

LA LIBERTAD DE TESTAR

Victorio Magariños Blanco

I.- EL PROBLEMA DE LAS LEGITIMAS.-

En los despachos notariales se plantean, cada vez con más reiteración, problemas como los siguientes:

Marido y mujer quieren otorgar testamento de modo que la propiedad plena de sus bienes, que la mayoría de las veces se reducen a la vivienda y el mobiliario, quede íntegra para el sobreviviente sin límites ni obligación de indemnizar a los descendientes. Y se llevan una desilusión y frustración cuando se les dice que no pueden hacerlo, a pesar de que los han adquirido ambos con su trabajo, y que probablemente vayan a necesitar venderlos, y, con el precio, pagar el costo de una residencia.

Marido y mujer, que conocen el sistema legitimario que les ata, pretenden otorgar capitulaciones pactando el régimen de separación, con el objeto de tener cada uno su piso en propiedad, y evitar tener que contar con los hijos para la liquidación de la sociedad de gananciales, por la inseguridad que ello les produce. Pues saben que con el sistema de legítimas tienen que compartir con los hijos los dos tercios de la herencia.

Una persona desea dejar sus bienes a otra que le cuida, pues sus hijos ya situados, le visitan protocolariamente de vez en cuando, pero no asumen su cuidado y atención afectiva.

Una persona, a la que sus hijos ya mayores e independientes ni le ayudan en su negocio ni se interesan para nada por el seguimiento del mismo, quiere o designar libremente al heredero que continúe la empresa, o que sus bienes, obtenidos con el esfuerzo de muchos años, pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez; o simplemente constituir una fundación benéfica, dotándola con todos sus bienes.

Un padre viudo que es dueño de un negocio importante, tiene un solo hijo soltero, ya mayor, que no muestra el menor interés por el negocio, salvo el de retirar de sus beneficios una cantidad para vivir cómodamente. Pretende hacer testamento de modo que el hijo no pueda acceder más que a lo necesario para cubrir sus necesidades.

Una persona casada y sin hijos, cuyo patrimonio lo constituye la vivienda o el negocio conjunto, adquiridos con su esfuerzo, no puede dejárselos íntegramente a su cónyuge, pues la legítima de los ascendientes se lo impide.

En todos estos supuestos, y, generalmente casi siempre y en todo caso, los testadores se llevan una sorpresa al comprobar que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años está sometida a fuertes limitaciones, que la libertad de disponer de sus bienes está gravemente restringida, aunque la restricción sea en beneficio de sus parientes, pues el Código Civil impide a una persona disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, estableciendo un sistema rígido de límites, a través de las legítimas.

He podido comprobar, a través de la experiencia del despacho, que este sentimiento de rechazo está bastante extendido, quizás, como veremos, porque tal limitación ya no cuenta hoy con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida de los padres como núcleo de convivencia y de protección recíproca.

Por lo tanto, es conveniente hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario, y analizar las razones por las que un gran número de ciudadanos manifiestan tal rechazo, y también, en su caso, si no habrá llegado la hora de modificar el sistema sucesorio del Código Civil, en el sentido de adaptarlo a las necesidades actuales y a la realidad social que está demandando un nuevo esquema sucesorio.

Pero recordemos, en primer lugar, el sistema legitimario español y, luego, las razones tradicionales que apoyan el sistema de libertad de testar y también aquéllas en que se fundamenta la limitación legitimaria.

II.- SISTEMA LEGITIMARIO ESPAÑOL.-

El sistema legitimario español es de los más variados, a causa de la confluencia del establecido en el Código Civil con el de las diversas Comunidades Autónomas, que adoptan soluciones que van desde la más rígida del Código civil hasta la más libre de la legislación navarra, pasando por la aragonesa de amplia libertad dentro del colectivo de los descendientes, como veremos a continuación.

1.-Sistema del Código Civil.-

En el CC triunfó la tesis de la legítima larga de dos terceras partes en favor de los descendientes, si bien con libertad de mejorar en un tercio a cualquiera de ellos. (art. 808 y 823 CC).

Se reconoce también la legítima de los ascendientes, en defecto de descendientes (tercera parte o mitad de la herencia, según concurren o no con el cónyuge viudo). (Art. 809 CC).

Para garantizar las legítimas, el CC dispone de normas protectoras que impiden burlar el freno a la libertad de testar que las mismas suponen. Estas normas se refieren a la legítima misma (causas taxativas de desheredación: art. 813, y efectos de la preterición: art. 814), a la cualidad de la misma (no se pueden establecer sobre la legítima gravámenes, condiciones o sustituciones (art. 813), o garantizan la extensión cuantitativa de la misma (art. 815, 817, 820).

La legítima se protege también frente a actos realizados inter vivos, como las donaciones, que han de computarse y reducirse en su caso (art. 819 CC).

El sistema de protección se cierra con la prohibición de pactos de renuncia de la legítima (art. 816 CC).

También al cónyuge viudo se le reconoce un derecho, que supone un freno a la libertad de testar (aunque para tal caso el CC emplea la palabra derechos del cónyuge viudo que no legítima), y consiste en el usufructo de un tercio si concurre con descendientes, de la mitad si con ascendientes o con hijos sólo del fallecido concebidos durante el matrimonio de ambos, y de los dos tercios cuando no existen descendientes ni ascendientes.

Existen, además, normas que dan entrada a limitaciones basadas en la procedencia de los bienes, aunque no se pueda hablar propiamente de troncalidad, y, por lo tanto, en el reconocimiento de una fiducia tácita a favor de la familia de procedencia. Así, las reservas de los artículos 811 (lineal) y 968 y ss del CC, y el derecho de reversión del 812 CC.

Sin embargo, poco a poco, de manera tímida, se han ido abriendo vías de libertad, aunque exiguas, unas de origen doctrinal y jurisprudencial y otras legal, que suponen el reconocimiento de que la legítima es en muchas ocasiones un impedimento serio para la equilibrada distribución del patrimonio y también el inicio de un movimiento favorable a reducir el ámbito de aquélla.

Así, las cláusulas de opción compensatoria, la de prohibición de enajenar en beneficio del propio legitimario hasta que alcance cierta

edad, la de exclusión del padre o padre de la administración de los bienes que le corresponderían como consecuencia de la patria potestad, designando otro administrador al amparo del art. 164 CC.

El mismo CC, en la norma del art. 1056 CC, ofrece una flexibilidad al sistema en beneficio de la conservación de la empresa, y también en las de los artículos 841 a 847 CC relativas al pago de la legítima en metálico extrahereditario.

Ultimamente se ha dado entrada (por Ley 41/2003 de 18 de noviembre), si bien limitadamente y con el único fin de proteger a los discapacitados, a normas que implican una libertad de decisión en perjuicio de la legítima tradicional. Así, el artículo 808 párrafo tercero CC, que permite imponer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria a favor del discapacitado, y el 822 CC que excluye del cómputo de la legítima la donación del derecho de habitación de la vivienda habitual a favor de un legitimario con discapacidad.

También supone una extensión de la libertad de testar la norma especial y poco utilizada establecida en el art. 831 CC, relativa a la facultad que se concede al cónyuge viudo, en particular la de pagar las legítimas con bienes del cónyuge que ejercite las facultades.

Sin embargo, todas estas posibilidades no son más que o bien rodeos doctrinales e interpretativos o paliativos legales que no resuelven el problema de modo satisfactorio.

2.-En **Galicia** rige el sistema legitimario del Código Civil. Pero existen algunas especialidades que amplían la libertad de testar. Así, la posibilidad del **usufructo de viudedad**, que la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995 configura como institución familiar, y que incide sobre las legítimas de descendientes o ascendientes que quedarán gravadas in qualitate, no sólo con dicho usufructo sino además con la atribución de una serie de facultades dispositivas al usufructuario (enajenación de mobiliario y semovientes, tala de árboles, etc), si bien con la restricción de la **obligación de alimentos** con cargo al usufructo a favor de los descendientes comunes que lo precisaren.

A lo largo de este trabajo comprobaremos que la obligación de alimentos es la constante que el legislador y la doctrina tienen presente cuando la libertad de testar se reconoce o amplía.

Regula también la ley gallega el **derecho de labrar y poseer**, como supuesto especial de mejora, que conlleva el pago de la legítima en metálico a los demás herederos forzosos. Pero merece una

consideración principal, desde el punto de vista de la libertad de testar, la institución de las **apartaciones**, que permite a una persona en vida adjudicar a uno de sus legitimarios la plena titularidad de bienes determinados, quedando excluido el adjudicatario con carácter definitivo de su condición de legitimario, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.

3.- En el **País Vasco** rige la Ley 3/1992 de 1 de julio, que reconoce y regula tres sistemas:

a.-El de los territorios sujetos al **Fuero Civil de Bizkaia**, cuyas principales características son: 1) Se reconoce la legítima a los descendientes (cuatro quintas partes) y ascendientes (la mitad de la herencia), en defecto de aquéllos. No obstante, la libertad de testar se manifiesta en toda su amplitud dentro del ámbito familiar, al configurar **la legítima como colectiva**, pues el art 54 permite que el testador pueda distribuir libremente los bienes entre los sucesores de cada línea, apartando a los demás, sin fórmula especial de apartamiento, e incluso preferir al de grado más remoto al más próximo.

Además, cabe imponer sobre la legítima sustituciones o gravámenes a favor de otros sucesores forzosos, así como el usufructo universal establecido a favor del viudo (art. 60).

No obstante, esta libertad tiene el límite del art 66 que faculta a los descendientes que se encuentren en situación de pedir **alimentos** para poder reclamarlos de los sucesores, cuando no haya persona obligada a prestarlos.

2) Se concede al cónyuge **viudo el usufructo** de la mitad de la herencia si concurre con descendientes o ascendientes, y de los dos tercios en otro caso (art. 58); aparte de los derechos que cada cónyuge tiene como consecuencia del régimen de comunicación foral de bienes regulado en los art 95 y ss, por cuya virtud se hacen comunes por mitad todos los muebles o raíces de la procedencia que sean, por cualquier título.

