en igualdad) sin embargo, el artículo 874° del CC, prevé la facultad de gravar la libre disposición del causante, siempre que este hubiese tenido una sentencia de alimentos en favor del hijo alimentista.

Mencionamos un trato desigual, toda vez que esa libre disposición equivale a un tercio del conjunto de bienes a sucederse, la cual, va a ser congelada y dispuesta para el pago de alimentos del hijo alimentista, pues, aunque no este reconocido por su padre, existe la presunción de que lo sea, debido a que no se impugno la paternidad que se le responsabilizo en un proceso.

Entonces, vamos a suponer que el total de los bienes equivale a unos 10 mil soles y se tiene cuatro hijos matrimoniales y un hijo alimentista; de ahí se puede advertir lo siguiente, a los hijos matrimoniales les tocará dividirse el 70%, porque el otro 30% restante le corresponde al hijo alimentista; por lo tanto, a cada hijo matrimonial le corresponderá el equivalente a 17, 5%, mientras que, al otro un 30%.

En síntesis, dada la casuística de los 4 hijos matrimoniales y un hijo alimentista, es evidente que este último se beneficiara mejor por ostentar el estatus jurídico que tiene (hijo no reconocido), pues le corresponderá a la muerte de su posible padre un tercio de sus bienes para seguir satisfaciendo su pensión alimenticia.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – El concepto que se tenía de la legitima en el derecho germano, no dista de mucho del concepto que actualmente se maneja en la legislación peruana, pues era entendido como la reversa legal (una parte de los bienes) que no podía disponer el testador siempre que tuviese descendientes, ascendientes o cónyuge; es decir, era un derecho, de estos últimos, gozar de la herencia del testador.

De forma similar, hoy en día, el ordenamiento civil promueve la no deliberación de una parte de la herencia, siendo un límite impuesto al testador; no obstante, esta limitación no es absoluta, ya que, si puede disponer de hasta un tercio de su patrimonio, siempre que tuviese descendientes, cónyuge o un integrante sobreviviente de la unión de hecho, tal como estipula el artículo 725° del CC.

Es más, en el Derecho Germano la trasmisión de la herencia tenía un carácter forzoso y legal o *ab intestato*, lo que significa que el testador estaba limitado a realizar alguna modificación, carga o gravamen y, esto a su vez, favorecía al heredero, porque estaba protegido legalmente tal como lo están actualmente los herederos respecto de su testador.

Por ende, la legitima, tanto en Derecho Germano como en la legislación peruana actual tienen similares alcances y esto es visible, porque el primero es la génesis del segundo así, una idea general sería que, el testador no tiene la libertad de disponer libremente de todo su patrimonio, sino de parte de ella, porque se entiende que tiene responsabilidades que atender si es que tiene hijos, cónyuge o conviviente reconocido por la unión de hecho.

SEGUNDO. – En este apartado, vamos a desarrollar lo correspondiente a la naturaleza de la legítima, para lo cual debemos mencionar que existen dos sistemas preponderantes en el derecho sucesorio a la hora de enfatizar la facultad de disposición mortis causa de un individuo; por un lado, tenemos a aquella facultad que obliga al testador a guardar parte del patrimonio en favor de algunas personas; en contraste, esta la facultad que brinda libertad absoluta al testador para disponer de sus bienes.

Dado el contexto, la mayoría de sistemas jurídicos han adoptado por aquel que obliga al testador a reservar cierta parte de su patrimonio para ser entregado en calidad de herencia a sus herederos; así mismo el ordenamiento jurídico peruano ha optado, contrario a la libertad absoluta para testar, por la protección de la legítima; en términos más sencillos, **nos adherimos al régimen que reconoce la sucesión forzosa.**

En este mismo orden de ideas, es posible sintetizar, en relación a la naturaleza de la legítima, al *Pars hereditatis* y *Pars bonorum*, al primero, se la va a entender un derecho que nace como parte de la herencia y, al segundo, como un derecho personal; en nuestro país se tomó la forma de *Pars Hereditatis*, mismo que se sustenta necesariamente en quien tenga la calidad de heredero; por cuanto, si se pierde la calidad de heredero ya sea por renuncia, indignidad, entre otros, sencillamente desaparecerá el derecho a la cuota legitimaria.

Es posible que la naturaleza de la legítima varíe de acuerdo a los matices y elementos que cada legislación establece para regularla; por nuestra parte, la naturaleza de la legítima descansa en la calidad de heredero que tenga un individuo para ser considerado como tal y percibir su cuota legitimaria de acuerdo a ley;

además, esta condición se puede perder cuando es declarado indigno o cuando esta renuncia a la herencia.

En resumen, la legítima viene a ser un derecho que recae en las personas que tienen calidad de herederos y la herencia viene a ser el contenido de ese derecho primigenio, de este modo, la legítima es una figura que busca amparar el derecho de los herederos forzosos o conocidos también como legitimarios.

TERCERO. - En este numeral describiremos temas de trascendental importancia, tales como los deberes y derechos que se deben los ascendientes y descendientes de manera recíproca y conjunta, así como la desigualdad que podrían enfrentar los hijos alimentistas, cuando son varios, respecto de uno que no es alimentista, pero si es hijo matrimonial.

Tal como lo hemos evidenciado con mucho ímpetu, existen derechos y deberes legales que surgen de la filiación, es decir, del reconocimiento, ya sea automático cuando se trate de hijos matrimoniales o por sentencia judicial cuando son extramatrimoniales; mientras que, cuando un hijo no está reconocido, ni de manera voluntaria por su padre, ni por sentencia judicial, no puede exigir el cumplimiento de varios de los derechos y deberes que tiene su progenitor respecto de él.

Pero, cuáles son esos derechos y los deberes entre los ascendientes y descendientes, para ello vamos a recurrir al artículo 454°, el cual dispone: “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”; de manera equivalente, el artículo 418°, prescribe: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”, es más, el artículo 423° del CC, establece que los padres tienen el deber de dirigir el proceso educativo

de los hijos, tener a sus hijos en su compañía, representarlos en actos de vida civil, entre otros.

Sin embargo, el artículo 415° del CC, prevé que aquel hijo extramatrimonial no reconocido, solo puede pedir alimentos a la persona que ha tenido trato íntimo con su madre durante la época de la concepción, este derecho se extingue cumplido los dieciocho años.

Ahora bien, nos preguntamos por qué el padre no impugna la paternidad del menor que se le está responsabilizando, seguramente la primera respuesta sería, por el costo que implica practicar la prueba de ADN o porque tiene certeza de que sea hijo suyo, también puede ser por pura desfachatez de no querer aceptar que ha tenido un hijo fuera del matrimonio.

Cualquiera fuese la respuesta, creemos que está en juego más que la indecisión del padre, la del menor, puesto que este niño únicamente puede exigir una pensión de alimentos, mientras que el régimen de visitas no existe para él o ella, tampoco el derecho a comunicarse y tener contacto con su progenitor.

