



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

XVIII CURSO DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL
Monografía para obtener el Título Profesional de Abogado

¿TE PUEDEN DESHEREDAR POR MALTRATAR FÍSICA O
VERBALMENTE A TU MADRE O PADRE AFÍN?

NUM.1 DEL ART. 744 CC.

Presentado por:

JACK BRAYAN ROMERO ORDOÑEZ

Cajamarca, febrero del 2019.

Agradezco en primero lugar a Dios y a mis padres por brindarme la oportunidad de poder ser un profesional de Derecho, en segundo lugar agradezco a mis maestros y amigos que supieron aconsejarme y guiarme en las sendas de la enseñanza y la vida.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
TÍTULO	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	7
1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA	7
1.2. JUSTIFICACIÓN	8
1.3. OBJETIVOS.....	9
1.3.1. Objetivo general	9
1.3.2. Objetivos específicos.....	9
1.4. METODOLOGÍA	9
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	10
2.1. SUCESIÓN EN DERECHO	10
2.2. LA MASA HEREDITARIA.....	12
2.3. CLASES DE SUCESIONES	16
2.3.1. Sucesión testamentaria o testada	16
2.3.2. Sucesión intestada o legal.....	19
2.4. CLASES DE TESTAMENTOS.....	21
2.4.1. Testamento en escritura pública.....	21
2.4.2. Testamento cerrado	22
2.4.3. Testamento ológrafo.....	23
2.4.4. Testamentos especiales: militar, marítimo y el otorgado en el extranjero.	24
2.5. LEGÍTIMA Y PORCIÓN DISPONIBLE	25
2.6. HEREDEROS.....	28
2.7. DESHEREDACIÓN.....	32
2.7.1. Concepto e implicancia	32
2.7.2. Fundamentos para desheredar	33
2.7.3. Vulneración del derecho constitucional a la familia, principal fundamento para desheredar.....	35
2.7.4. La familia ensamblada y los padres afines.....	39
2.7.5. ¿Quiénes pueden ser desheredados?	43
2.7.6. Causales de desheredación	44

2.7.7. Causal establecida en el numeral 1 del artículo 744.....	46
2.8. DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD.....	48
2.9. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN.....	49
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN O ANÁLISIS DEL PROBLEMA.....	50
CONCLUSIONES	55
RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	57

TÍTULO

¿TE PUEDEN DESHEREDAR POR MALTRATAR FÍSICA O VERBALMENTE
A TU MADRE O PADRE AFÍN?

NUM.1 DEL ART. 744 CC.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad muchas personas ignoramos una variedad de temas relacionados con el Derecho Sucesorio, como por ejemplo desconocer quiénes son los herederos forzosos, qué es la legítima, cuáles son las causales para poder desheredar de la legítima a los herederos, etc. Es por ello que, teniendo en cuenta la variedad de interrogantes que surgen en torno al Derecho Sucesorio, nosotros con el presente trabajo pretendemos dar respuestas a la mayoría de dichas interrogantes generadas.

Iniciaremos estudiando el concepto básico de Derecho Sucesorio, luego desarrollaremos el concepto de masa hereditaria y su conformación, posteriormente las clases de sucesión, las clases de testamento como por ejemplo los ordinarios y los especiales, seguidamente que es la legítima y la porción de libre disposición, los herederos forzosos y el orden de preferencia para heredar. Finalmente veremos la desheredación y sus causales, tema relevante para el presente trabajo.

Ya de manera más específica continuaremos con el análisis del numeral 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil, para posteriormente lograr establecer las posibles razones o fundamentos que permitan la desheredación del descendiente que agrede al cónyuge de su ascendiente, es decir agresiones propiciadas a la madre o padre afín de dicho descendiente, denominados así por el Tribunal Constitucional teniendo en cuenta la inexistencia del vínculo sanguíneo respecto de sus descendientes.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema

El tema que vamos a investigar tiene su origen en las causales de desheredación de los descendientes, específicamente en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil. Siendo ello así, a continuación indicaremos el artículo completo para un mejor análisis.

Artículo 744.- Causales de desheredación de descendientes

Son causales de desheredación de los descendientes:

1. Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.
2. Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.
4. Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

En dicho artículo se detallan cuatro circunstancias que tienen como consecuencia la desheredación de los descendientes; nosotros nos enfocaremos específicamente en la circunstancia detallada en el numeral 1, donde se establece que los descendientes serán desheredados por haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente a su ascendiente o al cónyuge de este, siempre y cuando dicho cónyuge, resulte ser también ascendiente del ofensor, es decir que necesariamente el cónyuge del ascendiente tiene que compartir un vínculo sanguíneo con el ofensor (ser madre o padre). Artículo que a nuestra consideración es relevante para nuestra investigación.

En nuestra opinión, el problema surge cuando dicho cónyuge no es ascendiente del ofensor, es decir no es madre ni padre del descendiente que comete el maltrato de obra o injuria grave y reiterada. Vale decir que no existe el vínculo sanguíneo que une al descendiente (ofensor) con el

ascendiente cónyuge, como consecuencia de ello dicho cónyuge vendría a constituirse en una madre o padre afín respecto del descendiente, el término afín es utilizado por el Tribunal Constitucional y más adelante detallaremos su origen.

Es a raíz de la inexistencia de este vínculo sanguíneo, entre el descendiente ofensor y el cónyuge de su ascendiente, que se generan diversas interrogantes: ¿Qué consecuencias jurídicas genera la inexistencia de dicho vínculo sanguíneo? ¿Existe una desprotección de la madre o padre afín respecto de los maltratos de obra o injurias graves y reiteradas que el ofensor pueda propiciarles? ¿Existe discriminación hacia la madre o el padre afín?, finalmente ¿Podrán desheredar al descendiente (hijo o hija ofensor) que maltrate de obra o injurie reiterada y gravemente a su madre o padre afín? Si la respuesta fuese positiva, ¿Cuáles serían las razones o fundamentos necesarios para poder desheredar a dichos descendientes ofensores? Para poder responder a estas interrogantes es evidente que se torna indispensable investigar.

1.2. Justificación

El investigar se vuelve necesario e indispensable, pues necesitamos responder todas las interrogantes que se han generado en torno a la desheredación del descendiente por maltratar de obra o injuriar grave y reiteradamente a su madre o padre afín, ello evidentemente bajo la inexistencia del vínculo sanguíneo requerido.

A medida que vamos avanzando con la investigación, iremos absolviendo algunas dudas y a la par enmarcando aspectos relevantes para nuestro trabajo, como por ejemplo: Identificar las razones que justifiquen la desheredación del descendiente que agrede a su madre o padre afín, especificando que estas agresiones consisten en maltratos de obra o injurias graves y reiteradas. Claramente la investigación aquí llega a ser trascendental, pues con dicha investigación iremos analizando y descartando respuestas.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

- a. Establecer las razones o fundamentos que justifiquen la desheredación del descendiente que agrede, mediante maltrato de obra o injuria grave y reiterada, a su madre o padre afín.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Identificar las causales que permitan desheredar al descendiente que ofende a su madre o padre afín.
- b. Determinar si la agresión, maltrato de obra o injuria grave y reiterada, realizada por un descendiente a su madre o padre afín se configura como una causal de desheredación.

1.4. Metodología

En el desarrollo de la presente investigación utilizaremos el método de investigación explicativo, pues no solo vamos a describir un problema sino que pretendemos encontrar una solución. “No sólo describe el problema, sino que intenta encontrar las causas y explicarlas, lo que significa teorizar racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico” (Aranzamendi, 2010, p. 164). Siendo ello así, nosotros explicaremos cuáles vendrían a ser aquellas razones para desheredar a los descendientes que maltratan de obra o injurian grave y reiteradamente a su madre o padre afín, teniendo en cuenta el numeral 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil.

De igual forma, utilizaremos la argumentación jurídica para poder construir y dar razones válidas, además de lograr identificar los fundamentos que conlleven a la desheredación de los descendientes que maltratan o injurian a sus madres o padres afines. “Una exposición razonada de ciertas ideas donde se deducen las razones por las que el autor considera que esas ideas son válidas” (Aranzamendi, 2010, p. 186).

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Sucesión en derecho

Para llegar a conocer la definición de sucesión en derecho, primero debemos partir por un concepto general de sucesión. “Sucesión, del latín *successio*, es la acción y efecto de suceder (proceder, provenir, entrar en lugar de alguien). La sucesión, por lo tanto, es la continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (Pérez, 2010). Teniendo en cuenta el concepto anterior, consideramos que efectivamente, un concepto general de sucesión vendría a ser la prosecución o continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

Nuestra opinión es concordante con lo establecido de que la sucesión viene a ser un hecho jurídico, pues además de ser relevante para el derecho genera consecuencias jurídicas. “Hecho jurídico por el cual los derechos y las obligaciones pasan de unas personas a otras” (Espinoza, 2018). Tomando en cuenta el concepto anterior, consideramos que sucesión implicaría que una o varias personas van a reemplazar a otra y como consecuencia de ello no solo los derechos y obligaciones, sino también los deberes, de la persona reemplazada van a pasar a su o sus reemplazantes.