3) La protección del carácter familiar del patrimonio, a través de la **troncalidad**, que se extiende a los actos de disposición de los bienes troncales (art 17) y a la sucesión intestada y forzosa. Para los descendientes todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado son troncales. En relación a las líneas ascendente y colateral es preciso que dichos bienes hayan pertenecido al tronco común del sucesor y del causante de la sucesión (art. 22). La libertad de disposición queda

limitada no sólo por la legítima sino también por la troncalidad (art. 55, 56 y 57).

b.- El de los municipios en los que rige el **Fuero de Ayala** se produce la **más amplia libertad de testar**. En efecto, el art 134 dispone que los que ostenten la vecindad foral de los municipios en los que rige el Fuero de Ayala podrán disponer libremente, apartando a sus herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge) con poco o con mucho, como quisieren o bien tuvieren. Y que el **apartamiento** puede ser expreso o tácito, individual o conjunto.

Merece resaltar las palabras del Preámbulo de la Ley cuando dice que **esta regulación resulta de absoluta actualidad, al conectarse con el más moderno derecho sucesorio**, y que en los foros y legislaciones más recientes la evolución se fundamenta en la consagración del respeto a la libre voluntad del causante.

c.-Ordenación sucesoria del caserío Guipuzcoano.- Rige en Guipúzcoa el sistema legitimario del Código Civil, si bien la Ley 3/1999 de 26 de noviembre establece una mayor amplitud de la libertad de testar en relación con el caserío guipuzcoano.

Así, los art. 154 y 155 permiten al causante disponer, incluso por donación (en este caso conservando el destino hasta el fallecimiento del donante), del **caserío** a favor de alguno o de algunos en proindivisión de los descendientes o ascendientes, en cuyo caso el valor del caserío y sus pertenecidos no se computará para el cálculo de las legítimas. Pero en este caso los descendientes o ascendientes herederos forzosos que, como consecuencia de la exclusión del caserío, queden en condición de pedir **alimentos**, podrán reclamárselos al beneficiario o beneficiarios de aquél en proporción a cuanto éstos hubieran recibido del causante. Este podrá privar del derecho de alimentos al heredero forzoso que hubiere incurrido en causa de desheredación.

Para el caso de que procediera la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legitimario, el **cónyuge viudo** ostentará el **derecho de habitación** sobre la casa o parte de ella que constituyere la vivienda familiar, derecho que es independiente del que le pudiese corresponder sobre el resto del patrimonio, conforme al Código Civil. Además, cabe el legado de usufructo del caserío y sus pertenecidos a favor del viudo (art 161), y puede el causante encomendar al cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos.

4.-Aragón.- La Ley 1/1999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, recoge la tradicional **legítima colectiva**, referida únicamente a los **descendientes**, que son los únicos legitimarios, y limitándola a la **mitad de la herencia** en aras de la mayor libertad de testar. De manera que el causante puede dejar los bienes a uno sólo (incluso nieto habiendo hijos), o distribuirlos de forma igualitaria. Basta para excluir a un legitimario sin que haya preterición la mención en el testamento o escritura en la que se ordene la sucesión, o cualquier atribución de carácter irrelevante o simbólico.

La **libertad se amplía**: a) al permitir gravámenes a favor de otros descendientes, o para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia respecto a los bienes de que no hubieren dispuesto, o con causa justa (art. 186), b) al permitir la exclusión voluntaria de descendientes, los cuales quedan privados de suceder abintestato, salvo que la exclusión absoluta se refiera a todos o al único legitimario art. 197 y 198), c) al admitir los pactos sucesorios, entre ellos la renuncia a la herencia de otro u otros (art 65) y la renuncia unilateral a la legítima o por pacto antes o después de la delación (art 177).

No obstante, habrá que tener en cuenta:

1) el derecho de **alimentos** que el art 200 establece a favor de los legitimarios de grado preferente que estén en situación de pedirlos al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias, en proporción a los bienes recibidos, siempre que no esté obligado a prestarlos el cónyuge usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general.

2) el derecho de **viudedad** (regulado por Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad en Aragón) que adquiere cada cónyuge con el matrimonio, y que se manifiesta durante el matrimonio como derecho expectante sobre los bienes del otro y los consorciales, y que no se extingue con su enajenación, salvo en determinados supuestos (art. 97 y 98). Aunque cabe pactar en escritura pública o disponer de mancomún en testamento su exclusión, limitación, o la exclusión pero conservando el usufructo vidual, así como regularlo como libremente convengan. (art. 90).

3) A la muerte de un cónyuge, el otro tiene derecho al usufructo de todos los bienes del premuerto, así como a los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (**usufructo vidual**). Derecho que puede excluirse por un cónyuge sobre los bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de tales bienes no exceda de la mitad

del caudal art.101). Además, **el titular de empresas o explotaciones económicas privadas** que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar la sustitución del usufructo viudal por una renta mensual a cargo del adquirente (art. 102).

5.- Cataluña.- El Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991 regula la legítima catalana, conservando la cuantía de una cuarta parte. Son legitimarios los hijos por partes iguales, y en su defecto el padre y la madre por mitad.

No se pueden establecer limitaciones a la misma, pero el heredero o personas facultadas para hacer la partición o distribuir la herencia pueden optar por el pago en dinero, y el causante puede disponer que la legítima no devengue interés, respondiendo el heredero personalmente del pago de la legítima o su suplemento.

La legítima no puede renunciarse antes de su delación, siendo nulo todo pacto o transacción sobre ella, salvo el pacto de **sobrevivencia** celebrado entre consortes en capitulaciones, por el cual quien sobreviva renuncia a la legítima que le podría corresponder en la sucesión intestada de su hijo impúber, y el pacto entre ascendientes y descendientes en capitulaciones, dote o donación, por el cual el descendiente que recibe de su ascendiente bienes en pago de la legítima futura renuncia al posible suplemento (art 377).

Se conserva también, además del tradicional año de luto y la tenuta, la **cuarta viudal**, a favor del cónyuge sobreviviente que no tenga al fallecer el otro cónyuge suficientes medios para su congrua sustentación, considerando el nivel de vida que habían mantenido y el patrimonio neto.

6.-Islas Baleares.- Se regula por el Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1990 que aprueba el Texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, distinguiendo el sistema de:

a.-Mallorca y Menorca.-Son legitimarios los hijos, y en su defecto los padres.

La cuantía de la legítima de los hijos varía según el número: la tercera parte si fueran cuatro o menos, y la mitad si excedieren de ese número.

La legítima de los padres es la cuarta parte del haber hereditario.

El **cónyuge** tiene derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, a los dos tercios si con padres, y al usufructo universal en otro caso.

Debe ser pagada en bienes de la herencia, si bien el causante o heredero distribuidor puede autorizar el pago en metálico.

Se regula el pacto sucesorio denominado **definición**, por cuya virtud los descendientes pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o sólo a la legítima, en contemplación de alguna asignación que reciban o hubieran recibido.

b.-Ibiza y Formentera.- La legítima de los hijos y descendientes es variable e igual sustancialmente a Mallorca. En cuanto a los padres se remite la Código Civil. No se recoge en el grupo de legitimarios al **cónyuge viudo** como tal legitimario, si bien al regular la sucesión intestada en el art. 84 se establece que adquirirá en la sucesión del difunto el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes con ascendientes.

El heredero o sucesor contractual podrá pagar la legítima en dinero. Y cabe el **pacto de renuncia o finiquito** en contemplación de compensación hecha en vida por el ascendiente o heredero contractual.

7.-Navarra.- En Navarra se consagra el principio de la máxima libertad de testar, solo dulcificado por la exigencia de atribuir a los herederos forzosos la legítima formal o formularia típica de Navarra, pues los legitimarios deberán ser instituidos en la legítima foral navarra, que consiste en la atribución a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra en los montes comunes. Legítima que no tiene contenido patrimonial ni atribuye cualidad de heredero.

El navarro puede designar pues libremente heredero y disponer con igual libertad de sus bienes para después de su muerte.

Sólo tiene el carácter de herederos forzosos los hijos y sus descendientes.

No obstante existe una limitación a favor de los hijos de un matrimonio anterior, los cuales no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio.

Otra limitación es la derivada del **usufructo de fidelidad**, derecho que tiene el cónyuge viudo a usufructuar todos los bienes dejados por su consorte, si bien se puede renunciar a él antes o después

del matrimonio en escritura pública. El usufructo no comprende los bienes que hubieran sido objeto de donación mortis causa.

Al hacer este breve análisis de los distintos sistemas que rigen en nuestro territorio nacional, me he detenido con especial atención en los denominados forales, porque en mayor o menor grado recogen con más amplitud que el CC la libertad de testar, y su vigencia durante tantos siglos demuestra que los argumentos utilizados en contra de la libertad de testar, sobre todo los basados en los perjuicios para la familia, carecen de base cuando se observa la realidad social de los territorios en los se ha aplicado sin que la familia saliera mal parada en comparación con la de los territorios sometidos al Código Civil. **Merece, pues, una especial consideración la existencia de tales sistemas dentro de nuestro territorio, cuyo peso e influencia siempre será de mayor fuerza que la lejana legislación comparada que algunos podrían estar tentados a manejar como argumento contra la libertad de testar.**

III.- ORIGEN DEL SISTEMA.-

Al sistema legitimario español, tan variado, como hemos visto, y tan rígido y severo en el CC, se llega después de una confluencia de diversos regímenes sucesorios a lo largo de la historia.

En Derecho Romano, que tanto rigió e influyó en Europa, la libertad de testar sólo estaba limitada por la exigencia de la mención de los hijos en el testamento, pero podían ser desheredados sin necesidad de justificación alguna. El efecto de la preterición era la nulidad del testamento (*testamentum iniustum*) y la apertura de la sucesión intestada si era un hijo varón el preterido; si era una hija o un nieto o nieta tan solo debía ser rectificado para dar entrada al preterido en su cuota abintestato cuando concurrirere con otros sui, o en la mitad de la herencia frente a herederos extraños.