En síntesis, la figura de hijo alimentista, debería ser una de carácter temporal, mas no como viene siendo en la actualidad, pues existen hijos que nunca han sido reconocidos, simplemente han reclamado una pensión de alimentos hasta los dieciocho años y ahí ha terminado su derecho de alimentos, lo cual constituye una falta de respeto a la dignidad de la persona, así como a la misma persona (art. 1 de la Constitución).

CUARTO. - Habiendo advertido el carácter obligatorio que detenta el derecho de alimentos dispuesto en el artículo 474°, ahora debemos especificar la situación jurídica que tiene el denominado, hijo alimentista, así como las diferencias que existe entre estos y los hijos no alimentistas, pero cuando estos últimos son varios.

Así, como existen derechos y derechos en favor de los hijos alimentistas y los hijos matrimoniales, consideramos que los hijos no alimentistas también deberían tenerlo, pues no es su culpa que el padre sea un irresponsable, que no quiere cumplir con reconocerlo y asumir una responsabilidad parental adecuada con él o ella; tampoco es su culpa que la seguridad jurídica en este aspecto sea deficiente, pues el derecho no esta siendo capaz de obligar al padre a reconocer o demostrar la verdad sobre la paternidad del menor; tampoco el Estado brinda los recursos necesarios para dar una salida legal idónea al menor no reconocido, aun sabiendo que este debería recibir un trato especial, cuando sus derechos estén en conflicto con los de otros, todo ello, el orden al principio de interés superior del niño previsto en la convención de los Derecho del Niño, tanto como el Código Civil y el de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Lamentablemente, cuando se trata de un hijo extramatrimonial no reconocido, es decir, de un hijo alimentista solo podemos exigir, aparte de una pensión alimenticia, otros requerimientos, pero, apelando al ámbito moral de aquel progenitor, pues legalmente no es posible exigir más, ni siquiera un régimen de visitas, tampoco el derecho a suceder, esto es a hereder los bienes del padre cuando esta fallezca, entre otros.

Entonces, consideramos que el legislador peruano en su aparente intento de salvaguardar el derecho de alimentos del menor no reconocido, ha previsto el artículo 874° con la finalidad de gravar la libre disposición del causante para que sea utilizado como forma de pago a favor de los alimentos del hijo alimentista.

QUINTO. – Prosiguiendo con la descripción de los resultados, debemos enfocarnos en una mejor descripción de los elementos de la sucesión intestada, con el objetivo de conocer a profundidad el conjunto de derechos, obligaciones y la

trasmisión de bienes patrimoniales; entonces, son tres los elementos: el causante, los sucesores y la herencia.

El causante, viene a ser el centro (protagonista) de la trasmisión hereditaria, porque es la causa para que da inicio a la sucesión de los bienes; por esta razón, cuando no existe la figura del causante, es imposible hablar de los demás elementos, puesto que el derecho sucesorio se origina con el fallecimiento del causante.

Por otro lado, tenemos a los sucesores, estos son los personajes que tienen la condición de herederos, en términos más sencillos, son los llamados a recibir la herencia, además, porque así lo establece la ley, pudiendo tener la calidad de herederos o legatarios.

Pero, quienes son los legatarios y cuál es la diferencia con los herederos, si hasta este momento hemos venido hablando solamente de los herederos, estos son aquellas personas que sin tener vínculo de parentesco o de afinidad con el testador o causante han sido considerados por él en su testamento, debido al grado de familiaridad o de confianza que haya tenido en su vida; siendo un derecho que se establece solamente por testamento, lo que hace que sea un sucesor a título particular, mientras que los herederos son sucesores a título universal, por tener la condición de tales, esto es, por tener algún vínculo parental o afinidad.

Por último, tenemos al elemento denominado, la herencia, este viene a ser el conjunto de bienes sumado a las obligaciones, tales como deudas dejadas por el causante, siendo así el patrimonio, es posible dividirlo en pasivo y activo, respectivamente.

Por lo tanto, queda claro que existe un elemento principal (la muerte del causante) porque a partir de él giran los demás elementos o se pone en marcha la trasmisión sucesoria en favor de los herederos o legatarios.

4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMÁTICAS

4.2.1. Desigualdad entre un hijo alimentista y varios hijos reconocidos.

PRIMERO. – Tal como lo hemos advertido, para que inicie el derecho sucesorio o la transmisión de la herencia, tienen que preexistir tres elementos básicos, el causante, los sucesores y la herencia, siendo el elemento principal el causante, pues sin el fallecimiento de una persona no se podría derivar ningún sucesor y menos la herencia.

En tal sentido, a la muerte de una persona salen a relucir sus sucesores, así como su patrimonio, y decíamos que, dentro de los sucesores vamos a encontrar a los herederos y legatarios, los primeros son aquellas personas que suceden a título universal, porque tienen algún vínculo jurídico con el causante; mientras que los segundos, son aquellas personas que suceden a título particular, es decir, no tienen vínculo de parentesco o afinidad con el causante, pero este los coloca como sucesores debido a que los considera dignos de beneficiarse de su patrimonio.

Tomando en cuenta que, el heredero es considerado como tal por mandato legal, mientras que el legatario obtiene tal condición por voluntad del mismo testador, así mismo, el primero tiene derecho a recibir la herencia de la legítima, en cambio el legatario tiene derecho a recibir su herencia de la porción de libre disposición; es decir, de un tercio, si es que tiene descendientes y cónyuge, de la mitad, si solo tiene ascendientes, y de la totalidad si es que no tiene ningún heredero forzoso, tal como está prescrito en los artículos 725°, 726° y 727°, respectivamente.

Si esto es así, ahora nos preguntamos qué tipo de sucesor detenta el hijo alimentista cuando el causante ha fallecido; recordemos que el hijo alimentista es aquel individuo que ha nacido fuera del matrimonio y además no está reconocido por su padre, pero este le viene prestando una pensión de alimentos debido a que la

madre los ha requerido por vía judicial, porque ha tenido trato íntimo con tal hombre en la época de la concepción del menor, en términos sencillos, la madre tiene la certeza de que al hombre que esta responsabilizando la paternidad de su hijo, es el padre.

Ahora bien, conociendo la condición del hijo alimentista dentro del derecho de alimentos, debemos desglosar cual es la condición dentro del derecho sucesorio, es decir, si es legatario o heredero, en vista de lo que prescribe el artículo 874° del CC, mismo que establece la facultad de afectar la libre disposición del causante para que sea destinado al cumplimiento de la pensión de alimentos del hijo alimentista hasta los dieciocho años de edad.

A partir de lo que establece el dispositivo normativo antes descrito, podemos deducir que el hijo alimentista no puede suceder al causante en calidad de heredero, toda vez que no esta reconocido, ni de forma voluntaria, tampoco por sentencia judicial, lo que significa que no esta llamado por ley para suceder en calidad de heredero.

Entonces, si no ingresa a suceder como heredero, debemos deducir que lo hace en calidad de legatario, en el cual, no hace falta que voluntaria o legalmente haya sido reconocido por el causante, lo que no significa que no sea su hijo biológico, sino que, legalmente no lo es y, por ende, si podría suceder el hijo alimentistas a título particular.