Posteriormente, ya en el ámbito del derecho el concepto de sucesión se torna más preciso y a la vez más complejo. “Sucesión. Modo como se defiere y transmite el patrimonio” (Quisbert, 2019). Teniendo en cuenta este concepto, consideramos que hablar de sucesión ya no solo implicaría reemplazar a alguien o algo, sino que además ya implicaría hablar de la transmisión de un patrimonio, que en nuestra opinión podría ser una transmisión de manera parcial o total, de los bienes de una persona que muere hacia otra u otras personas. En este punto se torna necesario indicar que la precisión y complejidad, que hemos mencionamos anteriormente, va en relación a la inclusión de algunos términos con contenido jurídico y de mucha relevancia, tal es el caso del patrimonio, además debemos considerar la muerte de una persona, el causante; y aquellas personas a las que se les va a transmitir dicho patrimonio, los herederos.

Como indicamos anteriormente, el término patrimonio involucra aspectos jurídicos de mucha relevancia para nuestra investigación. “El patrimonio, en términos generales, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica” (Domínguez, 2008). Es por ello que, teniendo en cuenta lo citado anteriormente, nos vemos en el deber de generar nuestro propio concepto referente a patrimonio; en consecuencia somos de la opinión que patrimonio vendría a ser aquel conjunto de bienes, derechos y obligaciones que se transmitirán a otras personas tras la muerte de una persona; con la muerte de una persona surge el término causante, quien viene a ser el propietario del patrimonio que será transmitido y finalmente aquellas personas a las que se les transmite el patrimonio serán llamados sucesores.

Llegamos al punto donde indicaremos el concepto de derecho sucesorio. “El derecho de sucesiones es el conjunto de principios y normas legales que regulan la trasmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte real o presunta del causante a sus causahabientes” (Fernández, 2014, p. 46). Siendo ello así, somos de la opinión que el derecho sucesorio es aquel conjunto de principios y normas de carácter jurídico, mediante los cuales se llevan a cabo la trasmisión del patrimonio de alguien que deja de existir a sus herederos. De lo mencionado anteriormente, consideramos que aquellos elementos que forman parte de la sucesión, de manera general son: El causante, los sucesores y el patrimonio.

El causante: Es el actor de la sucesión, quien la causa, quien la origina. Se le denomina también de *cujus*, por la frase latina de *cujus successione*, que significa “aquel de cuya sucesión se trata”. También se le llama heredado o sucedido. Los sucesores: Son los causahabientes, o sea, las personas llamadas a recibir la herencia, que pueden ser herederos o legatarios. La herencia: Está constituida por el patrimonio dejado por el causante, entendiéndose por tal el activo y pasivo del cual es titular el de *cujus* al momento de su

fallecimiento. Se le denomina también masa hereditaria. Es el objeto de la transmisión. (Esteban, 2015, p. 18).

Teniendo en cuenta lo anterior, nos vemos en la necesidad de expresar nuestra opinión respecto de los elementos de la sucesión antes indicados; siendo ello así cuando nosotros hacemos referencia al causante, consideramos que este vendría a ser quien con su muerte da paso a la apertura de la sucesión, además de ser el titular del patrimonio, también vendría a ser un elemento personal. De igual modo cuando nos referimos a los sucesores, consideramos que son los que heredan el patrimonio y estos pueden ser herederos o legatarios, son el otro elemento personal. Finalmente está el patrimonio o la herencia, que en nuestra opinión está constituido por los bienes, derechos u obligaciones que serán transmitidos a los herederos; pues la sucesión tiene como objeto al patrimonio, siendo por ello uno de los elementos que debemos de resaltar.

2.2. La masa hereditaria

Respecto de la masa hereditaria o herencia, somos de la opinión que es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que en un primer momento pertenecieron al causante, pero posteriormente como consecuencia de su muerte o deceso, dicho conjunto se vuelve apto para ser transmitido a sus herederos, en consecuencia consideramos pertinente decir que concordamos con el siguiente criterio:

Masa hereditaria: En la parte general se explica que la herencia es el PATRIMONIO objeto de transmisión por causa de muerte, mientras que la sucesión es la transmisión misma, aquella está representada por un elemento físico y tangible, cual es el activo y el pasivo de las cuales era titular el difunto. Como resultado, vale decir que el patrimonio está constituido por un conjunto de bienes que son objetos de transmisión. (Esteban, 2015, p. 160).

Consideramos además que, cuando mencionamos bienes y derechos nos estamos refiriendo al activo del patrimonio, y cuando mencionamos a las

obligaciones nos referimos al pasivo del patrimonio o la llamada herencia. En este punto se torna necesario remitirnos al artículo 660 de nuestro Código Civil:

Artículo 660.- Trasmisión sucesoria

Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Teniendo en cuenta dicho artículo, consideramos pertinente mencionar que en este se señala de manera clara cómo está constituida la herencia, pues es bajo el título de trasmisión sucesoria que se da a conocer el momento preciso de dicha constitución, la muerte de una persona. Finalmente, posterior a dicha muerte los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmitirán a sus sucesores.

La herencia es el objeto de la trasmisión sucesoria, el patrimonio del causante existente al momento de su muerte y que es susceptible de trasmisión. El conjunto de bienes, derechos y obligaciones inherentes a la persona del causante son temporarios y por tanto estos se extinguen con su muerte (Fernández, 2014, p. 92).

Para entender mejor lo indicado anteriormente, consideramos necesario mencionar algunos aspectos relacionados con la masa hereditaria, como por ejemplo las cargas, reguladas en los artículos 869 y 870 de nuestro Código Civil.

Artículo 869.- Cargas de la masa hereditarias

Son de cargo de la masa hereditaria:

1. Los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente.
2. Los gastos provenientes de la última enfermedad del causante.
3. Los gastos de administración.

Artículo 870.- Extensión de beneficios

Las personas que hayan vivido en la casa del causante o alimentado por cuenta de éste, pueden exigir al albacea o a los herederos que continúen la atención de estos beneficios con cargo a la masa hereditaria, durante tres meses.

Teniendo en cuenta los artículos antes indicados, somos de la opinión que dichas cargas vienen a ser pasivos de la masa hereditaria y no se considerarían como deudas del causante. Estas cargas consignadas en nuestro Código Civil, específicamente en los artículos 869 y 870, son detalladas con el siguiente listado: a) Los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente, b) Los gastos provenientes de la última enfermedad del causante, c) Los gastos de administración, d) Los gastos de alimentación y vivienda de las personas que recibieron estos beneficios del causante, durante tres meses, si son solicitados al albacea o herederos. Referente a este listado, somos de la opinión que en su totalidad, las cargas vienen a constituir gastos relacionados al causante, ya sea por beneficio propio o el de algún tercero que ayudó.

De igual modo también están presentes las deudas de la masa hereditaria. Referente a ello, es necesario indicar que dichas deudas son reguladas en el artículo 871 de nuestro Código Civil.

Artículo 871.- Deudas que recaen sobre masa hereditaria

Mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

Respecto de este punto, nosotros somos de la opinión que dichas deudas vienen a ser obligaciones en las que se pagan sumas determinadas de dinero, obligaciones adquiridas por el causante cuando aún vivía.

Estas obligaciones, tanto cargas como deudas, están reguladas en los artículos 661 y 662 de nuestro Código Civil, detallándose en dichos artículos la forma cómo los herederos deben responder frente a estas obligaciones.

Artículo 661.- Responsabilidad <<*intra vires hereditatis*>>

El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

Artículo 662.- Responsabilidad <<*ultra vires hereditatis*>>

Pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que:

1. Oculte dolosamente bienes hereditarios.
2. Simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

Referente a estas obligaciones, específicamente en el artículo 661 evidenciamos que se encuentra la obligación o responsabilidad *intra vires hereditatis*, en donde se nos detalla que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de esta y además le incumbe al heredero probar el exceso, salvo cuando exista inventario judicial. En nuestra opinión esta responsabilidad premia de alguna manera la buena fe del heredero, pues tutela su patrimonio, dejándolo a salvo de cualquier afectación.

En nuestro ordenamiento legal, queda claro entonces que la separación de los patrimonios del causante y del heredero y la limitación de la responsabilidad al monto de la herencia, constituyen principios básicos de la sucesión y no depende de los requisitos formales del inventario, porque el heredero no es sucesor de la persona del causante sino de sus bienes, derechos y obligaciones (Fernández, 2014, p. 94).

Por otro lado, respecto del artículo 662, consideramos que señala aspectos relevantes sobre la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, pues nos indica que el heredero, por su actuar, pierde la oportunidad o chance de responder a las deudas y cargas heredadas sólo con el patrimonio del causante, llegando a involucrar su propio patrimonio. Para que se pierda este beneficio, el heredero tuvo que: a) Ocultar dolosamente bienes hereditarios o, b) simular deudas o disponer de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión. Consideramos necesario resaltar que es el heredero, producto de su actuar, quien pierde dicho chance y además pierde el derecho a la renuncia de la herencia y al beneficio del inventario y queda obligado a pagar dichas deudas.

2.3. Clases de sucesiones

Se torna preciso indicar que, para la transmisión del patrimonio del causante hacia sus herederos, se han establecido mecanismos o instrumentos adecuados por los que todos los herederos recibirán este conjunto de bienes, derechos y obligaciones. Estos mecanismos son los testamentos, los cuales implican la existencia de voluntad del causante (sucesión testamentaria) y a falta de esta voluntad están las disposiciones legales establecidas en nuestro Código Civil (sucesión intestada). Cabe agregar que por medio de un testamento el testador puede transmitir su patrimonio o también puede privar a sus herederos de dicho patrimonio, esto último mediante la desheredación.