El Derecho civil y pretorio defendían los derechos hereditarios de los hijos preteridos en el testamento paterno, pero no impedían la desheredación injustificada; **su sucesión forzosa era puramente formal** y no se reservaba una determinada porción de bienes. Una reserva de parte de legítima se introduce a fines de la República, como reacción contra la decadencia de la antigua moralidad en el uso de la libertad de testar, por la vía de un procedimiento especial ante el tribunal de los centumbiri primero y, luego, extra ordinem: la querella

inofficiosi testamenti. Como señala D'Ors, mediante este recurso, en el que dominaba el arte de la retórica más que la ciencia del derecho, se atacaba el testamento como injusto (contra el officium del afecto familiar) so pretexto de que el testador no estaba en su cabal juicio al disponer de sus bienes (color insaniae). Así, sin principios fijos, se fue sentando la práctica de que los hijos llamados a heredar abintestato debían recibir, si no habían dada causa que pareciere suficiente para desheredarlos, una porción de bienes que se fijó en la cuarta parte de lo que le correspondía abintestato (por influjo de la ley Falcidia) ¹.

Si el testador no había dejado por cualquier título esa legítima su testamento quedaba rescindido y se abría la sucesión intestada, aunque se acostumbró a salvar del testamento aquello que era compatible con el derecho del legitimario.

Justiniano fundió esa sucesión forzosa material con la antigua sucesión forzosa formal del descendiente preterido. El legitimario debía aparecer instituido heredero aunque fuera en una cuota simbólica o en una cosa determinada y podía completar su legítima con lo recibido con cualquier disposición directa del causante, y si lo dejado por el testador no cubría la legítima se acudía a la acción para rectificar el testamento y completar la cuota debida, que aumentó a un tercio (actio ad supplendam legitimam).

Sin embargo, en ciertos ambientes provinciales eran frecuentes pactos de renuncia a la sucesión futura, en especial el que solía acompañar a la dote. Por eso una constitución de Alejandro Severo del año 230 d.C. , que probablemente repetía otras anteriores a juzgar por un texto de Papiniano de igual tenor (entre el 206 y 212 d.C.), proscribió el pacto incluido en un documento dotal en que la hija renunciaba a recibir más en la herencia paterna. ²

La razón de tal prohibición estaba en que la renuncia atentaba al fundamento básico de la querrela inofficiosi testamenti, que tenía la **función social** de incentivar los comportamientos piadosos para con los parientes más próximos, ya que garantizaba a todos que van a ser recompensados, pues como señalaba Papiniano “el hijo debía ser recompensado por los méritos de su reverencia paterna antes que ser obligado por pactos” ³.

¹ Alvaro D'Ors “Derecho Privado romano” pág 252 y 264

² Para un estudio detallado de estos pactos puede verse el trabajo de MAURICI PEREZ SIMEON “La renuncia a la legítima o a su complemento en vida del futuro causante. Estudio histórico comparado de diversas tradiciones jurídicas europeas” LA NOTARIA nº 7-8 del 2001, pag 25 y s.

³ Observa Pérez Simeón (ob cit pag 31) que Papiniano sabía que los hijos dependían del padre para todos los actos de la vida y, por lo tanto, que no actuaban libremente.

Sin embargo, el pacto de renuncia a la legítima prosperó en todas las regulaciones locales del occidente europeo continental.⁴ Una decretal de Bonifacio VIII, del año 1299, estableció la validez del pacto de renuncia con ocasión de la dote recibida por la hija; cuya finalidad era dar amparo a una práctica frecuente en la Edad Media, básica para evitar la dispersión de los patrimonios, especialmente los nobiliarios.

Como señala LACRUZ⁵ es de suponer que en el Derecho romano vulgar, vigente en España en la época de las invasiones, existía una libertad de testar bastante amplia, y que, aunque los visigodos practicaron originariamente un sistema de comunidad doméstica o propiedad familiar, sin embargo la regulación que conocemos representa una transacción entre los principios romanos y los germánicos. Así la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto establece la legítima de los hijos en los cuatro quintos, que comprende un parte de mejora de un décimo, posteriormente elevada a un tercio por Ervigio.

No obstante, como observa LACRUZ, la libertad de disposición se va desarrollando de los Derechos particulares por influencia de la Iglesia y de la economía burguesa, tanto que en algunos fueros llega a poderse disponer de todo el patrimonio. Añade el mismo autor que en las fuentes generales se tiende igualmente a la libertad de testar y en algunos reinos o territorios se introduce por costumbre y luego por ley (Navarra y tierra de Ayala), si bien en Castilla se conserva la legítima visigoda en los términos vistos; y que el Código civil es más liberal que el Derecho anterior, pero dista todavía mucho de los ordenamientos forales, pues se inspira en el Derecho de Castilla pese a las diversas fórmulas transaccionales de la Comisión de Codificación y la influencia de los Códigos francés e italiano.⁶

Vemos pues como la libertad de testar ha estado sometida a una tensión que se inicia con el *officium pietatis* del Derecho romano, pasando por la rigidez de la legislación visigoda, y la apertura que supuso la influencia de la Iglesia para favorecer las mandas a su favor,

⁴ Pérez Simeón (ab cit. pag 35) señala que pese a las divergencias de las regulaciones locales, en todas ellas se arbitran medios para que se pueda renunciar anticipadamente a las expectativas sucesorias. Así en Castilla, tal tipo de pactos era frecuente, como se desprende de la Partida 5ª, título 5, ley 13; en Aragón se reconoció la libertad de testar entre el colectivo de legitimarios; en Mallorca se admitió la “definición” con ocasión de un beneficio recibido por el padre; en Cataluña, no obstante la discusión de los juristas acerca de su admisión, parece que prosperó la tesis de la validez del acuerdo de renuncia a reclamar el complemento de legítima.

El análisis de estos pactos nos ayuda a comprender las razones y fundamento histórico de la intangibilidad de las legítimas.

⁵ Derecho de Sucesiones II, 1973, pag 13.

⁶ LACRUZ ob cit, pag 14.

en paralelo con la conveniencia de mantener el poder de la tierra concentrado, mediante la institución de los mayorazgos por exigencia de estructura social y del estamento nobiliario, y vuelta otra vez a la rigidez legitimaria por razones políticas de igualación a partir de la Revolución francesa.

Incluso la vía de escape a la limitación a la libertad de testar a través de los pactos de renuncia, se vio cerrada por el Código civil francés de 1808, que recogiendo las ideas de la Revolución, que consideraban que la libertad de testar era la fuente de privilegios de uno de los hijos y la causa de perpetuación de desigualdades propias del antiguo régimen, proscribió la renuncia de los derechos sucesorios en vida del causante (art. 791 y 1030). Lo que se fundamentó por los comentaristas en la necesidad de eliminar las desigualdades entre los hijos debida a la falta de libertad que solían sufrir a la hora de suscribir tales pactos.

Tales ideas fueron acogidas en España a mediados del siglo XIX por el Tribunal Supremo; y, luego, el Código civil en su artículo 816 prohibió la renuncia o transacción sobre la legítima futura, probablemente por influencia del Código francés, como señala PEREZ SIMEON, aunque García Goyena cite el Codex (C.3,28,35,1) como antecedente, pues la ruptura de la tradición medieval, promovida por los revolucionarios franceses, no se debe a una voluntad de restaurar el Derecho romano justiniano, ya que éste responde a motivaciones humanitarias cuales eran evitar que los comportamientos piadosos de los hijos quedaran desincentivados, mientras que aquéllos evitar que las renunciaciones sean utilizadas por los nobles para perpetuar la desigualdad entre los hijos.⁷

IV.-FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE TESTAR.-

A.-Es muy revelador y alumbra el tema que estamos tratando el análisis del debate suscitado entre los autores del Derecho común en torno a si la legítima es debida por Derecho natural o positivo al

⁷ P. Simeón, en ob cit pag.33. Considera este autor que el art. 816 CC se ha querido explicar por razones de orden moral y de coherencia dogmática, citando a MANRESA quién consideró que el pacto se impone al legitimario en base a promesas y engaños, y que no se puede renunciar a un derecho que no ha nacido. Pero como advierte P. Simeón, lo primero implica admitir que los instrumentos jurídicos que deben proteger la libertad no funcionan, pues con la anulabilidad por intimidación o dolo debería bastar, y que el CC admite la renuncia de otro tipo de expectativas; y, por lo tanto, que la prohibición del 816 CC es una elección del legislador que sólo puede explicarse por el contexto histórico en el que se redactó el Code civil francés, que sirvió de modelo al español.

enfrentarse con que algunos estatutos y costumbres desconocían las legítimas.⁸

Ante el problema del fundamento de la legítima un sector entendió que o bien era debida por Derecho natural "*quod in materia*" y por Derecho civil "*quod ad quantitatem*", o que era debida sólo por mandato del Derecho civil, como Baldo, en su Conc. 465, y el abad Panormitano, por entender "*quod nomine origine, quantitate, et entitate legitimaie est dicenda de iure civile*", por lo cual tanto la ley como los estatutos podían desconocer la legítima.⁹

Los que entendieron que la legítima era debida por derecho natural, se basaron en que era subrogada en la obligación alimenticia, como indicaron Bartolo, Socino, Fulgoso y otros. Pero, como objetó el abad Panormitano, en ese caso, el ascendiente sólo debería la legítima al descendiente a quien en concreto le debiera alimentos; y así, no se deberían viviendo el padre en las herencias de la madre ni de la abuela, ni tendría derecho a ella el hijo industrial.

B.- Los juristas castellanos de los siglos XVI y XVII, que, apuntando alto, no se limitaron a la mera exégesis de las normas, sino que, al enfrentarse con la admisión de los mayorazgos, se plantearon igualmente el problema del fundamento de la legítima y, más concretamente, si las legítimas eran debidas por Derecho natural.

La mayoría de los autores españoles consideraron que, si bien del Derecho natural resultaba el derecho a la legítima, el Derecho positivo podía reducirla incluso a un mero derecho a recibir alimentos en caso de precisarlos.