No obstante, para que sea legatario, habíamos mencionado que es indispensable que este instituido dentro del testamento y, por supuesto, haya sido colocado por voluntad propia del testador; procedimiento distinto siguen los herederos, quienes suceden por automaticidad, es decir, no hace falta que hayan sido

considerados en el testamento, incluso no hace falta que el causante haya dejado un testamento.

Entonces, podemos afirmar que se rompe la regla general, es decir, excepcionalmente cuando el causante haya tenido fijada, por sentencia firme, una pensión de alimentos en favor de su hijo alimentista, es posible que se afecte la libre disposición de la herencia, para seguir cumpliendo con esa obligación en favor del hijo extramatrimonial no reconocido, pero si alimentista.

En síntesis, podemos afirmar que el hijo extramatrimonial no reconocido o hijo alimentista ingresa a suceder al causante sin tener la condición de heredero, ni de legatario, sino que lo hace por tener una condición sumamente particular, esto es, ser un alimentista no reconocido; esta condición no ayuda de mucho cuando se trata de establecer el régimen sucesorio que merece tener una persona, a causa de la irresponsabilidad de los padres, así como de la ineficiencia del Estado, un Estado que no es capaz de velar y proteger verdaderamente a la persona, sino más bien pasivo y tolerante de la irreflexión e insensatez de un presunto padre, mismo que no quiere reconocer o, en todo caso, impugnar su paternidad.

SEGUNDO. – En el anterior acápite, terminamos evidenciando la contrariedad que produce la figura de hijo alimentista, toda vez que atenta contra derechos fundamentales, tal como el derecho a la identidad, el respeto de la dignidad del menor, a permanecer o, por lo menos, relacionarse con sus padres cuando estos no estuviesen juntos.

De entrada, si es que hablamos de un hijo no reconocido, es porque hay un padre irresponsable y nos parece totalmente contraproducente que esta figura (hijo alimentista) sea de carácter permanente; creemos que el Estado debería entrar a tallar en estos asuntos y procurar su determinación, es decir, la determinación de la

paternidad del padre, mas no dejar vigente esta figura (hijo alimentista) por muchos años.

Decimos ello, porque de este modo se coadyuvaría con la determinación del estatus que tiene una persona que antes tenía la condición de hijo alimentista; en términos más fáciles, sabríamos con facilidad si es que estamos frente a un heredero forzoso o no, y entonces no se produciría todo un enredo, tampoco inequidad a la hora de suceder al causante.

No obstante, para establecer la paternidad y consecuentemente la filiación de una persona con otra debemos recurrir a la prueba de ADN o remitirnos a otras pruebas de validez científica de igual o mayor grado de certeza, tal como lo estipula el artículo 402°, inciso 6, del CC.

Ahora bien, cuando se realiza la demanda de filiación extramatrimonial, conforme a la Ley N° 30628, misma que modifica parcialmente a la Ley 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, debemos analizar los artículos 1°, 2° y 4° con la finalidad de evidenciar la regulación dispuesta por la nueva ley en materia de filiación extramatrimonial.

Recordemos, la Ley anterior, la N° 28457 es una ley que fue promulgada en diciembre del 2004, contexto en el cual era difícil acceder a la prueba de ADN, debido a su elevado costo; y lo que resultaba más complejo todavía, es que el artículo 2° de esta ley estableciera que, quien debía pagar el costo de tal prueba era el demandante; esto resultaba inaccesible para el demandante si era una persona de bajos recursos, además es posible que este demandando alimentos para su hijo, porque no le es posible cubrir esos gastos sola, en consecuencia, raramente se podía deslindar la paternidad de un hombre.

Debido a ello, surge la modificación con la Ley N° 30628, misma que proponía al demandado como la parte que asumiría el costo de la prueba de ADN; sin embargo, el mismo artículo 2° de la nueva ley, establece que, si el demandado no realiza el pago de la prueba en la audiencia, incluso, después de habersele dado una segunda oportunidad, esto es, haber extendido unos días más, se declara la paternidad. Además, dentro de las modificaciones que hacen los artículos, es indispensable mencionar que el artículo 1° de la nueva ley, establece la facultad para acumular accesoriamente a la filiación, la fijación de una pensión alimentaria.

A todo ello, es posible que ni el demandado, ni el demandante puedan cumplir con el costo de la prueba de ADN, precisamente, por no querer afrontar el costo o por no contar con los mismos; siendo el desenlace final, **la fijación de los alimentos en favor de un hijo no reconocido**; a esta figura, entonces, la legislación peruana ha denominado hijo alimentista.

Sin embargo, tolerar la irresponsabilidad y falta de compromiso de parte del demandado brindándole un comodín denominado, hijo alimentista, nos parece inconcebible, toda vez que se trata del bienestar del menor, la que al parecer no interesa, sino que solo hace falta alimentarlo, como si se tratara de un animal que solo necesita comer y vestirse, sin recibir afecto y apoyo emocional.

El poder coactivo del Estado, podría obligarlo a sacar un préstamo al presunto padre o, en todo, alguna entidad del mismo podría subvencionar el costo de la prueba, por su puesto, con la condición de que, si arroja un resultado positivo, sea el demandado quien revuelva los gastos y si es negativo, sea la parte demandante.

Por lo tanto, ha quedado evidenciado la frágil y vulnerable respuesta o definición que podría darle el Estado al menor de edad, pues ha visto por conveniente

generar una figura que remedia la situación, pero no la soluciona, más bien coadyuva con el no reconocimiento de un menor que no tiene la culpa de la irresponsabilidad de sus padres.

TERCERO. - Es más, se podría decir que esta figura atenta contra el interés superior del niño, toda vez que no está recibiendo un trato especial y prioritario por parte del Estado, ni de las entidades descentralizadas, como el Ministerio Público o el Poder Judicial; pues la prioridad del Estado debe ser desvirtuar la paternidad del padre, a fin de obligarlo a hacerse responsable del hijo que se le está inculcando, mas no dejarlo vivir (al menor) teniendo la condición (de hijo alimentista) por varios años, incluso, hasta producida la muerte del presunto padre o del presunto hijo.

Consideramos importante la determinación de la paternidad, porque está en juego el interés superior de un menor y este interés supremo del niño radica en la necesidad de establecer su filiación con aquel varón que tuvo trato íntimo con su madre en la época de su concepción y, que aun así (el presunto padre) no ha querido reconocer voluntaria, ni judicialmente a su hijo, tampoco tiene ánimos de colaborar con la solución del conflicto.

El principio de interés superior del niño tiene carácter tuitivo y debe ser tomado en cuenta al momento de deslindar conflictos o proponer normas que tengan relación con el estado del menor; por esta razón, el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece concretamente que en todas las medidas adoptadas por cualquier autoridad se deberá considerar como prioridad el mejor interés del menor; sin embargo, con la creación de la figura del hijo alimentista, mismo que tiene un carácter permanente, es notoria la dejadez del legislador con el menor no reconocido, pues su interés superior es saber quién es su padre biológico para exigirle el cumplimiento de las múltiples obligaciones que tiene como padre.