2.3.1. Sucesión testamentaria o testada

Como mencionamos anteriormente, consideramos que la sucesión testada es aquella que nace de la voluntad del causante, es decir que en vida el causante decide a quien dejará parte de su patrimonio. Somos de la opinión, que dicha sucesión se realiza mediante un acto formal y unilateral, este acto lleva el nombre de testamento. Es por ello que consideramos necesario indicar que el testamento es un acto jurídico y por lo tanto debe de cumplir con lo establecido en el artículo 140 de nuestro Código Civil.

Artículo 140.- Definición y elementos de validez

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Esto quiere decir que el testamento, por ser un acto jurídico, llevará consigo una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y además de ello, para su validez se requiere de la existencia de un agente capaz, un objeto física y jurídicamente posible, un fin lícito y una observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Consideramos que es necesario tener en cuenta también el artículo 686 de nuestro Código Civil, pues en dicho artículo encontramos la definición de sucesión testamentaria.

Artículo 686.- Definición

Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Respecto del primer párrafo del artículo mencionado, somos de la opinión que algunos límites que se podrían presentar a dicha sucesión serían: el orden público, a las buenas costumbres y quizá la moral; considerando además que las formalidades que se requieren para cada testamento de alguna manera también pueden considerarse como un límite a la voluntad del testador.

Respecto del segundo párrafo, encontramos que son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas. En nuestra opinión, consideramos que dentro de estas disposiciones de carácter no patrimonial, pueden estar por ejemplo: El reconocimiento de un hijo extramatrimonial (artículo 390 del Código Civil) o revocación de la desheredación (artículo 753 del Código Civil).

Son características del testamento las siguientes:

- UNIPERSONAL.- El testamento es unipersonal porque se otorga individualmente, así se garantiza la expresión libre de la voluntad del testador.
- UNILATERAL.- Porque la voluntad del testador es suficiente sin contar con nadie para darle eficacia al mismo. Está rigurosamente prohibido que dos o más personas testen conjuntamente, salvo formalidades.
- NO RECEPTIVO.- Pues no precisa que nadie lo conozca, ni incluso los herederos, hasta después del fallecimiento del testador.
- SOLEMNE.- Porque su trascendencia y sus últimas consecuencias, hacen que esté rodeado de unas solemnidades legales y garantías formales, de tal manera que, se considerará nulo, el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado todas las formalidades legales.
- REVOCABLE.- Porque hasta el fallecimiento del testador, éste puede modificarlo, sin limitación alguna, es decir, que todas las disposiciones son esencialmente revocables, y el testador podrá cambiar el testamento las veces que quiera, incluso a pesar de que haya expresado su voluntad en anteriores ocasiones de que la revisión anterior del testamento era la válida y definitiva y que no cabía una revocación posterior de la misma. (Candela, 2009).

Finalmente, considerando lo anterior, para poder entender mejor algunos aspectos relacionados con el testamento, somos de la opinión que un testamento debe caracterizarse por ser único,

personal, solemne, voluntario, unilateral y revocable. A continuación brindaremos algunos conceptos, que en nuestra opinión, pueden definir claramente las características antes mencionadas. Por ejemplo, al mencionar único, nos estamos refiriendo a que el testamento es un acto jurídico único en su género; cuando mencionamos que es personalísimo, nos referimos a que solo el causante puede otorgar su testamento de manera personal; consideramos que es solemne, porque para su eficacia va a requerir cumplir una variedad de requisitos; así también al mencionar que es una expresión de voluntad, nos referimos a que vendría a ser la última voluntad del causante; además consideramos que es unilateral, porque implicaría la manifestación unilateral de voluntad por parte del causante. Y finalmente, al mencionar que es revocable, consideramos que es porque se deja la posibilidad de que el testador pueda revocar su testamento.

2.3.2. Sucesión intestada o legal

A diferencia de la sucesión testamentaria, en esta clase de sucesión no existe la voluntad del causante o testador. La voluntad que se encuentra presente es la voluntad de la Ley, por eso se le denomina sucesión legal, uno de los supuesto en donde se permite la sucesión legal es por ejemplo la inexistencia del testamento.

En resumen, en nuestro ordenamiento es más exacto hablar de sucesión legal (como, lo hacen los artículos 476 y 685, e inciso 5 del artículo 815 Código Civil)- por lo cual precisamente los herederos son llamados herederos legales- que de intestada, lo cual resulta estrecho (Guillermo, 2017, p. 416).

Para un mejor entender, consideramos pertinente mencionar nuestra opinión respecto de la prevalencia o preferencia entre la sucesión testamentaria y la sucesión intestada. Es así que teniendo en cuenta lo detallado anteriormente, somos de la opinión que la sucesión testamentaria es preferente ante la sucesión legal, pues en la

primera se encuentra plasmada la voluntad del causante. “La sucesión testamentaria como expresión de la autonomía de la voluntad prevalece sobre la sucesión legal que tiene función supletoria” (Fernández, 2014, p. 71). Cabe resaltar que la sucesión intestada o legal tiene un carácter supletorio, es decir solo podrá darse en determinados casos establecidos por ley.

Para poder entender mejor la sucesión intestada, consideramos que es necesario remitirnos al artículo 815 de nuestro Código Civil.

Artículo 815.- Casos de sucesión intestada

La herencia corresponde a los herederos legales cuando:

1. El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.
2. El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
3. El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.
4. El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indigno a estos sucesores sin sustitutos designados.
5. El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso.

La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664.

En dicho artículo, bajo el título de casos de sucesión intestada, se nos detalla un listado de circunstancias en las cuales procedería la sucesión intestada; siendo ello así, consideramos que este listado es de mucha importancia, pues toda persona debe conocerlo, no está de más indicar que prevalece la voluntad de la ley y el carácter supletorio de dicha sucesión.

2.4. Clases de testamentos

2.4.1. Testamento en escritura pública

Este testamento es parte de los denominados: testamentos ordinarios. Conocido como el testamento auténtico, es otorgado ante un notario y requiere la presencia de dos testigos. Con respecto a sus formalidades, el artículo 696 de nuestro Código Civil establece las esenciales:

Artículo 696.- Formalidades del testamento por escritura pública

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el final, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que este elija.
6. Que durante la lectura, al fin de cada clausula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia

auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

2.4.2. Testamento cerrado

Pertenece también a los testamentos ordinarios, tenemos al testamento cerrado. Consideramos que este testamento implicaría que su contenido es privado y está oculto, solo podrá develarse tras la muerte del causante. De igual modo, se extiende ante notario y ante dos testigos. El artículo 699 del Código Civil señala como formalidades esenciales:

Artículo 699.- Testamento cerrado

Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1. Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.

2. Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está

imposibilitado de hablar, esta manifestación lo hará por escrito en la cubierta.

3. Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.
4. Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

Consideramos que este artículo expresa de manera detallada y concreta cómo funciona el testamento cerrado, además da a entender que el contenido de dicho testamento queda en reserva hasta la muerte del testador. Finalmente, somos de la opinión, que con este testamento se mantiene la autenticidad del documento interno, pues se llevó a cabo frente a un notario quien dio fe de dicho acto.

2.4.3. Testamento ológrafo

Es el último testamento que forma parte de la clasificación de ordinarios. Este testamento es aquel que es redactado con el puño y letra del testador o causante, posteriormente luego de la muerte del causante, se va a requerir para su validez la comprobación judicial y posterior protocolización.

Respecto a sus formalidades, es necesario remitirnos al artículo 707 de nuestro Código Civil:

Artículo 707.- Testamento ológrafo. Formalidades

Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual,

deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.

Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

Consideramos necesario resaltar el caso donde este testamento lo otorgue una persona con discapacidad por deficiencia visual, pues podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma. De dicho artículo, somos de la opinión que las exigencias mínimas para la validez de este testamento serían: Que sea totalmente escrito, que esté fechado y que se encuentre firmado por el propio testador.

2.4.4. Testamentos especiales: militar, marítimo y el otorgado en el extranjero.

El testamento militar está regulado por los artículos 712 al 715 de nuestro Código Civil, señalándose que viene a ser el otorgado por los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempos de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas. Este testamento se otorga ante un oficial o ante el jefe del destacamento, en el caso de estar herido o enfermo se otorga ante el médico o capellán que lo asiste. Tiene que ser firmado por el testador, testigos y por la persona ante quien fue otorgado.

El testamento marítimo está regulado por los artículos 716 a 720 de nuestro Código Civil, mencionándose que puede otorgarlo cualquier persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano, durante la navegación acuática. Se otorga ante quien tenga el mando del buque y en presencia de dos testigos, finalmente dicho testamento será anotado en el diario de la bitácora.

Finalmente, respecto al testamento otorgado en el extranjero, este es regulado por los artículos 721 al 722 de nuestro Código Civil, señalándose que aquellos peruanos que residan en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú, por escritura pública, cerrado u ológrafo.