Así, GREGORIO LÓPEZ, siguiendo a BALDO, consideró que el Derecho municipal para favorecer al primogénito podía autorizar la cuasi desheredación de los otros hijos, pero pudiendo el juez enmendar la disposición cuando alguno de los hijos quedare perjudicado en los **alimentos**, que deberá graduarlos por la calidad de las personas, el valor del patrimonio y demás circunstancias; y que por licencia regia puede autorizarse, sin la nota de iniquidad, la

⁸ En la Partida Sexta, Tít. I, ley 17 y Tít. XI, ley 1 se decía que algunas legítimas son de derecho natural "*E a esta parte legitima dizen en latín, parte debita jure naturae*" y "*la su parte legitima, a que llaman en latín debitum jure naturae*".

⁹ Para un estudio detallado puede verse el trabajo de VALLET, del que he tomado la mayoría de las citas, "Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer" TOMO I "Las legítimas" Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil Volumen LVIII 1974, pág 20 y ss

total exclusión de la legítima en la fundación de un mayorazgo, siempre que se salven los alimentos, como es costumbre.¹⁰

ANTONIO GÓMEZ¹¹ aceptó la constitución del mayorazgo con licencia del príncipe, privando de la legítima a los demás hijos, con tal de que se les dejen los **alimentos necesarios**.

VÁZQUEZ DE MENCHACA no discutió a los descendientes este **derecho de alimentos** cuando lo necesitaran. Pero después de plantearse el problema de si por la ley o por estatuto o por costumbre la legítima de los hijos podía disminuirse totalmente y si, incluso, era posible que se prohibiera, llegó a afirmar que la ley, e incluso la costumbre, no sólo puede excluir totalmente el deber de dejar legítima a los hijos, sino que también podía prohibir que se dejara, como ocurría en los mayorazgos establecidos¹².

Al llegar a este punto conviene resaltar que la clave de la argumentación de los juristas a favor del fundamento natural de la legítima está en su carácter subrogado en la obligación de alimentos,

¹⁰ Glosa a la palabra libremente de la ley 11, tít. IV, 6ª Partida, 60 de dicho título. Citado por Vallet en ob. cit. pág. 22, nota 34.

¹¹ "*Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, lex XL, n. 57; cfr. ed. Salmanticae, 1575, fol. 127 vto": "quia licet legitima quam succedit loco alimentorum sit inducta de iure naturali"... "per consequens inmutabile"... "tamen eius quota et quantitas non est inventa nec inducta de iure naturali, sed tantum de iure mere positivo"... "unde sicut princeps velle taxare, augere, et diminuere : ita potest per rescriptum vel privilegium concessione maioratus illam restringere, modificare, ut loco eius tantum praestentur alimentam necessaria, quia per hoc nec tollitur nec inmutatur per principem ius naturale sed reducimus ad illud".

¹² Para resolverlo examinó las principales razones aducidas para negar tal posibilidad, que se basaban en estimar que las legítimas manaban del Derecho natural.

La primera razón, invocada para considerarlas de este modo, se fundaba en el instinto natural y afecto que regularmente tienen los padres de dejar los bienes a sus hijos para después de su muerte. Sin embargo, observó que en algunos pueblos la costumbre establecía que sólo el hijo mayor sucediera al padre en todos sus bienes, por lo que era deducible: "Quin immo per legem paterit efficacius induci, cum lex nitatur expresse populi consensu, consuetudo autem tacito tantum." Era este el caso de los pueblos en que por ley o costumbre regía el sistema de mayorazgo, o donde la ley permitía apartar de la herencia a los hijos dejándoles cinco sueldos.

La segunda razón aducida fundaba la legítima en el derecho de alimentos de los hijos. Pero ese deber de alimentos corresponde sólo a los hijos menores de cierta edad o que, por otras razones, los necesiten; por lo cual resultaría que el derecho de alimentos, después de muerto el padre, daría lugar al nacimiento de otro derecho más general y mayor.

Por otra parte, fundamentó que la legítima sólo dimanaba del Derecho civil o positivo, en que la propiedad no derivaba del Derecho natural, sino del Derecho de gentes, y los modos de adquirirla sólo del Derecho positivo. "De successionum creatione, progressu, resolutione effectuque, et resolutione Tractatus, Pars I, Lib II, nn 296 a 323; cfr. Ed. Salmanticae, 1559, ff 232 y sigs.

que no en la existencia de un deber familiar genérico y consiguiente derecho por razón de parentesco¹³.

Se puede decir que es una constante en la posición de los juristas la consideración de la legítima como una determinación de la norma positiva, y que la libertad sólo está naturalmente limitada por la obligación de alimentos cuando proceda, por lo que la regulación de la legítima es una cuestión de política jurídica.

Como cuestión de política, y con fundamento, sobre todo, en criterios sociales y económicos, se planteó entre los juristas del siglo XIX, como veremos a continuación.

C.- Polémica en el período de la codificación española.-

Como señala VALLET todo el período codificador del Código civil español vivió en un clima polémico en torno a qué régimen sucesorio debía ser elegido entre los sistemas de *legítimas* o de *legítimas y mejoras*, de una parte, y el de *libertad de testar*, más o menos absoluta, de otra; y que su estudio, sin duda, es uno de los más instructivos y formativos que pueden ofrecerse a un jurista.¹⁴

En parte, la polémica tuvo su causa próxima en la coexistencia en España de un sistema legitimario muy restricto de la libertad de testar (Derecho de Castilla) con el de amplia libertad de testar de los territorios forales y la conveniencia de unificar la legislación.¹⁵

¹³ Puede verse también Dtor. Luis DE MOLINA MORALES (*De Primogeniorum Hispanorum origine ac naturae*, Lib. II, cap. I, n. 10; cfr. *Novae*, ed. Lugduni, 1749, pág. 228), que niega la validez de la facultad real de autorizar la constitución de mayorazgo "non relinquendo caeteris filiis legitimam, nec alimenta", pero admitiendo la validez de su institución cuando "relictis eisdem filiis alimentis competentibus"; JUAN MATIENZO (*Commentaria in librum quintum recollectionis leguna Hispaniae*, tít. VII, Lex II, gloss. 1, nn. 4 y 5; cfr. ed. Mantue Carpetanae, 1580, fol. 168 vto.), quien admitió que no por ley general, pero sí por licencia especial del rey pudiera constituirse mayorazgo por más de legítima, tercio y quinto, si a los demás hijos se dejaren los alimentos debidos al hijo que no pudiera proporcionárselos; Luis DE MOLINA, S. I. (*De Iustitia et Iure*, Trac. II, Disposición DCXVI; cfr. ed. noviss. Coloniae Allobrogum, 1733, vol. III, págs. 106 y sigs.), que trata ampliamente la cuestión, y señala (n. 6) que la cláusula de concesión: "con tanto que ayays de dexar, y dexoys, a los nuestros hijos, hijas, que agora teneys, y tuvieredes de aquí adelante, en quien no succediére el dicho mayorazgo, alimentos", tiene el carácter de modo de dicha obligación, "quae inest ex natura rei, eo ipso", aun cuando la cláusula no fuere puesta.

Entre los juristas catalanes, JUAN PEDRO FONTANELLA (*Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*, Pars II, cláusula V, gloss 1, n. 116; cfr. últ. ed. Lugduni, 1667, vol. II, pág. 32), admite el mayorazgo, aunque a los otros hijos "enim non datur eis legitima, dantur tamen alimenta, quae succedunt loco legitimae".

¹⁴ Ob cit. pág 24 y ss.

¹⁵ Así puede verse en JOAQUÍN CADAFALCH Y BAGUÑÁ: *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge superviviente?* (Madrid, 1862); SEGISMUNDO MORET Y PRENDEGAST y LUIS

1.- A favor de las legítimas destaca sobre todos ALONSO MARTINEZ, quien en base a consideraciones de protección a la familia y de política económica y social, expuso las siguientes razones:

a.- Que la naturaleza ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos, refiriéndose a la utilización de la libertad de testar para designar heredero a uno solo de los hijos.¹⁶

Que no es justo y bueno un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia, y que es contrario a la unidad de la familia, pues puede dar lugar a abusos e injusticias del padre, y es origen de envidias entre hermanos a la vez que fomenta los pleitos.¹⁷

Que los padres no pueden desentenderse de los deberes con los hijos y que la deuda alimenticia tiene una base más ancha que la incapacidad para el trabajo, sea por edad o por enfermedad, pues la familia es el “médium” en que necesariamente vive el hombre y, por tanto, los derechos y deberes de sus miembros son correlativos y recíprocos.¹⁸

SILVELA: *La familia foral y la familia castellana* (Madrid, 1.863); Luis FRANCO LOPEZ: *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Aragonés*, parte segunda, III (Zaragoza, 1886), páginas 69 y sigs.; MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IX, especialmente su sección IV (cfr. ^{2a} ed., 1947, páginas 39 y sigs., y especialmente págs. 145 y sigs.).

¹⁶ A lo que objetaron MORET Y SILVELA (ob cit. pag 171) señalando que la idea igualitaria de la legítima encierra en sí una monstruosa desigualdad en la familia, pues la ley desconoce las verdaderas necesidades, pues tiene que ser por fuerza ciega. JOAQUIN COSTA (ob cit pag 521) subrayó que se trata solo de una apariencia de igualdad, pues para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad hay que tomar una base de datos tal que apenas alcanza a lograrla la discreción del padre. Y GINER (ob cit pag 89) señaló que no hay principio alguno de justicia que autorice semejante igualdad mecánica y abstracta

¹⁷ A lo que replicó GINER (ob cit pag 100), que querer sustituir la libre acción de la persona por temor al abuso equivale a sustituir una injusticia posible por otra segura. Y GARCIA GOYENA (ob cit pag 327) que ni los fueros ni otra ley han querido autorizar abusos a su sombra, por el contrario, han creído innecesaria la intervención del legislador para que el padre se mostrase tal hacia sus hijos en la distribución de sus bienes.

Conviene considerar, como lo hace VALLET (ob cit pag 29), que en las legislaciones forales las normas suelen estar elaboradas partiendo del buen padre, mientras las disposiciones del Derecho común y mucho más las emanadas modernamente del poder central, piensan en primer término en la posibilidad de abusos, en los casos patológicos, aunque sean excepción. Y el excepcional mal uso no puede afectar al buen uso normal, en el cual debe inspirarse la norma común.