Entonces, ha quedado demostrado que el artículo 415° del CC, sumado a los demás artículos que se desprenden de la misma, tal como el 417° “Titular y destinatario de la acción”; 480° “Criterios para fijar alimentos”; 728° “Gravamen sobre la porción disponible”; entre otros que tengan relación con los citados dispositivos normativos contravienen al principio de interés superior del menor; aun cuando fuera una figura (hijo alimentista) que intenta salvaguardar el derecho de alimentos del no reconocido, creemos que no es posible sacrificar otros derechos de igual, menor o mayor jerarquía, como el derecho a conocer a sus padres y mantener contacto con ellos; todo lo contrario, el principio tuitivo implica la protección de la mayor cantidad de derechos y a su vez la búsqueda de la protección integral del menor.

En síntesis, no es posible priorizar un derecho, el de alimentos, pero sacrificar otros derechos que son igualmente importantes para el desarrollo integral del menor, por ende, la sola constitución de la figura del hijo alimentista es el inicio de múltiples quebrantamientos hacia derechos, tales como: el derecho a la herencia, a exigir el régimen de visitas y mantener comunicación de ambos progenitores.

CUARTO. – Habiendo advertido que, el artículo 415° genera múltiples inconvenientes con diferentes derechos del hijo no reconocido, tal como, lo dispuesto en el artículo 728° “Gravamen sobre la porción disponible”, mismo que guarda sistematicidad con el artículo 874° “Pago de deuda alimentaria”, ambos pertenecientes al CC; es indispensable demostrar que este último artículo genera desigualdad al momento de repartir la masa hereditaria entre el hijo no reconocido y los hijos reconocidos.

Antes de evidenciar la desigualdad que produce la aplicación del artículo 874°, vamos a iniciar demostrando la contrariedad de este dispositivo con el derecho

al respeto de la dignidad del menor no reconocido; para ello vamos a remitirnos al artículo 1° de la carta magna de nuestro país, mismo que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su dignidad y la dignidad hace referencia a la consideración o deferencia que debemos tener con las personas, por simple hecho de ser humanos.

Es más, el respeto de la dignidad implica tratar a las demás personas sin mediar menosprecio, degradación o estigmatización, tal como, afirma el autor BVerfGE citado por Gutiérrez y Sosa (2013), se ha considerado: [por ejemplo] “que solo se da una violación a la dignidad de la persona cuando **al tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva**. Solo cuando el tratamiento constituye “**expresión del desprecio**” de la persona” (p. 28) [El resaltado es nuestro]; el autor e pretende explicar, básicamente, para considerar la violación a la dignidad es necesario identificar la presencia del trato como objeto y un trato subjetivo que denote menosprecio hacia la persona, recién allí podemos considerarla como tal.

Ahora bien, el trato como objeto hacia el menor no reconocido es evidente, toda vez que, solamente se satisface sus derechos parcialmente, de alimentos, olvidándose de que un ser humano, que para su desarrollo integral, no solo necesita comer y vestirse, sino también requiere del apoyo emocional, el afecto, los consejos de una figura paternal. Lo que es peor, una vez constituido la figura del hijo alimentista, es complejo saber cuál será la suerte de esta persona, cuando fallece el hombre que le viene prestando los alimentos o si este se enferma, pues sencillamente, como no esta reconocido, no tiene derecho a exigir la herencia, tampoco a exigir alimentos a los abuelos de su padre, entre otras limitaciones más; en consecuencia, existe un claro ánimo de tratar al menor no reconocido como un mero objeto (se satisface parcialmente sus necesidades), además, se evidencia un aparente

menosprecio hacia el menor que no ha tenido la suerte de tener padres responsables y la protección que brinda el artículo 874° no es suficiente ni eficiente, pero más adelante demostraremos lo dicho.

Por otro lado, vamos a evidenciar el trato desigual que genera la aplicación del artículo 874° entre los hijos reconocidos y un hijo alimentista, para lo cual es necesario remitirnos al artículo 2°, inciso 2, de la Constitución peruana, misma que describe: toda persona tiene derecho a ser tratado de manera igualitaria ante la ley, no obstante, si es posible la existencia de discriminación, excepcionalmente, cuando hay una justificación de por medio y esta sea visible a los ojos de todos; por ejemplo, los niños, debido a su minoría de edad tienen un principio llamado “interés superior del niño”, el cual establece el trato especial y prioritario que debe tener, cuando sus derechos están enfrentados a derechos de terceras personas, incluidos, los de sus padres y del propio Estado, por su puesto, previa motivación del Juez o autoridad competente.

Concretamente, la desigualdad que estamos explicando se deriva del artículo 874°, siendo la siguiente situación, al fallecer una persona que tenía un hijo alimentista y varios hijos reconocidos, estos últimos serán llamados a suceder la herencia de forma particular; primero, los hijos reconocidos exigirán el reparto de la masa hereditaria (bienes y deudas del causante) a título universal, porque la ley establece que son herederos de primer orden, los hijos y demás descendientes (816° del CC); mientras que, el hijo no reconocido, no podrá constituirse como tal porque legalmente no es hijo del causante, aunque biológicamente si lo sea, no lo sabemos; por este motivo, es que el legislador ha propuesto al artículo 874°, mismo que establece lo siguiente: “La pensión alimenticia a que se refiere el Artículo 728° es deuda hereditaria que grava en lo que fuere necesario la parte de libre disposición de

la herencia en favor del alimentista (...)” y el artículo 728°, prescribe: “ Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al Artículo 415°, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla”.

Fallecido el padre, tanto del hijo alimentista como de los reconocidos, se procederá a gravar el 30% de los bienes, siendo el tercio de libre disposición la que responderá por el pago de la obligación alimenticia que tenía el causante con su hijo alimentista, quedando un 70% que será repartido entre los hijos matrimoniales o sucesores de primer orden. Sin embargo, que pasaría si son cuatro hijos reconocidos los que se tiene que repartirse el 70% de la herencia, a cada uno le tocara una porción ascendiente al 17.5 %; por ende, el hijo alimentista se verá mejor beneficiado con la herencia del causante, pues se gravara, si es posible, todo el 30% a su favor, pero esto va a depender de la edad que tiene, tomando en cuenta que la prestación alimenticia no debe pasar de los dieciocho años de edad.

En síntesis, ha quedado demostrado la discriminación existente entre los hijos reconocidos y el hijo alimentista, pues cuando se trata de un solo hijo alimentista, este recibirá mayor porcentaje de bienes (30%), frente a varios hijos reconocidos (70%) quienes deberán dividirse lo restante, quedado una suma inferior a la del hijo no reconocido.

4.2.2. Desigualdad entre varios los hijos alimentistas y un hijo reconocido

PRIMERO. – De entrada, debemos afirmar que, recién será posible exigir la herencia, cuando haya fallecido el padre del hijo alimentista y de los reconocidos, antes es imposible, porque mientras este vivo una persona tiene todo derecho de disponer libremente de sus bienes; es decir, puede venderlos, hipotecarlos, alquilarlos, usufructuarlos, incluso, puede donarlos; pues esta ejerciendo su derecho a la propiedad.