2.5. Legítima y porción disponible

Respecto de la legítima, es necesario remitirnos al artículo 723 de nuestro Código Civil, donde se encuentra su definición:

Artículo 723.- Definición

La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Cabe indicar que los herederos forzoso son mencionados en el artículo siguiente, y estos son los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

Consideramos que la legítima tiene dos aspectos fundamentales, el primer aspecto es proteger la masa hereditaria que le correspondería a la familia, protegerla de las liberalidades que pueda cometer el causante en favor de extraños y el segundo aspecto es asegurar la igualdad entre todos los herederos forzosos. “La legítima implica una obligación para el causante quien, ante la presencia de herederos forzosos no podrá disponer libremente de sus bienes” (Aguilar, 2011, p. 225). En este punto se torna necesario preguntarnos ¿Cómo está constituido la legítima? Nosotros consideramos, que está constituida por el valor de los bienes que aparecen a la muerte del causante, deduciendo las cargas y deudas de la herencia, y finalmente agregando los bienes que en vida el causante otorgó en calidad de liberalidades. Consideramos importante resaltar que la legítima son los dos tercios de la herencia.

Sobre la legítima y la cuota de libre disposición, nosotros somos de la opinión que en la primera, el testador está de alguna manera coaccionado a diferencia de la segunda, pues aquí está liberado para poder disponer de sus bienes como él crea conveniente. “La legítima supone la existencia paralela de otra cuota; la de libre disposición respecto de la cual el testador tiene libertad para disponer sin que nadie se lo impida” (Fernández, 2014, p. 236). Consideramos pertinente mencionar que la cuota de libre disposición viene a ser un tercio de la herencia y se encuentra regulada en el artículo 725 de nuestro Código Civil: El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes. Respecto a esta porción disponible, esta puede resultar afectada por un gravamen, según el artículo 728 de nuestro Código Civil, es decir que si el testador estuviese obligado a pagar pensión de alimentos conforme al artículo 415 de nuestro Código Civil (derecho del hijo alimentista) la porción de libre disposición quedará afectada. Además, resulta pertinente mencionar que en los artículos 726 y 727 de nuestro Código Civil, se indica que quien sólo tiene padres y otros ascendientes, puede disponer libremente hasta la mitad de sus bienes; y el que no tiene cónyuge ni ascendientes ni descendientes, en otras palabras está solo, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

En nuestra opinión, también es necesario conocer quién hereda primero o quienes heredan juntos, para ello se tiene que seguir las reglas de la sucesión intestada establecidas en los artículos 816 al 830 de nuestro Código Civil, es decir que por ejemplo los hijos heredarán conjuntamente con el cónyuge del causante excluyendo a los ascendientes del mismo. Si no existieran descendientes, el cónyuge hereda en concurrencia con los ascendientes del causante, etc.

Respecto a la legítima de los descendientes, el artículo 725 de nuestro Código Civil menciona: quién tenga hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes. En nuestra opinión, lo que sobra, vale decir los dos tercios de los bienes, vienen a constituir la legítima de los descendientes.

Es necesario indicar que en el derecho sucesorio peruano todos los hijos heredan, vale decir que heredan de igual manera si son adoptados, matrimoniales o extramatrimoniales. Y además los hijos concurren con su cónyuge del causante. “El derecho del descendiente del causante es indiscutible por tratarse de personas con una ligazón parental muy fuerte con el causante” (Aguilar, 2011, p. 233).

Respecto de la legítima de los ascendientes, de igual forma se menciona que quien tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes. Es decir que la legítima de los ascendientes va a estar constituida por el cincuenta por ciento de los bienes o mejor dicho del patrimonio hereditario. Respecto al cónyuge del causante, este heredará una parte igual a los descendientes, según el artículo 824 de nuestro Código Civil.

Finalmente, respecto a la legítima del cónyuge, el artículo 730 de nuestro Código Civil, nos establece que la legítima del cónyuge es indispensable del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio. Vale decir que se torna necesario diferenciar los gananciales con la cuota hereditaria que le corresponde al cónyuge.

Si el cónyuge ha estado casado con el causante bajo un régimen de sociedad de gananciales. Entonces al morir el causante debe liquidarse esta sociedad con las normas del derecho de Familia (artículo 320 y siguientes del Código Civil). Al concluir la liquidación le corresponderá al cónyuge el 50% del patrimonio social a título de gananciales y el restante 50% será el patrimonio hereditario que se transmite a los sucesores, incluido el cónyuge supérstite (Aguilar, 2011, p. 242).

Consideramos válido resaltar que es producto de un matrimonio válido y vigente, al momento de la muerte del causante, de donde surgen los

derechos a la herencia de los cónyuges. En este punto consideramos pertinente destacar la importancia de la institución del matrimonio, pues es en base al matrimonio que el cónyuge se convierte en un heredero privilegiado que concurre tanto con descendientes como con ascendientes, y en ausencia de estos recibe toda la herencia.

2.6. Herederos

Una vez que el causante es considerado muerto, ya sea por muerte legal o presunta, en seguida se apertura la herencia. Aquí debemos preguntarnos ¿Quiénes heredan o a quienes le corresponde recibir la herencia? Consideramos que heredan tanto los descendientes, ascendientes y cónyuge, y para ello existe un orden sucesorio que dará preferencia a unos respecto de otros.

Antes de pasar a desarrollar el orden sucesorio, tenemos que preguntarnos ¿Qué se entiende por heredero? Somos de la opinión que un heredero viene a ser aquella persona natural, que hereda todo o una parte de la masa hereditaria. Esta sucesión o trasmisión de masa hereditaria se da por razones de parentesco consanguíneo, por disposición legal o también testamentaria. En este punto es necesario resaltar la diferencia entre un heredero y un legatario, pues consideramos que un heredero es quien heredera a título universal, mientras que un legatario viene a ser una persona, natural o jurídica, a quien por acto de liberalidad se deja uno o más bienes mediante testamento, y el legatario heredera a título particular, uno o más cosas o derechos determinados, además que no es considerado como un sucesor.

Ahora sí, es necesario saber el orden sucesorio, para ello se debe tener en cuenta el artículo 816 de nuestro Código Civil, en el cual se establecen aquellos órdenes sucesorios, que establecen excluyentes entre sí y algunos tienen preferencia respecto de otros.

Artículo 816.- Órdenes sucesorios

Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Consideramos que de dicho artículo se evidencia cuáles son aquellos órdenes sucesorios que se deben tener en cuenta para poder heredar, de forma ordenada, entre ellos se encuentran:

Primero Orden: Se encuentran los hijos y demás descendientes, implica una línea recta descendiente. Es importante mencionar que todos los hijos heredan.

Segundo Orden: Están los padres y demás ascendientes, implica una línea ascendiente.

Tercer Orden: Se encuentra él o la cónyuge considerado como heredero privilegiado, además del integrante sobreviviente de la unión de hecho. Es privilegiada por que puede concurrir con los herederos de los primeros los dos primeros órdenes.

Cuarto Orden: Se encuentran los hermanos, quienes vienen a ser los parientes colaterales del segundo grado de consanguinidad.

Quinto Orden: Son los tíos y sobrinos, considerados como los parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad.

Sexto Orden: Finalmente los primos hermanos, tíos abuelos y sobrinos nietos. Son los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad.

Es necesario mencionar que los de primer orden excluyen a los herederos constituidos en los órdenes más remotos, vale decir los hijos tiene preferencia sobre los padres y así sucesivamente. Ya vimos quienes son los llamados a heredar, ahora necesitamos saber cuáles son esas condiciones que se requieren para poder ser llamado un verdadero heredero y poder heredar al amparo de la Ley. “Para ser sucesor se requiere ciertas condiciones impuestas por la ley, tales como la existencia, la capacidad propiamente dicha, la dignidad y el mejor derecho” (Aguilar, 2011, p. 63). A continuamos detallaremos de manera breve en que consiste cada una de estas condiciones:

Respecto a la Existencia: Consideramos pertinente mencionar que los herederos son quienes deben sobrevivir al causante, es decir al momento de la muerte del causante ya debe de existir una persona o personas para que hereden, e incluso el concebido con la condición de que nazca vivo. En lo referente a personas jurídicas, por lo general deben estar inscritas en el registro respectivo. “La existencia es el primer requisito, porque quien no existe al tiempo de la muerte del causante no puede heredarlo; ya que para heredar en menester ser sujeto de derechos” (Fernández, 2014, p. 77).

Respecto de la capacidad: Es necesario indicar que solo se requiere de una actitud para heredar, vale decir solo es necesaria la capacidad de goce que se adquiere cuando una persona nace vivo, pues consideramos que la capacidad de goce está referida a la actitud que tenemos todas las personas para poder adquirir derechos y obligaciones. “La capacidad para suceder se refiere a la capacidad de goce” (Aguilar, 2011, p. 65).

Respecto de la dignidad: Consideramos que está referida al comportamiento de los herederos, es decir que dicho comportamiento debe ser guiado por el respeto, la estima y la consideración hacia su causante y sus parientes próximos. Tal es así que nuestro Código Civil castiga aquellas conductas que vulneran el deber de respeto mínimo del heredero hacia su causante; el castigo consiste en separar al heredero de la sucesión

mediante causales de indignidad y desheredación, establecidas en los artículos 667 y 742 de nuestro Código Civil, respectivamente.