Por otra parte, como ya señaló SANCHEZ ROMAN, la experiencia confirma la perfecta estabilidad de las familias en los países donde rige la libertad de testar, en los que los litigios son poco frecuentes, mientras que en los de legítimas agotan los caudales.

¹⁸ A lo cual objetó AZCARATE (ob cit pag 328) que el derecho de alimentos depende de las circunstancias y se gradúa según el fin a que responde, y procede o no según los casos y no alcanza por igual a todos los hijos. Y COSTA (ob cit pag 505) que ello supone confundir dos instituciones irreductibles entre sí, pues cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que como tal propietario le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternales, que ciertamente no se extinguen con la muerte.

Como ya advirtieron en su réplica importantes juristas, se parte en la argumentación de ALONSO MARTINEZ de errores tales como que la naturaleza hace iguales a los hijos, cuando la mera observación de la realidad nos muestra las diferencias de talento, de méritos, etc, que hacen del sistema legitimario un corsé que impide la distribución equitativa del patrimonio. O de una consideración de la familia como si fuera titular del patrimonio, sin distinguir siquiera a efectos argumentales entre patrimonio adquirido gratuitamente (familiar) y el obtenido por el propio esfuerzo. O cuando invierte el supuesto de hecho que debería dar pie a la regulación legal, al considerar los posibles abusos e injusticias del padre como fundamento de la legítima. O cuando confunde la obligación de alimentos y la legítima, pues ésta resulta siempre arbitraria y ciega, ya que una cuota fija sin tener en cuenta si existe un solo legitimario o varios y para todos los casos puede resultar insuficiente a veces y otras desproporcionada.

Dado que el deber de protección a la familia podría ser el único que justificase la función social de la legítima, y, por tanto, la limitación a la facultad de disponer, esencial al derecho de propiedad, merece la pena recordar aquí, por su claridad y contundencia, las siguientes consideraciones: una de MONTESQUIEU (“L’esprit des lois) “El derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos”, y otra de CONCEPCIÓN ARENAL (La cuestión social: cartas a un señor, 21): ‘Me parece altamente filosófico y equitativo el modo que tiene la Iglesia Católica de comprender los deberes de los padres, y que expresa el Catecismo diciendo que deben a sus hijos alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo, y estado competente a su tiempo; no dice dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos. El precepto es claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a sus hijos, sostener su cuerpo, darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu, darles estado, educar su inteligencia y, por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que quieran y puedan trabajar con fruto y sean hombres honrados, dichosos, cuanto es posible, y útiles a la sociedad. Ningún hijo en razón puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto podrá darle más porque quiera, no porque le deba ya cosa alguna.’”

b.- Que el sistema de legítimas favorece la movilización de la propiedad, mientras que la libertad de testar la impide, y se aumenta el número de pequeños propietarios. Con las legítimas no hay peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, que se

reproduzca un estado social semejante al que sugirió la célebre frase de Plinio “Latifundia perdidere Italiam”.

También este criterio es erróneo, pues la causa del latifundio no está en la libertad de testar, ya que el único que puede calibrar adecuadamente la medida que debe tener una explotación es su titular, que la ha creado y organizado¹⁹; y hoy, desde luego, carecería de consistencia, pues con la mecanización del campo y la escasa rentabilidad de superficies pequeñas, la medida de la explotación agraria vendrá determinada por criterios económicos que nadie mejor que su titular puede apreciar. Quizás subyace en este argumento la consideración política, que ya se había tenido en cuenta por el legislador francés, influido por las ideas revolucionarias, de la necesidad de trasvasar el principio igualitario a la regulación de las herencias en el Código civil, ante el peligro de que a través de éstas se generasen nuevos privilegios.

Se esgrimieron también otros argumentos, como el de la participación de la familia en la obtención del patrimonio, creando el ámbito adecuado para que se produzca a modo de una copropiedad familiar. O el del fideicomiso tácito, entendiéndolo que el padre en relación con los bienes heredados de sus mayores los recibe no para él solo sino para sus descendientes, pues así está en el ánimo del que los transmite (a modo de un mandato tácito); pero incluso respecto de los bienes que ha adquirido por su industria o trabajo, ya que será mérito no de él sino de las enseñanzas y herencia genética de sus antecesores.

2.-A favor de la libertad de testar argumentaron JOAQUIN COSTA²⁰, DURAN Y BAS²¹, AZCARATE²², GINER DE LOS RIOS²³ y SANCHEZ ROMAN²⁴ entre otros. Los argumentos son los siguientes:

a) Tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de

¹⁹ Observa VALLET (ob cit pág 43) que el mantenimiento de los latifundios corresponde más al régimen de mayorazgos o vinculaciones que al de libertad de testar; que es objetivo deseable la movilización de la propiedad inmueble, y que la multiplicación del número de pequeños propietarios tiene el límite de conveniencia que marca la muy variable medida óptima de la explotación, en el cual no puede detenerse el sistema de legítimas y sí el buen juicio del testador.

²⁰ *La libertad de testar y las legítimas*, publicado en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses* (Madrid, 1883), págs. 500 y sigs.

²¹ *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), cap. IV, págs. 197 y sigs.

²² Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad, tomo III, cap VIII, pag 82, Madrid 1883.

²³ Resumen de Filosofía del Derecho, Madrid 1883.

²⁴ Estudios de Derecho Civil, t. VI-II Madrid 1910.

la muerte. Como señaló SANCHEZ ROMAN el derecho de propiedad, en cuanto fundado en la naturaleza racional y previsora del hombre ha de tener efectividad para después de la muerte en uso del *ius disponendi* que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos los deberes paternos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento; y había que transformar radicalmente el concepto y contenido de la propiedad individual para justificar las legítimas y negar la propiedad que al padre le corresponde íntegramente, con absoluta libre disposición en vida, sin ningún derecho de los hijos para ir contra aquella facultad, fuera de los casos y recurso de instar la declaración de prodigalidad.²⁵

b) Desde el punto de vista de la protección a la familia se dijo que robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo, estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos, conserva las familias manteniendo el espíritu y tradiciones de las mismas y es escuela de cumplimiento de los deberes familiares.²⁶

c) Con criterio exclusivamente político señaló DURAN Y BAS que la libertad de testar se justifica aún más desde el prisma del Derecho público, si cabe, que bajo el Derecho privado. La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras

²⁵ Obra cit. pags 720 y 752.

²⁶ Como dice SANCHEZ ROMAN: "El Derecho legislado debe reconocer amplia esfera, dentro de la cual cada hogar se desenvuelva en completa libertad, dejando obrar al instinto de conservación, que los lazos que unen a los miembros de la familia hacen surgir para ésta... y mediante el régimen propio que, a virtud de ese instinto y en armonía con la naturaleza de las relaciones familiares, da nacimiento a su peculiar esfera de Derecho. Todo lleva a proclamar la libertad de la constitución doméstica, y su proclamación requiere, como natural consecuencia, la de la libertad de testar, por más conforme a las relaciones de familia, sin la que poco o nada significaría aquélla."

Escribió Azcárate que las legítimas "estorban el ejercicio de la patria potestad, fomentan el egoísmo de la familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales a que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran a que la ley convierta éstos de morales en jurídicos". Ob. cit. pág 82.

MORET y SILVELA preguntaron (*loc. cit.*, pág. 165) : "¿Qué idea daría de sus costumbres quien sostuviese que no era el amor ni los naturales sentimientos del padre y el respeto de los hijos, sino la ley o la coacción, quien distribuía el patrimonio de los descendientes o ascendientes."

facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad."²⁷

Y JOAQUIN COSTA añadió "Donde impera el régimen de la legítima, donde el Estado impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos : entonces no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, pancósmica, que violando las leyes naturales de la sociedad monopoliza la legislación por el solo privilegio que le da la fuerza; pero proclamáis la libertad de constitución doméstica y la libertad de testar, que vienen a ser una misma cosa; devolvéis el pensamiento y la palabra y la voluntad a las familias; desamortizáis el poder civil y lo restituís a sus verdaderos dueños, las personas privadas, y al punto veis surgir como por encanto legiones de nuevos seres que antes permanecían recluidos en el fondo de una potencialidad caótica por la férrea dictadura del legislador."²⁸

d) Por último se razonó que la utilidad social y económica de la libertad de testar permite conservar la propiedad de la tierra y de la industria de manera adecuada para su mayor rentabilidad.

Merece la pena recoger y recordar las siguientes palabras de JOAQUIN COSTA "Las ventajas económicas de la libertad de testar no me incumbe a mí analizarlas ni hacerlas valer: si hace a los hijos menos vanos, más reflexivos, más previsores, mejores ciudadanos; si fortifica la autoridad del padre de familia, poniendo en sus manos un arma poderosa, estímulo a la virtud y freno al vicio, y medio de premiar méritos, de remunerar servicios, de reprimir inclinaciones aviesas, de castigar ingratitudes, extravíos, desórdenes; si mediante ella los hijos, o alguno de los hijos, se asocia temprano a los negocios de su padre y se hace continuador de su artefacto; si de esta suerte contribuye a hacer las artes industriales hereditarias en las familias,

²⁷ DURÁN Y BAS, *op. cit.*, pág. 218, donde conduce : "y la *libertad de testar* existe hoy día en las naciones más libres del mundo: Inglaterra, con su monarquía constitucional, y los Estados Unidos de la América del Norte, con sus instituciones republicanas".