Si esto es así, qué sucede si el padre fallece y no ha dejado ningún bien registrado a su nombre, pues había vendido todos sus bienes con la idea de emprender un negocio, pero lamentablemente falleció en un accidente, se quemó todo y, finalmente, no han quedado bienes, sino más bien deudas.

Dado el contexto del conflicto será posible que los hijos tanto el alimentista como los matrimoniales inicien un proceso para recuperar los bienes vendidos, valiéndose de la restricción que tenía su padre, para no disponer de todos sus bienes siempre que tuviese hijos, limitación que su padre no ha tomado en cuenta, sino que ha vendido todos los bienes, cuando solo debía disponer de un tercio de estos.

No obstante, muchas personas confunden esta restricción pensando que sus padres no pueden disponer libremente de sus bienes, porque la ley establece la intangibilidad de cierta porción de patrimonio en función a los parientes que tenga una persona; claro, si la disposición de bienes que están intentado ejecutar sus padres o uno de ellos es en uso de sus facultades, será bueno; de lo contrario, uno de los hijos podría impedir este acto, demostrando que no están en uso de razón.

De ahí, se podría deducir que la restricción sobre la disposición de los bienes establecido por el código sustantivo hacia una persona, recién inicia cuando este haya fallecido o cuando estando vivo ha decidido dejar un testamento; al momento de redactar el testamento, el testador deberá tomar en consideración la limitación que establecen cada uno de los artículos 725°, 726° y 727°, dispositivos que regulan la porción de bienes que pueden ser entregados a personas ajenas a los herederos forzoso, quienes adquieren, una vez nombrados en el testamento, el nombre de legatarios.

Por lo tanto, una primera acepción es que el hijo alimentista no está protegido íntegramente por el Código Civil, sino que su protección dependerá de la suerte que

tenga, es decir, del no fallecimiento de su presunto padre, porque si este llegara a fallecer y, además, de mala fe, no ha dejado ningún bien a su nombre, será complicado que el hijo alimentista pretenda exigir la devolución de los bienes que el posible progenitor ha dispuesto estando vivo, tampoco podrá exigir el cumplimiento de la prestación alimenticia a los ascendientes y descendientes en línea paterna, tal como lo expresa el artículo 480° del mismo cuerpo de leyes.

SEGUNDO. – Cambiando la situación del menor no reconocido (hijo alimentista) es posible que el padre si haya dejado bienes al momento de su muerte, estos bienes tendrán que ser sucedidos a sus herederos tal como lo manda la ley, con el objetivo de conservarlos o continuar con el tráfico comercial que siguen los bienes.

Dado el contexto, en donde el padre si ha dejado bienes, los mismos que deben pasar a ser propiedad de sus herederos, porque tienen legitimidad, pero esta vez, vamos a suponer que solamente tenía un hijo reconocido y tres hijos alimentistas, es decir, tres hijos no reconocidos a quienes venía prestando alimentos.

Entonces, tenemos a tres hijos alimentistas y un solo hijo reconocido, este último será el único heredero universal, claro esta, si es que no hay otros descendientes, ascendientes o cónyuge; mientras que los hijos no reconocidos, no formaran parte del orden sucesorio, debido a que legalmente no tienen legitimidad para suceder en calidad de herederos al causante.

Empero, el conflicto no termina ahí, ya que estos tres hijos alimentistas, tienen solamente derecho a exigir se grave la libre disposición del causante, es decir, un 30% de su patrimonio para darle continuidad al pago de la pensión de alimentos hasta donde fuere necesario; entonces, a cada hijo alimentista le tocará un 10%, mientras que al hijo reconocido un 70%, desprendiéndose una enorme desigualdad entre los hijos.

Aunque aparentemente, existan argumentos que justifican la separación de los hijos alimentistas con los reconocidos, consideramos que no es posible tolerar tamaña discriminación, porque aun cuando, legalmente, no este demostrado el vínculo consanguíneo de los alimentistas con su padre, es posible que, si sean sus hijos biológicos y, por ende, deben ser tratados como herederos universales también.

Por lo tanto, ha quedado demostrado nuevamente la desigualdad que plantea el artículo 874°, pues cuando los hijos alimentistas son más numerosos que los hijos reconocidos, los primeros sufrirán la desventaja de dividirse solamente el 30% del patrimonio, en cambio el otro se verá más beneficiado; la desproporción se modifica a favor del hijo alimentista si es que solo hay uno, pero varios hijos reconocidos.

TERCERO. - Con esta postura no queremos mostrarnos en contra de la figura del hijo alimentista, porque entendemos que es una figura que cumple una finalidad y este fin es salvaguardar el derecho de alimentos que tiene un menor que, por motivos diversos, como por ejemplo la incapacidad para cubrir los gastos de la prueba, resulta complejo establecer la filiación con su padre.

El presunto padre, a quien se le esta exigiendo cumplir con la prestación alimenticia es probable que, si lo sea, toda vez que la madre realiza la demanda en representación de su hijo y, seguramente lo hace, porque tiene la certeza de que así sea.

Tal como lo hemos mencionado en el numeral anterior, es indispensable recurrir a un medio probatorio que genere certeza sobre lo afirmado, sin embargo, hoy en día parece ser un pretexto el hecho de no asumir el costo de la prueba, toda vez que ya no tiene un costo elevado, como sí lo era hace diez o quince años atrás; en consecuencia, creemos que se debería sancionar civilmente al padre o a la madre que no estaba en razón sobre la paternidad del menor.

La sanción civil que proponemos para el padre que no tenía razón consiste en lo siguiente, si la madre afirmaba que tal persona era el padre y este debía hacerse cargo, pero el resultado no es coherente con su afirmación, debería devolver el costo de la prueba más una indemnización, mientras que, si el resultado concuerda con su afirmación, el padre debería asumir con los gastos y, además, pagar una indemnización por negarse a asumir su responsabilidad.

Por lo tanto, como ninguno de los dos tiene un ultimátum que los incentive a actuar de buena fe y con premura, sobre todo, para el padre que no colabora con el deslindamiento del conflicto, siendo evidente que terminen burlándose de la justicia y, lo que es peor, termine perjudicando los derechos fundamentales de un menor indefenso. Esto, a su vez, desencadena la imposibilidad de continuar con sus estudios superiores (del hijo o hijos alimentistas) porque solamente es posible percibir los alimentos hasta los dieciocho años, mas no sucede la extensión de dicha prestación cuando se están cursando estudios con éxito, como si pueden exigir los hijos matrimoniales.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El trabajo de investigación ha demostrado que, el artículo 874° del Código Civil, es un dispositivo normativo que no promueve el trato igual entre los hijos, ya sean hijos reconocidos, extramatrimoniales reconocidos e hijos alimentistas o no reconocidos, debido a, la protección sucesoria que merece cada uno de estos, después de fallecido el padre, tanto como el derecho de alimentos que debería continuar en favor del hijo alimentista es deficiente, pues unos serán más beneficiados que otros con la herencia, y en realidad, esto va a depender de la cantidad de sujetos que vaya a ver de cada lado.