Respecto al mejor de derecho: Somos de la opinión que se refiere al orden sucesorio, pues si bien toda persona goza del derecho a heredar, sin embargo no todos pueden heredar al mismo tiempo o simultáneamente. Para ver quien hereda primero se han establecido reglas y así poder ver la preferencia y exclusión de algunos herederos respecto de otros. Este orden sucesorio y la exclusión de herederos se encuentran regulados en los artículos 816 y 817 de nuestro Código Civil.

Cuanto hablamos de herederos de primer orden o herederos de segundo orden, portadores de condiciones para heredar, nos referimos a los descendientes y ascendientes respectivamente, los cuales van a estar vinculados a su causante. Estos herederos van a estar unidos por un vínculo, aquel vínculo idóneo y posible de convertir herederos a las personas consideramos es el vínculo consanguíneo. Es decir cuando escuchamos el término descendiente o ascendiente, automáticamente pensamos en padres e hijos, pues se entiende que estas personas están unidos por un vínculo indestructible, el vínculo sanguíneo.

Teniendo en cuenta el párrafo anterior, se torna necesario preguntarnos ¿Qué es parentesco? Parentesco, es nuestra opinión, viene a ser una conexión o vínculo que se da entre dos o más personas. “El parentesco es la relación familiar existente entre dos o más personas que descienden unas de otras o de un tronco común” (Aguilar, 2011, p. 173). A continuación veremos cuáles son las clases de parentesco que existen.

El parentesco por consanguinidad (entre padre e hijo), parentesco por civil (entre adoptado y padre), parentesco por afinidad (entre suegra y yerno) y parentesco espiritual (entre Padrino y ahijado) (Machicado, 2019).

Debemos agregar que consideramos un verdadero parentesco, aquel que nace de un vínculo sanguíneo, ya sea por línea recta (padres e hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos) o por línea colateral (hermanos, primos, sobrinos y tíos). Y este vínculo es el que justifica la transmisión de herencia que personas de una misma descendencia.

2.7. Desheredación

2.7.1. Concepto e implicancia

Para entender la figura de la desheredación debemos partir de nuestro Código Civil, específicamente del artículo 742 que establece:

Artículo 742.- Definición

Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

De un análisis general de este artículo, tenemos que la desheredación se constituye en una sanción civil que afecta al heredero forzoso, además se tiene que utilizar el testamento para poder desheredar y las causales deben estar contempladas en la ley. Finalmente cabe indicar que la privación que se hace es en relación a la legítima y únicamente la puede llevar a cabo el causante o testador.

Somos de la opinión que el desheredar no es una obligación del causante, sino más bien es una potestad o facultad, esto implica que dependerá del causante evaluar la conducta de su heredero forzoso y ver si realmente esa conducta denota falta, agravio u ofensa contra el causante. En otras palabras, consideramos que se trata de un derecho exclusivo del testador que le concede la facultad de privar de la legítima a uno de sus herederos. “Tiene un carácter excepcional que implica una sanción civil contra quien, consciente y

voluntario, ha faltado las reglas de consideración y aprecio contra sus progenitores” (Fernández, 2014, p. 281).

Debemos mencionar que en el Tomo IV, de los comentarios al Código Civil por los 100 mejores especialistas nos da una referencia respecto de la desheredación, que en nuestra opinión es muy acertada, a continuación la mencionamos textualmente: “La desheredación es una consecuencia directa de la legítima. Cuando esta no existe, por tener el causante la libre disposición de todos sus bienes, no opera la desheredación” (Ferrero, 2014, pág. 358). Concordamos con lo que indica dicho autor, pues la desheredación castiga a los herederos forzosos, a quienes iban a heredar la legítima y si en todo caso no exista la legítima, no habrá herederos forzosos ni herencia de la cual privarles.

2.7.2. Fundamentos para desheredar

Las razones para desheredar a los herederos forzosos las encontramos en sus comportamientos o conductas que estos desarrollan de manera inadecuada. Dichos comportamientos son realizados de manera voluntaria y con un ánimo de faltar a la obligación de respeto mínimo con su causante, realizando directamente un perjuicio en su honor. Estas conductas, en nuestra opinión constituyen graves agresiones al respeto que se debe tener por el ascendiente, materializados en la violación del deber de respeto mínimo y consideración familiar. “Es decir, que estos hechos afectan especialmente el respeto y consideración que merecen los padres; que afecten su honra o integridad física y que nadie pueda mellar, ni hijos” (Fernández, 2014, p. 287).

Además consideramos que, por el hecho de existir un vínculo sanguíneo entre el padre e hijo (ascendiente y descendiente), se generan diversas obligaciones y derechos. Somos de la opinión que una de las obligaciones recíprocas, es el deber de los padres de

alimentación, guarda, corrección y educación de sus hijos, asimismo se generan las obligaciones de alimentación, cuidado y protección de los hijos respecto de sus padres. Con respecto a los derechos, tenemos el derecho a heredar de los padres hacia los hijos y viceversa. Estas obligaciones y derechos se ven afectadas cuando los hijos o los demás herederos forzosos no actúan de manera idónea para salvar el respeto, la honra y la dignidad del causante; afectando así principalmente a la estabilidad, armonía y el respeto familiar.

Consideramos que, una razón justificable para poder desheredar es la afectación de la célula básica de la sociedad, la familia. Al margen de las diferentes designaciones o conceptualizaciones que pueda recibir la familia, creemos que de igual forma su afectación es la misma, ya que con las conductas reprochables de los herederos forzosos, de igual modo se afecta esa armonía, respecto y estabilidad que la familia necesita. Más adelante detallaremos la importancia de esta institución medular de la sociedad, pero primero mencionaremos algunas clasificaciones:

Esta la familia nuclear, que consideramos es aquella familia constituida por los padres y sus hijos, considerada la célula básica de la sociedad, pues es la comunidad perfecta en donde todos se preocupan de todos los miembros de la familia. “Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad” (Plácido, 2001, p. 17).

La familia extendida, la consideramos aquella que incluye a los padres, hijos y otros parientes, como por ejemplo los abuelos, tíos o primos. Además encontramos a la familia compuesta, que en nuestra opinión es aquella en la que se reúne a familiares y a algunos parientes lejanos o compadres, que tendrían vinculación espiritual más no consanguínea.

Finalmente están las familias ensambladas, que en nuestra opinión viene a ser la familia más común en la actualidad, pues diversos miembros de otras familias se unen para poder formar una vida en común. “La familia ensamblada es la que incluye a los miembros de dos familias en una, cuando un viudo se casa con una viuda o divorciada, o viceversa y los dos cónyuges se unen con su prole en la nueva familia” (Meza, 2014, p. 48)

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, consideramos que las razones expuestas son suficientes para poder desheredar aquellos herederos forzosos. Pues como ya se detalló, aquellos actos que deben tener como consecuencia una desheredación, son aquellos que incumplen el deber de respeto hacia su padre o madre (ascendiente), o afecte la honra de su padre o madre (ascendiente), o finalmente vulnere la armonía, estabilidad y el respeto de la familia, sin olvidar el vínculo consanguíneo que está de por medio. A continuación detallaremos más sobre el derecho a la familia, que en nuestra opinión su vulneración viene a ser el principal fundamento para poder desheredar a cualquier heredero forzoso, en este caso a un descendiente.

2.7.3. Vulneración del derecho constitucional a la familia, principal fundamento para desheredar.

Consideramos necesario enfatizar sobre el derecho a la familia, pues se torna muy importante para la sociedad y las personas identificar la vulneración de dicho derecho. Amplia es la relevancia de este derecho, que no solo nuestra Constitución Política la protege, sino que además es regulara, reconocida y protegida por mecanismos de carácter internacionales, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A continuación vamos a mencionar aquellos mecanismos legales que protegen este derecho a la familia, iniciando por nuestra Constitución Política, que en su artículo 4 establece:

Artículo 4º. Protección del Niño, Madre, Anciano, Familia y El Matrimonio.

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

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Así mismo en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tenemos otro mecanismo el cual establece que tanto los hombres como las mujeres tienen derecho a formar una familia, además reconoce a la familia como la unidad fundamental y natural de la sociedad, agregando que debe estar protegida tanto por la sociedad como por el Estado:

Artículo 16.

1. Hombres y mujeres con mayoría de edad, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolución.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es la unidad fundamental y natural de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

De igual modo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, además de destacar la importancia de la

familia también establece que es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tanto la sociedad como el Estado deben protegerla:

Artículo 23.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Finalmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, se reafirma y concreta la importancia de este derecho fundamental a la familia, pues se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado:

Artículo 17.- Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Como vemos, el derecho fundamental a la familia, está regulado tanto en nuestra Constitución Política como en diferentes instrumentos internacionales, que a lo largo de su regulación contemplan y protegen derechos esenciales para una persona, tenemos a instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que nos hacen ver el carácter esencial de los derechos, su relevancia y su estado de fundamental de un derecho, en este caso del derecho a la familia.

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, es evidente que por la vulneración a un derecho de estas características, es decir vulneración al derecho constitucional de la familia, sí se puede desheredar, en este caso a un descendiente. A nuestro criterio, la vulneración al derecho constitucional de la familia, viene a ser el fundamento constitucional que le permite al testador desheredar a un descendiente. Dicho de otro modo al vulnerar este elemento natural y fundamental de la sociedad se está afectando básicamente la estabilidad, cuidado, respeto, integridad, armonio, tranquilidad de los integrantes de la familia. Aunado a esto no debemos olvidar los otros fundamentos mencionados anteriormente, como la vulneración al respeto mínimo, a honor y la honra, a la integridad de la persona

afectada, que claramente sirven para fundamentar una desheredación.