²⁸ JOAQUÍN COSTA, *loc. cit.*, págs. 515 y sig. Y Falguera añadió : "El pueblo en que el jefe de la familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo, por más que se le deslumbre con otras libertades de oropel. La mejor de las libertades es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio conforme a nuestro libre albedrío y que no nos obliga a amoldarlo a la ciega voluntad del Estado, que no puede saber lo que nos conviene. ¿De qué sirven sin eso todas las demás 'libertades'? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?" págs. 13 y sig.

necesaria condición para su prosperidad y florecimiento, como ya observó Capmany respecto a Cataluña; si la pequeña propiedad no se volatiliza en manos de la curia, si la grande no degenera en pequeña, desmenuzada con exceso, imposibilitando a la Agricultura patria para sostener la competencia con la norteamericana, que tan gravemente preocupa en los momentos presentes de la economía política europea; si el rasero nivelador de las legítimas pasa periódicamente por nuestro territorio como ciclón asolador, derribando cercas y hogares y mudando a toda hora el aspecto de los campos; si la libertad de testar previene otro de los mayores daños que se siguen de la legítima, que los hijos de los propietarios en pequeño desciendan a jornaleros y los de éstos a proletarios; si por eso mismo y por cien otras causas de prolijo enumerar favorece a la democracia, todo esto hay que dejarlo íntegro a los congresos de economistas, de agricultores y de políticos. Nosotros debemos estudiar los problemas de Derecho con un criterio estrictamente jurídico, sin que nos preocupe en lo más mínimo si la solución defendida es más útil o menos útil que la impugnada, seguros, por lo demás, de que la cuestión económica va siempre envuelta en la jurídica, y que lo más justo es siempre lo más beneficioso y útil.²⁹

Hay que reconocer, sin embargo, que los defensores de la libertad de testar, aceptaron limitaciones y legítimas reducidas. Como señaló DURAN Y BAS el sistema de libertad de testar no significa que deba ser omnímoda, ilimitada esta libertad, pues admite a veces las legítimas y siempre la obligación de alimentos.

D.-Curiosamente, después de publicado el Código Civil la polémica desapareció, quizás porque su radicalismo tenía su origen en la rivalidad entre foralistas y partidarios de un Código Civil único, y al respetarse las peculiaridades forales se consideró que la regulación del

²⁹ Ob cit. pág 527 y ss.

FERMÍN CABALLERO *en su obra "Fomento de la población rural"* (Vitoria, 1886) atribuyó en parte a la libertad de testar las cualidades de los catalanes: "grande energía, amor a la patria, apego al trabajo, genio emprendedor, afición al comercio y a las artes, perseverancia en los propósitos"; así como el hallarse Cataluña "a la vanguardia de los adelantos útiles", su sobresalir "en industria y tráfico". Y afirmó que si su población rural no está tan bien establecida como en Vizcaya, Asturias y Galicia "se halla mejor que en el resto de España", "a lo cual contribuyen dos instituciones que le son peculiares: el fuero de Monzón de 1585..."

Un historiador, VICENS VIVES (*op. cit.*, pág. 43), ha confirmado que: "El comercio y la industria de Cataluña se ha creado con el esfuerzo de los segundones y con el de los herederos que velaban por ellos desde la masía lejana".

DURÁN Y BAS (*loc. cit.*, págs. 230 y sig.) había subrayado que la legítima reducida de un cuarto ya antes de las cortes de Monzón regía en Barcelona y en las poblaciones que disfrutaban de sus privilegios, y que todo el Principado pidió su aplicación, en dichas Cortes, dada la prosperidad que con aquel régimen de libertad había alcanzado Barcelona desde que, dos siglos y medio antes, le había sido concedida como Privilegio.

Código Civil respondía a las costumbres más arraigadas en los territorios en los que tradicionalmente se siguió la restricción legitimaria. Lo cierto es que los juristas no se plantean el problema; a lo más, se refieren a él de pasada y se limitan a estudiar rigurosamente los problemas técnicos que se derivan de la regulación de la legítimas.³⁰

Sin embargo, ya VALLET en su obra citada, analizó el problema y consideró que lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate, por lo que hay que valorar el clima moral y social de la época, las costumbres y usos vividos e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia influido por la geografía física y económica en la que se hallan ubicados. Y distinguió entre patrimonios dinámicos o de producción y estáticos o de ahorro, prefiriendo para los primeros el sistema de continuidad para mantener viva la explotación, y para los de ahorro el sistema igualitario. Y que el problema de los patrimonios dinámicos se da no sólo en los patrimonios agrarios, sino también en la empresa individual artesana, industrial o comercial e incluso en el caso del hogar como único bien familiar en el que conviven los padres ancianos y un hijo o hija que subviene a todas las cargas del hogar.³¹

En los últimos tiempos, aunque de modo tímido, se empieza a manifestar una cierta inquietud o preocupación por el problema que plantean las legítimas y se oyen algunas voces partidarias de una mayor libertad de testar. Así, ADOLFO CALATAYUD SIERRA, en una conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado en el año 1995, defendió con profundidad y sencillez la supresión de las legítimas y propuso un sistema de libertad de testar de amplio alcance, en el que al lado de la supresión de las legítimas material y formal se establecieran restricciones a las causas de ineficacia del testamento por razones formales, la admisión del testamento mancomunado, la integración de la voluntad del testador, si bien combinado con un derecho de alimentos.³² También DE LA ESPERANZA RODRIGUEZ defiende la libertad de testar, cuando dice que negarla nos llevaría a tener que negar libertades que hoy reconocemos como esenciales y sin las cuales la convivencia sería

³⁰ Así LACRUZ (ob cit) en una nota al pie de la página 10. JUAN JOSE RIVAS en Derecho de Sucesiones Tomo II, vol. 1º edición 2004, pág 346. Recientemente, MARIA MERCEDES BERMEJO PUMAR hace una serie de reflexiones en torno a la legítima y su fundamento, que para ella está en la familia natural o por adopción (“Instituciones de Derecho Privado” T. V, pág. 35).

³¹ ob cit pag 49 y ss.

³² “Consideraciones acerca de la libertad de testar” ACADEMIA SEVILLANA DEL NOTARIADO, Tomo IX, pág 241 y ss.

inimaginable.³³ MARTIN GARRIDO MELERO después de observar que cada vez más en nuestros despachos comparecen personas que no entienden por qué es obligatorio “reservar” una parte de nuestro patrimonio a un determinado familiar con el que nada nos une en la actualidad, y de reconocer que aunque el Derecho sucesorio catalán se encuentra mucho más preparado para responder a las nuevas necesidades (legítima corta de un cuarto, la desheredación por incumplimiento de pensiones establecidas en convenio judicialmente aprobado en los casos de separación divorcio o nulidad de matrimonio) es insuficiente para responder a las crisis entre padres e hijos distintas de la típicas de desheredación, pues en la mayoría de los casos la crisis no es más que el olvido y la falta de relación afectiva y efectiva; y se plantea hasta cuándo se deberá mantener el status quo en un área históricamente tan consolidada.³⁴

En las conclusiones del Congreso Notarial celebrado en Barcelona el 14 de mayo 2005, sobre el patrimonio familiar, profesional y empresarial, se propone acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica, y que a tal fin se considera muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación y transmisión de empresa familiar, como testamentos mancomunados, pactos sucesorios e instituciones fiduciarias que se ajusten al orden público económico.

V.-PROPUESTA DE UN NUEVO SISTEMA.-

1.-LIBERTAD DE TESTAR COMO BASE DEL SISTEMA.-

En el momento actual, sobre todo en el ámbito del Derecho común, existe, a mi juicio, un choque entre el sistema acogido por la regulación civil sobre las legítimas y la realidad social, que está demandando un cambio radical en el régimen sucesorio en orden a la libertad de testar.

Si ya en el siglo XIX, en el que las circunstancias sociales y económicas eran muy distintas, juristas tan prestigiosos defendieron con

³³ En “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión” Libro homenaje a Ildfonso Sánchez Mera” vol. I pag 1097 y ss.

³⁴ “Derecho sucesorio catalán (pasado y futuro de las instituciones)”. En LA NOTARIA, nº 3 del 2001, pág 29.

razones muy fundadas, tal como hemos visto, la libertad de testar, hoy es preciso meditar acerca de si los cambios operados en la estructura de la familia y en sus relaciones afectivas y económicas, explican y justifican la reacción de rechazo que nuestro sistema legitimario empieza a provocar, y también sobre la necesidad de plantearse una modificación sustancial del sistema.

En aquella época, las relaciones familiares eran intensas. Los hijos vivían normalmente en una situación de **acercamiento** constante a sus padres y también de dependencia económica y profesional. Tales relaciones se centraban físicamente en torno a la casa paterna, que constituía el centro referencial de la vivencias personales, y que se transmitía de generación en generación. La casa era la insignia de la familia, que le daba su nombre y por él era conocida (la casa de la familia ...). Pero no sólo la casa paterna era elemento físico de cohesión, sino también el patrimonio empresarial básico, ya fuese la finca o fincas rústicas de cuyas rentas y productos vivían, o la empresa industrial, o el local en donde se desarrollaba la profesión artesanal, los cuales eran conocidos por su adscripción a una familia, a un nombre, y se transmitían de generación en generación; y los hijos contribuían a esa perpetuación continuando el trabajo o la empresa de sus padres y velando por la conservación del nombre y del prestigio añadido al mismo.

Desde otro punto de vista, los padres eran respetados y atendidos por sus hijos hasta la muerte, que acaecía en el entorno y bajo el calor de la familia y en la casa paterna, en la que se velaba al difunto y de la que salía para la tumba, también familiar.

Veamos ahora los cambios operados en la configuración económica y en las relaciones afectivas de la familia, para comprobar si los mismos han de afectar al sistema legitimario, o desde otro punto de vista, si sigue teniendo fundamento limitar la libertad de libre disposición del patrimonio por causa de muerte.

a.- **El valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado sustancialmente. La casa hoy no es el elemento físico referencial** en el que se concentran las relaciones personales y afectivas. Ya no pueden ir referidas a ella las vivencias más importantes de una persona. Pues, tanto en la ciudad, en la que la vivienda suele radicar en un piso en régimen de propiedad horizontal, como también en los pueblos y en las zonas residenciales de las ciudades, en los que si bien perdura la vivienda unipersonal, “la casa” ya no es “característica”, no es referencia de una familia. La vivienda se ha hecho fungible, y las

personas cambian normalmente varias veces de vivienda a lo largo de su vida, bien sea por razones de trabajo o porque su situación económica ha mejorado, o para acomodarse a una nueva etapa vital como la de la jubilación, por ejemplo.