En términos más sencillos, cuando existe solo un hijo alimentista y tres o cuatro hijos reconocidos, estos últimos tendrán que repartirse la parte intangible que dejó el causante en su favor, siendo un equivalente al 70%, siempre tenga hijos u otros descendientes, por ende, este 70% deberá ser dividido entre los cuatro hermanos obteniendo cada uno un 17.5% de porción de bienes; mientras que el hijo alimentista será beneficiado con el 30%, es decir, con la porción disponible hasta donde fuera necesario.

La situación de desigualdad, desplegada por el artículo 874°, se da de manera diferente, cuando se invierte la cantidad de personas o hijos, es decir, si en vez de cuatro hijos reconocidos solo hay uno y, más bien, hay tres hijos alimentistas, es posible que el reparto del patrimonio se dé de forma desigual, ya que, el heredero universal gozará del 70% de patrimonio; mientras que los otros tres se repartirán del tercio de porción disponible del causante, percibiendo un aproximado de 10% cada uno.

Por todo lo mencionado con anterioridad, afirmamos que el artículo 874° del CC, es un dispositivo que va en contra el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, mismo que promueve el derecho a la igualdad ante la ley, además, que ninguna persona debe ser discriminado por alguna condición o motivo de cualquier índole; no obstante, el hijo o hijos

alimentistas van a ser discriminados, tanto como los hijos reconocidos, porque habrá un reparto desproporcionado del patrimonio del causante.

Así mismo, el articulado en cuestión contraviene al artículo 235° del Código Civil, el cual establece, todos los hijos tienen iguales derechos; sin embargo, no faltara quien diga que el hijo alimentista no debe ser considerado como tal, porque no está reconocido como hijo legalmente; pero el hecho de no estarlo, no significa que no sea el padre, tampoco que lo sea, pero hay cierta presunción emplazada por la madre del menor.

Por tanto, existe deficiencia en la norma del artículo 874°, sumado a todos los artículos que guardan relación con ella, como el 415°, 728°, 480°; así mismo, la responsabilidad de los padres también es trascendental al momento de establecer la filiación del menor, pues si ambos se hicieran responsables y asumirían su obligación parental, no tendríamos conflictos a la hora de repartir la herencia.

Por otro lado, este artículo 874° termina vulnerando al derecho de respeto a la dignidad de toda persona; primero, porque la condición de hijo alimentista, si bien, implica la exigencia de alimentos, pero un ser humano no puede desarrollarse íntegramente con solo comer y vestirse, pues necesita de otro soporte, como el afectivo y emocional; por esa razón, mencionamos, para que se constituya una violación a la dignidad es indispensable que concurren copulativamente el trato como objeto, así como una finalidad subjetiva, es decir, la intención de menospreciar a la persona; presupuesto que se da en el caso del hijo alimentista, pues su único error es no estar reconocido por su padre, por irresponsable e irreflexivo.

Pero, la discriminación más grande se da cuando ocurre la muerte del presunto padre, momento en el cual, la prestación alimenticia a la que estaba obligado se convierte en duda hereditaria que grava en lo que fuere necesario la libre disposición de la herencia, esto se planteó por el legislador peruano, con el objetivo de no dejar desamparado al hijo alimentista o no reconocido; empero, al final igualmente se deja en completo abandono al hijo alimentista,

toda vez que, va a percibir una pensión, proveniente de la libre disposición del causante, solamente hasta cumplir los dieciocho años, después de ello será la suerte la que lo acompañara, porque la prestación de alimentos no se extiende en estos casos (art. 415°), como si lo hace con los hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos; es decir, si estos últimos continúan sus estudios con éxito, es posible que subsista la obligación, incluso, hasta los veintiocho años; siendo este un beneficio de gran ayuda para los hijos reconocidos, pero no para los que son hijos alimentistas.

Por último, nuestra investigación encuentra respaldo con autores como Isidro (2018) con su tesis titulada: Porción Legítima: El nuevo régimen de legítima hereditaria argentino, ¿una restricción al derecho de los legitimarios o una ampliación del derecho de disposición del causante?, cuya relación se asemeja con nuestra investigación, porque él respalda el derecho de disposición que tiene el testador, mismo que puede dárselo a terceros ajenos a su núcleo familiar, de manera similar, nosotros no estamos en contra de la disposición de bienes del causante, claro hasta donde la ley lo permita, sino que estamos cuestionando la forma en que se reparte el patrimonio del causante entre los hijos reconocidos con el hijo alimentista.

Luego, tenemos a la tesis titulada: Regulaciones de las pensiones alimenticias, por Orozco (2015), cuya relación con nuestra tesis reside en la importancia de establecer criterios y procedimientos claros para exigir la prestación alimenticia, toda vez que la ausencia de estos trae múltiples conflictos a la hora de aplicar una norma, tal como sucede con el artículo 874° del Código Civil peruano.

Finalmente, coincidimos con investigaciones peruanas, tal como: Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria” por Carrasco (2019), quien resalta la figura de la legítima y, a su vez, la restricción que establece la libre disposición del testador, bajo el argumento de promover la protección de los integrantes del núcleo familiar, quienes son los sobrevivientes y los llamados a suceder al causante, pero, además, estamos proponiendo que la

figura del hijo alimentista sea de carácter temporal, esto con la finalidad de deslindar quien es su padre y, además, tenga los mismos derechos que sus hermanos. Por otro lado, la tesis: “La institución de la Legítima como restricción de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú”, por León (2019), cuyo aporte radica en la necesidad de fortalecer la libertad de testar, por encima de la libertad de disponer libre y voluntariamente de sus bienes, así como del derecho a la propiedad, aporte que coincide con el nuestro, porque consideramos indispensable que la persona que tiene responsabilidad frente a otros, como un padre, debe guardar cierta porción de bienes para continuar satisfaciendo las necesidades de sus hijos, siempre que el ya no pueda satisfacerlos.

Para terminar, exhortamos a los investigadores interesados en esta materia pudieran estudiar el artículo 874° y los demás que guardan sistematicidad como, por ejemplo, el artículo 415° y 728°, ambos del código sustantivo; mismos que generan la figura del hijo alimentista o no reconocido, lo que a su vez conlleva a la desproporción de bienes que les tocara a los hijos reconocidos con los no reconocidos, al momento de repartir el patrimonio de causante.