2.7.4. La familia ensamblada y los padres afines.

Primero debemos generar nuestro propio concepto de familia ensamblada, nosotros consideramos que una familia ensamblada es aquella que está compuesta por familias nucleares disfuncionales, es decir una madre que se divorció y decidió formar otra familia con alguien más, junto con sus hijos biológicos, o viceversa; un padre con sus hijos biológicos que decide formar otra familia con una mujer que tenía hijos de su matrimonio anterior o inclusive una mujer soltera. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe mencionar que es a raíz de los nuevos contextos sociales, de las nuevas situaciones jurídicas y sociales que la familia sufre un gran cambio, es decir la familia a lo largo de todo este tiempo ha sufrido variaciones como es en el caso de su estructura, al inicio se denominada familia nuclear y posteriormente, con estos cambios en su estructura, pasó a denominarse familia ensamblada.

En una de las sentencias del Tribunal Constitucional, específicamente la Sentencia 09332-2006-PA/TC, se hace mención a este nuevo tipo, constitución o nueva estructura de la familia, denominada familia ensamblada, en su fundamento número 8 para ser más exactos indica:

En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio

o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. (Sentencia 09332- 2006PA/TC, fundamentos 8).

Como se evidencia de lo anteriormente citado, las familias ensambladas tienen diferentes denominaciones, por ello consideramos que - familia ensamblada - vendría a ser la más realista por así decirlo, entonces en esta clase de familias no existen los lazos jurídicos ni lazos de sangre; el parentesco consanguíneo, no está presente y en muchos casos no existe la relación padre e hijo biológicos, pues son los padres quienes deciden casarse nuevamente o formar una unión de hecho nueva con personas distintas.

Además consideramos que es necesario tener en cuenta las características que diferencian a una familia ensamblada de las demás, como por ejemplo habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Esta característica se torna importante pues a pesar de no existir un padre o madre o hijo biológico siempre la familia está considerada como la primera e importante en la sociedad, a si no se haga referencia a una familia nuclear. Es necesario mencionar también la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia 01204-2017-PA/TC, pues en dicha sentencia se nos presenta, de entre muchas, un listado de características que ayudarán a identificar a una familia ensamblada en la actualidad, dichas características específicamente se encuentran en su fundamento número 34, e incluso citando a otras sentencias, se detalla:

(i) Comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar sus proyectos de vida, y en la cual uno de ellos o ambos posee hijos de una relación previa. También comprende a parientes con lazos cercanos que

voluntariamente deciden hacerse cargo de la atención, cuidado y desarrollo del niño o niña en forma habitual.

(ii) Generalmente, se originan por razones de abandono, viudez, divorcio o separación de uniones de hecho. Este último, en base a la relación de equivalencia que existe en nuestro ordenamiento entre el matrimonio y la unión de hecho; tal como lo ha dispuesto el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil (Cfr. STC 09708-2006-AA/TC).

(iii) La nueva identidad familiar debe guardar algunas características para reconocerse como tal. Estas características pueden consistir en "habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento". (Sentencias 01204-2017-PA/TC, fundamento 34).

Consideramos necesario agregar que todo se resume en el cuidado de esta familia denominada ensamblada, es decir para su protección tiene que existir respeto, confianza, lazos de afecto, lazos filiales, los cuales sirven para sacar a flote dicha familia ensamblada. Sin embargo con el actuar del descendiente, heredero forzoso, se vulneran todas estas características dejando dañada la familia ensamblada, vale decir al maltratar de obra o injuriar grave y reiteradamente a un padre o madre afín, se está vulnerando el derecho constitucionalmente protegido: el derecho a la familia, en este caso a la familia ensamblada, que viene a ser una familia denominada así por el cambio en su estructura, producto de los diferentes cambios sociales a lo largo del tiempo.

Finalmente, respecto del término madre o padre afín, es pertinente mencionar que es el propio Tribunal Constitucional quien crea este término, a raíz de la interpretación del artículo 237 de nuestro Código Civil, siendo ello así estamos en la obligación de mencionar a la Sentencia 09332-2016-AA, específicamente el fundamento número 10, que a la letra detalla:

Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237° del Código Civil (CC), se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (artículo 242° del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional. (Sentencia N° 09332-2016-AA, fundamento 10).

De lo anteriormente mencionado, primero debemos tener en cuenta que el termino madre o padre afín se genera en un contexto de familia ensamblada y además surge la atención y el cuidado tanto de los padres hacia los hijos afines y viceversa; segundo hay que tener en cuenta que no existen lazos consanguíneos entre los cónyuges con los hijos de cada uno estos, es decir por ejemplo una cónyuge podría no ser madre biológica del hijo de su esposo convirtiéndose en una madre afín; y finalmente teniendo en cuenta el artículo 237 de nuestro Código Civil, que el mismo Tribunal Constitucional menciona, se trae a escena el término parentesco por afinidad, y como bien se detalla en dicho artículo es el matrimonio el que produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Entonces el término afín surge de la construcción de una familia ensamblada y del mismo matrimonio que une a estas personas, pues esta nueva estructura genera no solo términos como madres o padres afines, también generan lazos de solidaridad, afecto y respeto, la convivencia conjunta de los miembros y la dependencia afectiva y económica de sus integrantes respecto al núcleo familiar (cónyuges).

En este punto cabe traer a colación un aspecto relevante para el tema, la llamada paternidad socio afectiva, pues esta paternidad consideramos se generan a partir de lazos más allá de los biológicos

o de sangre, es decir lazos de afectividad, pues es más trascendente las relaciones afectivas generadas entre los miembros de una familia que la simple relación consanguínea entre padres e hijos que pueda existir, pues consideramos que estas relaciones afectivas son forjadas de manera más intensa, es decir ya no se torna en una obligación cuidar de un miembro de la familia por un lazo consanguíneo, si no ya llega a ser una virtud o privilegio cuidar a un miembro de la familia solo por tener relación afectiva, vale decir deja de ser un obligación y pasa a ser una decisión.

La paternidad socio afectiva a diferencia de la biológica no se basa en el dato genético sino en los lazos afectivos generados a lo largo de la vida. Más allá del dato biológico, resulta determinante la posesión de estado en la que se hallen los sujetos (padre/madre e hijo), independientemente de si comparten rasgos genéticos (Urteaga, 2018, p. 12).

Siendo ello así, las relaciones consanguíneas o nucleares pasan a un segundo plano, pues el interés superior del niño más el derecho constitucional a la protección de una familia se torna relevantes para el derecho, pues se abre una puerta a poder proteger aquellos padres o madres afines que se generan tras las familias ensambladas.

2.7.5. ¿Quiénes pueden ser desheredados?

Consideramos que solo pueden ser desheredados los herederos forzosos, es decir los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Esto queda ratificado con las causales de desheredación establecidas en nuestro Código Civil, en los artículos 744 al 746, es decir existen causales de desheredación tanto para descendientes, así como para ascendientes y para el cónyuge, esto implica que el causante es quién evaluará las conductas de estos tres herederos forzosos, para luego decidir si dicha conducta afecta su honor,

respecto y la integridad de la familia, y así poder desheredarlos privándolos de su legítima.

Se torna necesario mencionar, desde otro punto de vista, pueden ser desheredados los herederos de primer orden: hijos y demás descendientes; los herederos de segundo orden: los padres y demás ascendientes; y el heredero de tercer orden: el cónyuge.

2.7.6. Causales de desheredación

Las causales de desheredación las encontramos en los artículos 744 a 746 de nuestro Código Civil. En estos artículos se regula las causales tanto para ascendientes, descendientes así como para el cónyuge. Respecto a las causales de desheredación de los descendientes, el artículo 744 de nuestro Código Civil establece:

Artículo 744.- Causales de desheredación de descendientes

Son causales de desheredación de los descendientes:

1. Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.
2. Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.
4. Llevar el descendiente una vida deshonorosa o inmoral.

Teniendo en cuenta dicho artículo, somos de la opinión que todo es recíproco, es decir que tanto los hijos como los padres se deben respeto, ayuda y cariño. “El instituto jurídico de los alimentos impone como obligación recíproca el deber alimentario entre ascendientes y descendientes” (Aguilar, 2011, p. 280). En este punto cabe preguntarnos ¿Qué pasa si el solicitante de alimentos no los necesita? En este caso si son negados, pero no los necesita no cabría la desheredación.

Respecto de las causales de desheredación de los ascendientes, el artículo 745 de nuestro Código Civil establece:

Artículo 745.- Causales de desheredación de ascendientes

Son causales de desheredación de los ascendientes:

1. Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes.
2. Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causales por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

Consideramos importante mencionar, que aquí también se incumple el deber recíproco de los alimentos entre descendientes y ascendientes. Se torna necesario indicar que dicho artículo es remisivo, además se debe tener en cuenta que la pérdida, privación y la suspensión de la patria potestad tienen sus propias causales y se encuentran reguladas en los artículos 462, 463 y 466 de nuestro Código Civil. En este caso solo se toma la pérdida de la patria potestad, la cual se da por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono excede de este plazo. De igual forma tenemos la privación de la patria potestad, la cual se da 1.- por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos: 2.- por tratarlos con dureza excesiva; y 3.- por negarse a prestarles alimentos.