En todo caso, en una época como la de hoy, caracterizada por el cambio continuo y la comunicación rápida que facilita la movilidad geográfica, lo cierto es que la casa ya no es elemento referencial de la familia. Se ha fungibilizado.

Pero no sólo la casa sino también las finca rústicas, que han perdido su carácter principal en la consideración económica, y se han convertido en un elemento más del patrimonio, en una empresa agraria, no ligada a un nombre y con una acentuada fungibilidad. Que se venden para comprar otras más productivas o para invertir la contraprestación en otro tipo de bienes definitivamente fungibles (fondos, valores, etc) o desaparecen como rústicas, diluidas en una parcelación como consecuencia de una calificación urbanística.

Y ya no digamos la empresa familiar, en la que el nombre de la familia suele eludirse para que no resulte dañado por posibles avatares económicos adversos, refugiándose en el anonimato de una sociedad de responsabilidad limitada, atomizada en partes imaginarias, que todo lo más se materializan en títulos llamados acciones o en participaciones (meras referencias documentales en un escritura o en el libro de socios) o en una simple anotación.

Finalmente, hemos asistido a la extinción de los oficios artesanales y cualificados de transmisión familiar, basados en un aprendizaje muy largo y minucioso, que sólo la convivencia constante y el apego o afección adquirida desde muy joven permitió que sobrevivieran. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas las expectativas hereditarias respecto de los bienes a cuya conservación o adquisición habían contribuido. La mecanización y después la robotización han ido desplazando los oficios artesanales, basados en la experiencia de un maestro. En la actualidad, en que prevalece el afán de enriquecimiento y logros rápidos, han desaparecido prácticamente, porque los jóvenes son reacios a continuar en situación de dependencia y en un trabajo cuyos resultados se manifiestan a muy largo plazo y los rendimientos se consideran insuficientes.

Ante esta situación de ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio, ya no podemos basar la legítima en la conveniencia de que los bienes continúen en la familia, ni en el aspecto

retributivo que pudiera dársele a aquélla en función de una colaboración y dependencia profesional inexistentes.

Pero incluso, en el supuesto de que se considere la conveniencia de que la empresa continúe en la familia, los efectos perturbadores de la legítima, que ya habían puesto de relieve eminentes juristas en relación con el patrimonio dinámico, como hemos visto, hoy son más evidentes, pues, desaparecidos aquellos lazos afectivo patrimoniales, las legítimas incluso las colectivas resultan un grave escollo para el desarrollo de la actividad económica y social. Este exige una amplia libertad, necesaria para integrar en la empresa a las personas idóneas, sean o no parientes del empresario individual, y para poder comprometer en la marcha de la actividad profesional o empresarial a ciertas personas a través de pactos sucesorios, cuya posibilidad se impone también como complementaria de la libertad de testar.

b.- Desde otro punto de vista, el **de la relación personal y afectiva** entre padres e hijos, el cambio ha sido también profundo. Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono de los padres en muchos casos; especialmente cuando éstos se hacen mayores y se convierten en un carga, que los hijos, atareados en el quehacer múltiple y absorbidos y envueltos por el vertiginoso ritmo de vida actual, no están dispuestos a asumir.

Los hijos ya no viven la cercanía física de sus padres, con los que compartían ilusiones, alegrías, desgracias y vivencias. Buscan la independencia máxima, incluso eligiendo profesión u oficio distinto del de los padres, como hemos visto.

Además, los padres, en la mayoría de los casos, ya no son útiles para ayudar profesionalmente a los hijos, los cuales prescinden generalmente de su asistencia y enseñanzas, produciéndose un distanciamiento profesional e intelectual que repercute también o se añade al afectivo y personal.

Los padres han dejado de ser “maestros” en el oficio, pues las nuevas tecnologías, en continuo cambio y progreso, les sitúa en una posición bien distinta de aquella en la que la acumulación de experiencia era la única fuente de sabiduría y dominio de un oficio o profesión.

Cada vez es mayor el alejamiento físico, afectivo y asistencial de los hijos. De modo que la nota característica es hoy la **soledad y el distanciamiento. Es el egoísmo**, que rompe la cohesión auténtica y no meramente jurídica o formal de la familia. Resulta muy revelador, y

paradójico a la vez, que en tal situación los hijos mientras permanecen solteros, continúen, en muchos casos, viviendo con sus padres o, mejor dicho, utilizando la vivienda y los servicios gratuitos de sus padres, sin contribuir para nada al sostenimiento de los gastos comunes.

El alejamiento que estamos analizando se hace más patente cuando los padres se jubilan. Estos pierden, entonces, la compañía de las personas con la que trabajaban, y al aislamiento familiar se une el social. Con lo que la jubilación se convierte en la mayoría de los casos en causa de un apartamiento de la vida civil, la cual queda seriamente achicada. Es notorio el desinterés familiar y social por la persona jubilada, que queda desintegrado, teniendo que acudir a centros de la llamada eufemísticamente tercera edad en los que la relación se produce únicamente con personas que se hallan en la misma situación, y, por tanto, sin el enriquecimiento y vitalidad que supone la comunicación entre generaciones.

Además, la vida cada vez más acelerada, las múltiples ocupaciones de ambos cónyuges, la desaparición progresiva de la diversidad de funciones dentro de la familia, no sustituida, todavía, por una asimilación de la igualdad en relación con los deberes de asistencia, la lejanía real, en el tiempo, que acrecienta el tráfico intenso, sobre todo en las grandes ciudades, son otras tantas causas que dificultan seriamente la asunción de funciones asistenciales, para las cuales la cercanía física y afectiva resulta esencial.

En este trance, a las personas mayores no les queda otra opción que vivir los años en los que más necesitarían la integración con las nuevas generaciones, solas, sin atención afectiva ni económica, mientras físicamente puedan, y, luego, trasladarse a una residencia en la que terminan desintegrados desde el punto de vista familiar y social.³⁵

Por otra parte, no podemos olvidar que cada vez son más las personas con familias diversas, como consecuencia de divorcios y nuevas relaciones. Entonces el distanciamiento de algunos de los hijos puede ser todavía mayor, sobre todo cuando la separación se produjo a edades muy tempranas.

³⁵ De ahí que cada vez sea mayor la preocupación por el problema de la llamada tercera edad o de las personas mayores, y que cada vez sean más los proyectos de edificaciones con destino a residencias que atienden a esta necesidad, en las que se trata de ofrecer no sólo asistencia, sino ocupación y relaciones dentro de ese minimundo, que les sirvan para sobrellevar la soledad en un momento de la vida en que más necesitarían el afecto y cercanía de sus hijos.

Habrá que tener en cuenta, también, que la edad media de vida está aumentando considerablemente, lo que supone una dificultad más para la relación asistencial y la convivencia.

De este modo, el alejamiento de las personas con las que se ha convivido al principio de la vida y cuya dedicación y esfuerzos han permitido alcanzar a los hijos el nivel económico y cultural que les lleva a esa vida llena de ocupaciones “excesivas”, se ha convertido en nota característica de la sociedad actual.

c.-La legítima ante el cambio de circunstancias sociales y económicas de la familia.

Habrá que preguntarse entonces, si en la nueva situación tiene sentido seguir limitando la libertad de testar impidiendo que el propietario pueda disponer libremente a favor de las personas que, a su juicio, le han atendido y querido, o que pueden continuar su obra intelectual y social. Habrá que preguntarse si existe alguna razón para conservar la legítima que no sea la mera inercia de una norma por muy consolidada que esté históricamente.

En efecto, la legislación civil ha impuesto sobre el derecho de propiedad una limitación que afecta a su contenido esencial cual es el facultad de disposición en su manifestación mortis causa, en contradicción con el valor de la libertad. No se puede olvidar que la propiedad constituye el soporte básico, el ámbito jurídico mínimo para que la libertad pueda desarrollarse plenamente. Si la persona necesita el derecho de disponer libremente de sus bienes y puede hacerlo por actos intervivos y a título oneroso, habrá que preguntarse qué impedimento razonable existe para que no pueda hacerlo para después de su muerte.

El hombre necesita independencia económica para poder desarrollar su proyecto vital, en cuyo proyecto está incluido el destino de sus bienes para después de la muerte. La libertad de testar se manifiesta así como una proyección de la libertad del hombre, principio o valor fundamental para que pueda realizarse el de libre desarrollo de la personalidad, y del cual es derivación el derecho de propiedad.

La consideración de la propiedad como una manifestación de la libertad nos lleva a afirmar que cualquier limitación a la facultad de disponer del patrimonio que una persona ha creado, consustancial a aquel derecho, ha de tener un fundamento muy serio basado en la utilidad y la paz social.

Hoy no se pueden esgrimir razones de cohesión familiar, cuando no exista realmente, ni la necesidad social y económica de evitar la

concentración de riqueza, consecuencia ésta que se achacaba a la libertad de testar. Hoy, por el contrario, las limitaciones legitimarias constituyen un serio inconveniente para la continuación de la empresa y unas expectativas desincentivadoras del trabajo y esfuerzo personal.

Tampoco la igualdad de los hijos tiene que ver con la libertad de testar, como ya sostuvieron con muy fundados argumentos, ya analizados, prestigiosos juristas, entre los que destacaron JOAQUIN COSTA y SANCHEZ ROMAN. Al contrario, lo que su limitación provoca son expectativas injustas, dado el comportamiento desigual de los familiares favorecidos por la ciega y rígida limitación legal.

Es curioso que un jurista como JOAQUIN COSTA que aprovechando la idea krausista que considera que el individuo y los demás círculos de vida son también Estados, que entendió que la familia es un Estado de derecho tan soberano en su límite como el Estado nacional en el suyo y que el padre ejerce en su casa la misma autoridad que el rey en la nación, y que desde su “liberalismo” consideró la familia como ámbito necesario de integración del hombre, defendió de modo radical el principio de la libertad de testar.