PROPUESTA DE MEJORA

Como consecuencia de lo mencionado es necesaria la derogación del artículo 728° del Código Civil peruano y consecuentemente la modificación 874, el rece de la siguiente manera:

“La pensión alimenticia a que se refiere el artículo 415 es deuda hereditaria, por lo que, si en caso el deudor alimentista haya fallecido sin haber reconocido al hijo alimentista, éste último formará parte de la masa hereditaria como un hijo más, siempre que cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Si fuera posible con el cadáver del deudor alimentista realizar una prueba de ADN en comparación con el hijo alimentista y el resultado sea positivo respecto al vínculo paterno-filial, entonces para que se cumpla esta condición, si en caso existiera herederos forzosos, la carga de la prueba recae sobre ellos y si no existiera heredero alguno, el Estado brindará el subsidio respectivo, de tal modo que, si ni los herederos forzosos, ni el Estado hacen el respectivo descargo, se asumirá por *iuris tamtum* se presumirá que el hijo alimentista es hijo biológico del deudor alimentista. Para el presente caso, la acción de contradecir con la prueba de ADN será imprescriptible, mientras que el tiempo para que opere la presunción paterno-filial, si no hubiere oponibilidad será de 30 días hábiles de notificado a las partes.
2. Si en caso no fuera posible encontrar el cadáver del deudor alimentista a fin de realizar una prueba de ADN y hacer comparación con el hijo alimentista, por *iuris tamtum*, el hijo alimentista se presumirá que es hijo biológico del deudor alimentista”

CONCLUSIONES

- En síntesis, ha quedado demostrado la discriminación existente entre los hijos matrimoniales y el hijo alimentista, pues cuando se trata de un solo hijo alimentista, este recibirá mayor porcentaje de bienes (30%) del patrimonio del causante; mientras que varios hijos reconocidos y llamados a suceder por ley deberán dividirse lo restante (70%), quedado una suma, para cada uno, inferior a la del hijo no reconocido.
- Ninguno de los dos tiene un ultimátum que los incentive a actuar de buena fe y con premura, sobre todo, para el padre que no colabora con el deslindamiento del conflicto (sobre la paternidad), siendo evidente que terminan burlándose de la justicia y, lo que es peor, termina perjudicando los derechos fundamentales de un menor indefenso. Esto, a su vez, desencadena la imposibilidad, para el hijo alimentista, de continuar con sus estudios superiores, porque solamente es posible percibir los alimentos hasta los dieciocho años, mas no sucede la extensión de dicha prestación cuando se están cursando estudios con éxito, como si pueden exigir los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, pero reconocidos.
- Por lo tanto, ha quedado evidenciado la frágil y vulnerable respuesta o definición que podría darle el Estado al menor de edad, pues ha visto por conveniente generar una figura que remedia la situación, pero no la soluciona, más bien coadyuva con el no reconocimiento de un menor que no tiene la culpa de la irresponsabilidad de sus padres.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda al Poder Legislativo la derogación del artículo 728° del Código Civil peruano y consecuentemente la modificación 874.
- Se recomienda la publicación de los resultados en seminarios y conferencias versados en Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.
- Se recomienda a los operadores del derecho al momento de implementar, debatir o argumentar en una demanda las normas que serán motivo de modificación y su derogación, no tergiversar que se le esta desprotegiendo o sobreprotegiendo al hijo alimentista, sino que se esta dando el status quo que la norma en su momento no ha previsto la desproporcionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, B. (2008). Alimentos, La Familia en el Código Civil peruano (393-436). Lima. Ediciones Legales
- Aparicio, I. (2017). Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual código civil español: posibles soluciones para los pleitos de familia (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/48049/1/T40030.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Bejar, O. (2017). *La Exclusión De Los Herederos Forzosos De La Masa Hereditaria En El Trámite De La sucesión Intestada Notarial y La Insuficiencia Normativa Del artículo 39° de la Ley 26662* (Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú). Recuperado de: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/6714/Bejar_Hanco_Oscar_Ze_non.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Primera Edición. Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta.
- Carrasco, D. (2019). “*Análisis de los Límites Jurídicos a la Libre Disposición Testamentaria*” (Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú). Recuperado de: https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/625886/CARRASCO_L_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Código Civil. (25/07/1984). Decreto Legislativo N° 295
- Código de los Niños y Adolescentes. (07/08/2000). Ley N°27337
- Código Procesal Civil. (04/03/1992). Decreto Legislativo N° 768

- Constitución Política del Perú. (30/12/1993).
- Córdova, E. (2018). Hijos alimentistas y patria potestad (Tesis para título de abogado, Universidad, San Pedro, Huaraz, Perú). Recuperado de http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/10647/Tesis_61248.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Suprema de la Justicia de la Republica. (05/11/2001). Casación N° 432-2001 Huancavelica
- Corte Suprema de la Justicia de la Republica. (02/04/2007). Casación N° 870-06 Puno
- Cortez, C, Quiroz, A. (2014). Patria potestad. En Gaceta Civil & Procesal Civil, Patria Potestad, Tenencia y Alimentos (pp. 159-182). Lima: Imprenta Editorial el Búho E.I.R.L.
- Esteban, E. (2015). *Compilado de Derecho De sucesiones*. Primera Edición. Chimbote- Perú: ULADECH.
- García, S. (2019). *El Interes superior del niño y sus límites*. Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, (23), 240-268. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/434>
- Gómez, A. (2014). Derecho de alimentos para el mayor de edad. En Gaceta Civil & Procesal Civil, Patria Potestad, Tenencia y Alimentos (pp. 183.194). Lima: Imprenta Editorial el Búho E.I.R.L.
- Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Isidro, R. (2018). *“Porción legitima”*: el nuevo régimen de legitima hereditaria argentino ¿Una restricción al derecho de los legitimarios o una ampliación al derecho de

- disposición del causante?* (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Siglo 21, Córdoba Argentina). Recuperado de:
<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15844/ORTIZ,%20RICA%20RDO%20SIDRO.pdf?sequence=1>
- Lohman, G. (1995). *¿Es la Legítima Herencia Forzosa?* (y otras reflexiones a propósito de los Artículos 723° y 1629° del Código Civil). IUS ET VERITAS, 5(10), 31- 49. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15474>
- León, J. (20198). *“La Institución de la Legítima como restricción de derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú* (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Privada del Norte, Cajamarca, Perú). Recuperado de:
<https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/23605>
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Maldonado, R. (2014). Regular taxativamente la obligación alimentaria en una unión de hecho propio (Tesis para grado de maestro en derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú). Recuperado de
http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/805/1/MALDONADO_RENZO_OBLIGACION_ALIMENTARIA_HECHO_PROPIO.pdf
- Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.
- Navarro, A. (2018). *Formas de Disponer la Legítima* (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad San Pedro, Huacho, Perú). Recuperado de:
<http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/11695>
- Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

- Orozco, G. (2015). Regulación de las pensiones alimenticias en Nicaragua. *Revista de derecho*, 2016 (N° 19), 4-29. Recuperado de <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i19.2317>
- Osorio, M. (2011). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Pérez, M. (1993). *La Atribución Patrimonial Concreta: El Legado desde la Perspectiva del Heredero y el Legatario*. Dialnet, (11), 545- 556. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119326.pdf>
- Pérez, R. (2019). *Filiación Extramatrimonial y el Derecho Alimentario*, 2019 (Tesis para título de abogado, Universidad Peruana de las Américas, Lima, Perú). Recuperado de <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/bitstream/handle/upa/767/FILIACI%C3%93N%20EXTRAMATRIMONIAL%20Y%20EL%20DERECHO%20ALIMENTARIO%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reyes, N. (1999). Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 1999 (N° 52), 773-801. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6433>
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.
- Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.
- Varsi, E. (2012). Alimentos. En *Gaceta Jurídica S.A. (Primera Edición), Tratado de Derecho de Familia: Derecho familiar patrimonial, Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar* (pp. 417-482). Lima: Imprenta Editorial el Búho E.I.R.L.