Finalmente, respecto de las causales de desheredación del cónyuge, el artículo 746 de nuestro Código Civil establece:

Artículo 746.- Desheredación del cónyuge

Son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el artículo 333, incisos 1 a 6.

De igual modo, dicho artículo se constituye en uno que nos remite al artículo 333, incisos 1 a 6 de nuestro Código Civil. En este caso nos remite a las seis primeras causales de separación de cuerpo, permitiéndose al cónyuge agraviado sancionar al otro con la desheredación, vale decir privarle de su derecho a heredar, derecho que por ley le corresponde. “Creemos que habría sido mejor incluir todas las causales de divorcio como fundamento de desheredación, porque todas ellas implican actitudes dolosas que afectan al matrimonio” (Fernández, 2014, p. 290).

2.7.7. Causal establecida en el numeral 1 del artículo 744

Ahora es el momento de delimitar nuestro trabajo de investigación, para ello nos vamos a centrar específicamente en la causal de desheredación establecida en el numeral 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil. Vale decir nos enfocaremos en la causal de desheredación de uno de los herederos forzosos, en este caso del descendiente, por haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.

Cuando se hace referencia a maltrato de obra, consideramos está referido al maltrato físico que pueda recibir el ascendiente, con maltrato físico se entiende los golpes que el descendiente puede propinar. “Maltrato de obra es, ni más ni menos, agresión física en toda su extensión y con todas las variables, causando daño o dolor, o no” (Guillermo, 2017, p. 91).

Consideramos que el maltrato no tendría que ser reiterado, pues resulta absurdo que tengas que soportar maltratos reiterados para luego recién poder desheredar. En este caso solo bastaría una prueba idónea para poder acreditar dicho maltrato, como por ejemplo una denuncia policial.

Adicionalmente también se indica la injuria grave y reiterada, que a nuestra consideración debe consistir en atribuir un hecho falso al ascendiente, con el cual se lesiona su fama o su propia estimación, y de manera general se afecta el honor del ascendiente y más aún si esta injuria es grave. También se menciona el término reiteradamente, el cual implica que la conducta se tiene que efectuar más de una sola vez.

De modo, pues, que los criterios de gravedad y de reiteración (que independientemente exige la regla civil y no la penal) tienen que ser examinados según lo que dictan humanamente las leyes naturales en consideración a la persona y circunstancias del injuriado (Guillermo, 2017, p. 92).

De igual forma también se menciona el término descendiente, que a nuestra consideración implica que existe un vínculo sanguíneo entre el ascendiente y descendiente que será desheredado (ofensor). Al estar presente este vínculo sanguíneo, surgen una serie de derechos y obligaciones mutuas entre el descendiente y su ascendiente, tal es el caso de alimentación entre ambos, el deber de protección, el deber de respeto y poder heredar entre sí. Es así que se logra fundamentar una desheredación, pues estos deberes y obligaciones se destruyen por la conducta de los herederos forzosos (en este caso del descendiente) y como consecuencia de ello el causante queda facultado para poder privar a su descendiente de su derecho a heredar. Aunado a lo dicho anteriormente también se destruye el deber de respeto a la familia, pues dicha conducta del descendiente agresor también afecta a la célula básica de la sociedad y derecho fundamental, la familia.

Finalmente se establece que un descendiente (hijo o hija) considerado ofensor, también puede ser desheredado si comete los mismos actos (maltrato de obra o injuria grave y reiterada) contra el cónyuge de su ascendiente, siempre y cuando este cónyuge sea ascendiente

del mismo ofensor, es decir que un hijo o una hija al cometer maltrato de obra o injurias graves contra el cónyuge de su ascendiente (padre o madre) podría también ser desheredado, siempre que dicho cónyuge sea también su ascendiente (padre o madre del ofensor). Cabe indicar que tanto el cónyuge como el ascendiente pueden ser un padre o una madre. En otras palabras, si maltratas o injurias gravemente al cónyuge de tu ascendiente también puedes ser desheredado, pero este cónyuge también debe ser tu ascendiente (padre o madre).

2.8. Desheredación e indignidad

Como lo detallamos líneas arriba, la desheredación consiste en privar de la legítima a las personas que tienen derecho a ello, entonces solo afecta a descendientes, ascendientes y cónyuge, además se da por causas previstas en la ley y sólo puede hacerse en testamento, la circunstancia para desheredar tiene que estar establecido en el testamento. En cambio en la indignidad se priva de derechos sucesorios a alguien (sea o no legitimario) opera se haya hecho o no testamento, vale decir que la indignidad es a nivel de todo sucesor (forzoso o voluntario e incluso legatario), además solo basta que se funde en un hecho anterior a la muerte del causante.

De acuerdo a la vía procedimental, la exclusión de herencia por indignidad debe tramitarse como proceso de conocimiento, de acuerdo al artículo 475 del Código Procesal Civil. En cambio, en el caso de la desheredación, de acuerdo al artículo 751 del Código Civil, el que deshereda puede -si quiere- interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión; pero no es indispensable la acción judicial, basta la declaración por testamento que en este sentido manifieste (Fernández, 2014, p. 116).

2.9. Efectos de la desheredación

Debemos tener en cuenta el artículo 749 de nuestro Código Civil, en este artículo se establece:

Artículo 749.- Efectos de la desheredación

Los efectos de la desheredación se refieren a la legítima y no se extienden a las donaciones y legados otorgados al heredero, que el causante puede revocar, ni a los alimentos debidos por ley, ni a otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador.

Teniendo en cuenta dicho artículo, consideramos que los efectos de la desheredación se pueden dar en un aspecto personal y el patrimonial. En el caso del personal, se considera al desheredado como si nunca hubiera sido heredero forzoso, dichos efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión y no se extienden a sus descendientes. Con respecto al patrimonial, el heredero forzoso desheredado pierde su legítima, ya que es de la legítima de donde se heredera, quedando al margen la cuota de libre disposición.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN O ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Llegado este punto, para determinar el centro de la discusión tenemos que partir indicando que solo se puede desheredar mediante testamento y por causales establecidas en ley, además la desheredación implica una privación del derecho a heredar de uno de los herederos forzosos y lo que se priva es de heredar la legítima.

La discusión radica específicamente en la causal de desheredación establecida en el numeral 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil. Es decir la causal de desheredación de uno de los herederos forzosos, en este caso del descendiente por haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor. Sin embargo, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, nos preguntamos ¿Qué sucede si dicho cónyuge no es también ascendiente del ofensor?

Dicho de otra manera, la discusión radica en torno a la posibilidad de desheredar al descendiente que maltrate de obra o injurie grave y reiteradamente a su madre o padre afín, utilizamos el término afín porque por el hecho de que no existe vínculo consanguíneo entre el descendiente ofensor y el cónyuge de su ascendiente. Vale decir, necesitamos establecer si se puede desheredar a un descendiente que maltrata o injuria al cónyuge de su ascendiente, con el que no tiene ningún vínculo sanguíneo.

Siendo ello así, con respecto al cónyuge de mi ascendiente (madre o padre afín), surgen una serie de interrogantes, como por ejemplo: ¿Qué sucede si con el cónyuge de mi ascendiente no me une ningún vínculo? ¿A caso no existe una desprotección de la madre o padre afín, respecto de los maltratos de obra o injurias graves, que el ofensor puede ocasionar en su contra? ¿Se podrá decir que existe una discriminación hacia las madres o padres afines? ¿Podrán desheredar al descendiente (hijo o hija) que maltrate de obra o injurie grave y reiteradamente a su madre o padre afín? Si la respuesta es positiva,

¿Cuáles serían los fundamentos necesarios para poder desheredar a dicho descendiente ofensor?

Como ya mencionamos, surge una serie de preguntas que vamos a pasar a resolver, y para ello debemos tener en cuenta todo lo desarrollado en el presente trabajo.

Respecto a la pregunta ¿Qué sucede si con el cónyuge de mi ascendiente no me une ningún vínculo? Para poder resolver esta interrogante, consideramos que se debe tener en cuenta que el único vínculo capaz de generar un verdadero parentesco, es el vínculo sanguíneo. Es así que surge la familia nuclear cuya consecuencia es llegar hablar de ascendientes o descendientes, haciendo referencia a los vínculos de sangre que los une. Ahora que sucede si no existe ese vínculo, pues primero se llegaría hablar de una familia ensamblada y además se llegaría a utilizar términos como el de madre o padre afín, pues el único vínculo que los une sería el generado por el matrimonio de un ascendiente.

Además, consideramos que al no existir un vínculo sanguíneo que una a un descendiente con el cónyuge de su ascendiente, no se podría llegar a desheredar a dicho descendiente, es decir el descendiente (ofensor) puede maltratar de obra o injuriar gravemente al cónyuge de su ascendiente y no podría ser desheredado ya que no existe el vínculo consanguíneo que exige el inciso 1 del artículo 744 de nuestro Código Civil. Sin embargo este es un pensamiento absurdo, pues no podemos dejar en desprotección a la madre o padre afín solo por la ausencia de dicho vínculo.

¿Qué ocurre si el cónyuge del padre del ofensor es su madrastra? ¿Podría ser desheredado si el hijo ofensor atentó contra la vida de la madrastra? Creemos que la respuesta será afirmativa, a pesar de lo dispuesto en contrario por el artículo 744 (inciso I) (Fernández, 2014, p. 287).