Varsi, E. (2014). La decadencia y terminación de la patria potestad. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Patria Potestad, Tenencia y Alimentos (pp. 53-79). Lima: Imprenta Editorial el Búho E.I.R.L

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL		
¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano?	Analizar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano	El gravado de la Porción de la libre disposición hereditaria del causante <u>influye de manera negativa</u> para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano, porque no permite una correcta distribución de la masa hereditaria entre hijos alimentistas y los hijos reconocidos.	<p>Variable 1 Gravado de la libre disposición hereditaria</p> <p>Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Legítima • Heredero <p>Variable 2 Cumplimiento de las obligaciones alimentarias</p> <p>Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hijos alimentistas • Hijos no alimentistas 	<p>Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo.</p> <p>Diseño de investigación Observacional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p>Método General Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p>Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un hijo alimentista en el Estado peruano?	Identificar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un hijo alimentistas en el Estado peruano.	El gravado de la libre disposición hereditaria del causante <u>influye de manera negativa</u> para el cumplimiento de la obligación alimentaria de un hijo alimentista en el Estado peruano, porque la distribución de la masa hereditaria es al azar, a razón de la cantidad de hijos reconocidos.		
¿De qué manera influyen el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano?	Determinar la manera en que influye el gravado de la libre disposición hereditaria del causante para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano.	El gravado de la libre disposición hereditaria del causante <u>influye de manera negativa</u> para el cumplimiento de la obligación alimentaria de sus hijos alimentistas en el Estado peruano, porque la distribución de la masa hereditaria es al azar, a razón de la cantidad de un hijo reconocido y varios alimentistas.		

INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

..... [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

La información va a ser recolectada mediante el uso de la ficha textual, de resumen y bibliográfica, además será útil incluir un análisis formalizado o de contenido, con el propósito de disminuir la subjetividad que se crea al momento de interpretar indistintamente los textos, de tal forma que nos encontremos listos para analizar las características únicas y relevantes de ambas variables de estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo que, se utilizará el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL: El legado

DATOS GENERALES: Pérez, M. (1993). *La Atribución Patrimonial Concreta: El Legado desde la Perspectiva del Heredero y el Legatario*. Dialnet, (11), 545- 556. Página 147

CONTENIDO: La atribución de un valor hereditario por causa de muerte y a título singular, que el causante ordena en testamento directamente a favor de una persona y a cargo del heredero”

FICHA RESUMEN: Derecho de los Herederos Voluntarios

DATOS GENERALES. Esteban, E. (2015). *Compilado de Derecho De sucesiones*. Primera Edición. Chimbote- Perú: ULADECH. Página 89

CONTENIDO: La noción de legítima ligado al de heredero forzoso tiene una excepción, en la cual se le otorga similar derecho al heredero voluntario, en consecuencia, quien tiene la libre disposición de todos sus bienes puede nombrar uno o varios herederos voluntarios, empero, en ese caso, la parte que les toque a éstos en conjunto no puede ser inferior a la cuarta parte de la herencia tal como se establece en el artículo 771° del Código Civil peruano, es la figura que se conoce con el nombre de cuarta falcidia.

FICHA TEXTUAL: Obligaciones Alimentarias

DATOS GENERALES: Varsi, E. (2012). Alimentos. En Gaceta Jurídica S.A. (Primera Edición), Tratado de Derecho de Familia: Derecho familiar patrimonial, Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar (pp. 417-482). Lima: Imprenta Editorial el Búho E.I.R.L. Página 420

CONTENIDO: Es el deber impuesto jurídicamente a una persona de asegurar su subsistencia de la otra; como toda obligación, implica la existencia de un acreedor y de un deudor, con la particularidad de que el primero está, por hipótesis en necesidad y el segundo en condiciones de ayudar

Inevitablemente la investigación planteada será planteada a partir de la argumentación jurídica, como parte esencial de la información documental, de donde se sacarán las premisas y conclusiones, las que a su vez nos otorgarán un conjunto de propiedades útiles. Aranzamendi (2010, p. 112). De este modo, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como bases premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, ya que, únicamente los ánimos suficientemente y razonadas nos llevarán a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, con el fin de conducirnos a un estudio luminoso e ilustre, y así se obtenga una conclusión con información comprensible.

Tomando como referencia cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los variados textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204) así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico dogmático (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una Operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Gravado de la libre disposición hereditaria	Legítima
	Herederos
Cumplimiento de las obligaciones alimentarias	Hijo alimentista
	Hijos alimentistas
	Deberes y derechos

La variable 1: “Gravado de la libre disposición hereditaria” se ha correlacionado con las dimensiones del Cumplimiento de las obligaciones alimentarias a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: Variable 1 (Gravado de la libre disposición hereditaria) + Dimensión 1 (Hijo alimentista) de la variable 1 (Cumplimiento de las obligaciones alimentarias)

Segunda pregunta específica: Variable 1 (Gravado de la libre disposición hereditaria) + Dimensión 2 (Hijos alimentistas) de la variable 1 (Cumplimiento de las obligaciones alimentarias)

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

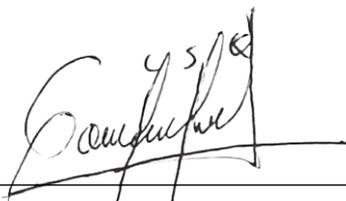
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL

Por la naturaleza de la investigación, es que se tuvo que analizar el ordenamiento jurídico peruano, específicamente el código civil, no se ha requerido (como se ha evidenciado) de entrevistas a profundidad, fichas de cotejo, pero si el análisis documental, el cual ya se ha explicado en las secciones precedidas, es decir, sobre el cómo se procede a realizar su recolección, codificación y proceso de contrastación argumentativa.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo Gabriela Celeste Solano Quispe, identificada con DNI N° 48095638, domiciliada en el Psj. Valladolid N° 147, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “Crítica al gravado de la libre disposición hereditaria para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 18 de agosto del 2021.



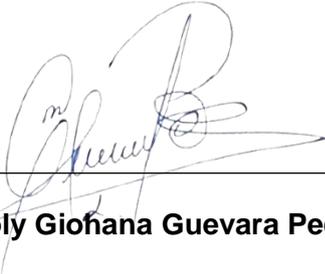
Gabriela Celeste Quispe Solano

DNI 48095638

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo Maroly Giohana Guevara Pecho, identificada con DNI N° 72785265, domiciliada en el Jr. San Mateo 131, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “Crítica al gravado de la libre disposición hereditaria para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 18 de agosto del 2021.



Maroly Giohana Guevara Pecho

DNI 72785265