Respecto de la pregunta ¿A caso no existe una desprotección de la madre o padre afín, respecto de los maltratos de obra o injurias graves y reiteradas,

que el ofensor pueda cometer? En nuestra opinión, es evidente que sí existe una desprotección de los llamados madres o padres afines, pues al no existir ese vínculo sanguíneo, el ofensor podría sin más ni menos realizar maltratos de obra e injuriar reitera y gravemente a su madre o padre afín y simplemente no podría ser desheredado, esto viene a ser una injusticia para dichos padres afines, pues nuestro Código Civil permite estas agresiones. En este punto debemos aclarar que estamos haciendo referencia a la materia civil, pues en materia penal cabe la posibilidad de denunciar al agresor por maltrato o injuria, pero eso es otro contexto. Es necesario precisar que los padres o madres son protegidos de los descendientes ofensores por un verdadero vínculo, vale decir el vínculo sanguíneo y por consiguiente al no existir esos vínculos dicha protección desaparece y como consecuencia de ello se genera una afectación y desprotección de los denominados madre o padre afín (pueden ser considerados padres o madres sin vínculo consanguíneo).

Respecto de la pregunta ¿Se podrá decir que existe una discriminación hacia la madre o padre afín? Consideramos que sí existe una discriminación, pues a lo largo del ordenamiento jurídico referente al derecho de sucesiones, solo se hace referencia a los ascendientes, descendientes y cónyuge unidos por el vínculo sanguíneo, es decir las madres o padres afines, al no tener este vínculo, son dejados de lado y de alguna manera discriminados.

Respecto de la pregunta: ¿Podrán desheredar al descendiente (hijo o hija) que maltrato de obra o injurie gravemente a su madre o padre afín? Si la respuesta es positiva, ¿Cuáles serían los fundamentos necesarios para poder desheredar a dicho descendiente ofensor? En respuesta a la primera pregunta, nosotros consideramos que sí es posible la desheredación del descendiente ofensor que maltrata de obra o injuria grave y reiteradamente a su madre o padre afín, pues la inexistencia de un vínculo sanguíneo no es razón suficiente para poder justificar el posible maltrato de obra o injuria grave y reiterada que una madre o padre afín puedan recibir, es decir no podemos permitir que un descendiente ofensor pueda agredir a su madre o padre no biológicos sin ser castigado mediante una sanción civil. Aunado a esto, somos

de la opinión que el mejor castigo para aquel descendiente ofensor de su madre o padre afín, es la desheredación.

Finalmente ¿Cuáles serían los fundamentos necesarios para poder desheredar a dicho descendiente ofensor? Consideramos que los fundamentos o las razones que pueden justificar la desheredación de un descendiente ofensor son los mismos que sirven para fundamentar la desheredación de cualquier heredero forzoso. Vale decir un descendiente ofensor que maltrata de obra o injuria reiterada y gravemente al cónyuge de su ascendiente (madre o padre afín) incumplen el deber de respeto hacia su ascendiente (padre o madre), pues si bien es cierto los maltratos no van dirigidos directamente a la persona de su ascendiente, sin embargo estos maltratos generan de manera indirecta una afectación en el ascendiente, más específicamente una afectación al respecto que se le debe. A nadie le gustaría que su hijo o hija maltrate o injurie a la persona con la que decidió intentar nuevamente construir una vida y formar una nueva familia, por que la anterior fracaso. Entonces por afectar el respeto de su ascendiente, de manera indirecta, se puede desheredar al descendiente ofensor.

De igual modo sucede con el honor o la honra del ascendiente, pues al maltratar de obra o injuriar grave y reiteradamente a la madre o padre afín, se afecta el honor y la honra del ascendiente respecto del descendiente ofensor.

Finalmente al maltratar de obra o injuriar grave y reiteradamente a la madre o padre afín también se vulnera la armonía, la estabilidad y el respeto de la familia. Si bien es cierto no estamos hablando de una familia nuclear, porque no existe el vínculo sanguíneo, sin embargo existe una familia ensamblada que al final es una familia y como todas las demás necesita de una armonía, estabilidad y respeto entre los miembros que la conforman. Entonces por destruir o menoscabar a esta institución tan importante como es la familia, el descendiente ofensor también podría ser desheredado. Aunado a lo anterior, es necesario agregar que la familia viene a constituirse en el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, dicho de otra manera se configura el derecho fundamental a la familia, en este

caso a una familia ensamblada, que debe ser respetado por todos. En consecuencia si este derecho fundamental es vulnerado por el descendiente ofensor, pues es evidente que puede ser desheredado por su ascendiente o testador.

CONCLUSIONES

1. La desheredación solo puede darse por causales establecidas en la ley y además deben estar establecidas de manera expresa en los testamentos, es decir que no se puede desheredar por cualquier cosa y además si no existe un testamento de por medio no podrán desheredar.
2. Por la desheredación se priva de la legítima a cualquier herederos forzoso, ya sea a los herederos de primer orden: hijos y demás descendientes; herederos de segundo orden: padres y demás descendientes; o herederos de tercer orden: el o la cónyuge.
3. Se puede desheredar a los descendientes que maltraten de obra o injurien grave y reiteradamente a su madre o padre afín, pues la inexistencia de vínculo sanguíneo no justifica la no desheredación. Las razones para desheredar son: vulneración del respeto y la honra del descendiente, asimos también la vulneración de la célula básica de la sociedad, la familia y finalmente la vulneración de los derechos y obligaciones generados a raíz del vínculo consanguíneo entre el ofensor y su ascendiente.
4. Los maltratos de obra o injurias graves y reiteradas de parte de los descendientes ofensores hacia sus padres o madres afines, se configuran como causales de desheredación, pues vulneran principalmente el derecho constitucional a la familia, específicamente a gozar de una familiar en armonía, con equilibrio y paz.
5. El termino madre o padre afín es una creación de nuestro Tribunal Constitucional, utilizado para definir aquellas madres o padres que no tienen ningún vínculo con sus descendientes. Dicho término se genera en un contexto de familia ensamblada.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar a los estudiosos del derecho, docentes y alumnos, poner énfasis en el análisis de la desprotección jurídica de las madres o padres afines, desprotección generada por falta de un vínculo consanguíneo y cuya consecuencia es no poder desheredar a los descendientes agresores de dichos parientes afines.
2. Sugerir a los descendientes de todas las familias en general, que cumplan con sus deberes de respeto hacia sus ascendientes, de igual manera respeto al honor de los mimos y sobre todo cumplir con el respeto y cuidado de la familia, pues de incumplir podrán ser castigados civilmente con la desheredación por parte de su ascendiente.
3. Recomendar a los estudiantes de derecho que pongan énfasis en el estudio de los temas sobre herencia, pues en la actualidad existen muchos conflictos relacionados al tema de sucesiones intestadas y podrían ser de mucha ayuda para resolver dichos conflictos.
4. A los doctrinarios, generar doctrina para una posterior aplicación a posibles casos fácticos, sobre desheredación de descendientes ofensores que no atentan contra sus padres o madres afines.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas físicas

- Alex F., P. V. (2001). Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Benjamín, A. L. (2011). Derecho de Sucesiones. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Carmen, M. I. (2014). TREINTA AÑOS DEL CODIGO CIVIL PERUANO: APORTES Y ASUNTOS. Revista Jurídica "Docentia et Investigatio", 48.
- César, F. A. (2014). Derecho de Sucesiones. En F. A. César, Derecho de Sucesiones (pág. 576). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Edixon Miguel, E. D. (2015). COMPILADO DE DERECHO DE SUCESIONES. Chimbote- Perú: Serie UTEX.
- Juan, G. L. (2017). Derecho de Sucesiones. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Lino, A. N. (2010). La investigación jurídica-diseño del proyecto de investigación estructura y redacción de la tesis. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Urteaga, S. V. (2018). CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FILIACIÓN: DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA A LA PATERNIDAD SOCIO AFECTIVA. *QUESTIO IURIS* 2018, 13.

Referencias bibliográficas virtuales

- Augusto, F. C. (04 de Mayo de 2014). CÓDIGO CIVIL PERUANO COMENTADO [GACETA JURÍDICA]. Recuperado de <https://andrescusi.blogspot.com/2014/05/codigo-civil-peruano-comentado-gaceta.html>
- Jorge, M. (12 de febrero de 2019). Apuntes Jurídicos en la Web. Recuperado de Apuntes Jurídicos en la Web: <https://jorgemachicado.blogspot.com>
- José Carlos, E. R. (15 de Mayo de 2018). Slideshare. Recuperado de <https://es.slideshare.net/JoseCarlosEspinozaRa1/derecho-de-las-sucesiones-en-el-per-1>
- Juan, C. C. (01 de 03 de 2009). vlex España - Información Jurídica Intelectual. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tema-15-testamento-caracteristicas-554715198>
- Julián, P. P. (2010). Definicion.de. Recuperado de Definicion.de: <https://definicion.de/sucesion/>
- Quisbert, E. (28 de Mayo de 2019). APUNTES JURIDICOS en la Web. Recuperado de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/02/sucesion.html>
- Jorge Alfredo, D. M. (2008). Diccionario Jurídico. Recupeado de <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/patrimonio/>