Ya en el siglo XIX, se argumentó a favor de la primacía de la libertad por eminentes juristas, como hemos visto. A pesar de que la continuidad del patrimonio por sucesión podría entonces tener sentido, e incluso entender que venía de suyo, como algo natural, dado el esquema social típico de la familia. En efecto, ésta constituía un grupo cohesionado, en la que los hijos colaboraban en la creación y mantenimiento del patrimonio familiar, y se producía una comunidad de afectos y de esfuerzos que directa o indirectamente contribuían a engrosar el patrimonio de los padres, el cual constituía asiento fáctico y económico y referencia familiar.

Hoy, desaparecidas aquellas circunstancias, que hacían de la familia un ente comunitario objetivado, al margen de los afectos y desafectos, la familia es sencillamente un grupo íntimo con base en el amor y la atención recíproca, que se proyecta jurídicamente de modo más intenso e independiente en las obligaciones de los padres respecto de los hijos no emancipados, pero que decae como grupo comunitario cuando fallan los afectos y prima la desatención y el abandono, sin que sea razonable mantenerlo por mera imposición jurídica en tal caso.

Como señaló René KOENIG en el año 1946, la familia, en su doble condición biológica y social, evoluciona con más lentitud que el resto de la sociedad y por eso se encuentra con dificultades para adaptarse a los procesos acelerados que caracterizan lo social; pero eso mismo sirve para descubrir su estructura real y sus problemas

auténticos, así como las bases de su ordenación positiva. La desorganización que caracteriza la familia consiste en la perturbación que le causan diversas circunstancias sobre sus características fundamentales, principalmente su intimidad. Pero precisamente esa intimidad impone entre sus miembros la primacía de las relaciones personales, como las de amor, y eso se opone a la objetivación en sentido institucional, cuyo supuesto es siempre una cierta impersonalización. Por eso cuando fallan las relaciones personales la familia queda desorganizada. Pero la reducción de la familia a un grupo íntimo tiene como ventajas la capacidad de resistencia frente amenazas exteriores y el fortalecimiento de la personalidad, ya que la intimidad sólo puede existir allí donde la personalidad está intacta e inatacada. Y si se deja subsistir una comunidad familiar cuando han desaparecido aquellos supuestos, no es signo de buena organización familiar, sino de desorganización determinada por el egoísmo, que constituye para el orden íntimo de la familia una amenaza.³⁶

Desde esta perspectiva, la libertad de testar resurge como una defensa de la intimidad y consecuentemente de la personalidad, y el sistema legitimario impuesto desde el Estado, que pudiera estar justificado si se parte de que la familia es una comunidad objetivada, carece de base cuando está desorganizada, cuando han desaparecido el amor, la colaboración, la atención personal, e incluso las posibles adherencias patrimoniales que pudieran justificar un aspecto retributivo de las legítimas.

En estas circunstancias es la libertad de testar, precisamente, la que asegura la cohesión y, probablemente, el estímulo para la recomposición afectiva de la familia. Y la injerencia del Estado en la libertad de disposición del causante sólo podría sostenerse desde una concepción, apropiada quizás para la familia antigua, que la considera como institución jurídico social objetivada y no pondera sino que prescinde de las relaciones interpersonales por considerarlas jurídicamente irrelevantes.

En cambio, si entendemos la familia como un grupo íntimo, como realmente lo es hoy, basado en las relaciones afectivas, que no sólo institucionales, la imposición del Estado resulta insostenible, por no existir razones de peso que justifiquen la limitación legitimaria a libertad de testar.³⁷

³⁶ LEGAZ LACAMBRA "Filosofía del Derecho" 1953, pag. 626.

³⁷ Ni siquiera desde el punto de vista iusnaturalista, pues, como señaló VALLET (ob. cit. pag 21), la legítima resulta de una determinación que hace la norma positiva, no sólo en lo referente a la cuantía, sino también a su contenido. Y

Pues el merecimiento, el aspecto retributivo de la colaboración en su caso, el distanciamiento, la desatención y desaparición de los lazos afectivos, el egoísmo de los pretendidos legitimarios, sólo podrán ser valorados por el titular del patrimonio. Lo cual impedirá que se tengan en cuenta elementos inerciales, inexistentes, añoranzas del pasado, a todas luces insuficientes e inconsistentes para dar fundamento psicológico o jurídico al mantenimiento de tales limitaciones legitimarias.

El Estado no puede imponer restricciones a la libertad de disposición de la propiedad vulnerando el contenido esencial de un derecho básico. El Estado no puede imponerse a la voluntad del propietario señalando ciegamente qué tiene que hacer y cuál deber ser el reparto de sus bienes, en beneficio de unas personas que probablemente estén desvinculadas del grupo familiar, y cuyas cualidades y merecimientos sólo el propietario puede sopesar.

Por eso existe cada vez más rechazo e inquietud cuando, a la hora de testar, se comprueban las restricciones impuestas por el legislador, y poco convence el argumento de que ha sido siempre así históricamente.³⁸

Conviene tener en cuenta lo dispuesto en el art. 33 de la CE cuando establece que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia” y que sólo la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Aquella norma debe ponerse en relación con la del artículo 10 CE cuando dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo e la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social.

FRANCISCO PUY MUÑOZ (*Lecciones de Derecho Natural*, vol. 1, § 21, 2, cfr. 2.^a ed., Santiago de Compostela, 1970, pág. 445) considera que no es materia estricta de la ciencia del derecho natural el decidir *cuotas* de herencia en favor de nadie: sociedad, Estado, instituciones de beneficencia, cuerpos intermedios o familiares, según el grado de parentesco con el causahiente de que se trate", y, por tanto, "no son derechos naturales, porque no son materia de ley natural, sino campo de las conclusiones y determinaciones de la ley misma hechos por los legisladores humanos con preceptos positivos"

³⁸ Rechazo mayor y más justificado, todavía, cuando se trata de bienes gananciales generados con el esfuerzo del sobreviviente, el cual se encuentra con la situación, a todas luces injusta, en la que ha perdido parte ganancial del patrimonio del causante conseguido a lo largo de toda su vida gracias al esfuerzo y capacidad emprendedora del sobreviviente.

Es preciso recordar que el art 33 CE es una derivación de la libertad, de la cual la propiedad y la herencia no son más que consecuencias lógicas para su pleno y vital desarrollo. Que cualquier límite a la libertad de disponer, que constituye contenido esencial del derecho de propiedad, ha de tener el fundamento en una función social. Que el libre desarrollo de la personalidad impone la libertad de elegir el sucesor o sucesores, libertad que también constituye el contenido del derecho a la herencia, y sólo la falta de capacidad de una persona será el impedimento para poder ejercer aquella libertad.

El quid está pues en la función social que pueda delimitar el contenido de la propiedad y de la herencia. Y, por tanto, si las legítimas cumplen esa función social delimitadora. No puede negarse que, pese a la polémica que suscitó siempre el fundamento de las legítimas, pudieron cumplir una función de equidad en un momento histórico en el que el poder del padre de familia condicionaba sustancialmente el porvenir de sus hijos, en el que éstos contribuían con su esfuerzo al mantenimiento y desarrollo de la economía familiar.

En la actualidad, las relaciones de los hijos con los padres están presididas por la independencia de los hijos desde edad muy temprana, y por la realización de una trayectoria vital autónoma, desentendida y desprovista de relación continua con los padres, hasta llegar a la despreocupación total por ellos cuando se convierten en una carga.

Por otra parte, conviene no olvidar que la mayoría de los patrimonios están constituidos por la vivienda y, a lo más, un fondo de previsión que los padres van creando precisamente con el fin de atender a sus necesidades cuando ya no tengan fuerza para generar nuevos recursos que les permitan continuar su nivel de vida. Patrimonio generado durante muchos años de esfuerzo personal o compartido con el cónyuge, con el destino claro de asegurar una vida digna durante la vejez.

En tal situación, la legítima no sólo no cumple función social alguna, sino que se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez, en el que la libertad de disposición de su patrimonio desempeña la función primordial para la cual fue creado, que es subvenir a las atenciones que su vida reclama, sirviendo de substrato económico para que la persona pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte. En el caso de la empresa creada por el padre o la madre, la libertad de disponer es necesaria, además, para poder elegir a alguien con cualidades suficientes para poder continuar y posibilitar la subsistencia de esa obra intelectual y vital, además de económica, que implica la empresa individual.

La legítima hoy no sólo no cumple aquélla función, sino que constituye una causa de desprotección familiar, de una parte de la familia, que son los padres, que también son familia, precisamente la más necesitada y la generatriz, en beneficio de la otra parte que tiene su independencia, con la que se han cumplido los deberes y que ya no necesita especial protección.

Por eso la libertad de testar es hoy el instrumento más idóneo para ajustar el patrimonio a la finalidad que debe cumplir, que es atender a las necesidades del que lo ha creado. Y sólo la protección de la parte de la familia que lo necesite y en la medida que lo necesite será razón para su limitación.

De ahí que la libertad de testar haya que entenderla sin perjuicio de los deberes derivados de la filiación a que se refiere el artículo 39 CE cuando dice que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos ...durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”, y del de asistencia de los ascendientes, reconocido en el art. 50 CE cuando dispone que los poderes públicos, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán bienestar de las personas de la tercera edad, en relación con las atenciones de salud, vivienda, cultura y ocio, que se traducirán en derecho de alimentos de alcance sucesorio, tal como luego veremos.

2.-OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LOS HIJOS Y ASCENDIENTES.- ALIMENTOS.

En efecto, la libertad de testar no puede ser causa para eludir los deberes derivados de la filiación y familiares. El art. 39 de la CE después de afirmar que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden dentro o fuera del matrimonio a los hijos.

El Código civil desarrolla esta obligación constitucional. El artículo 110 CC dispone que el padre y la madre, aunque no ostenten al patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. El art. 154 CC después de establecer que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, señala que la patria potestad comprende el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Por su parte el art 158 CC dispone que el juez dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

Claro que tales obligaciones se refieren por el Código civil a los padres durante la minoría de edad de los hijos (el 154 habla de menores no emancipados). Desde luego, hay que entender que dichas obligaciones subsisten aunque se haya extinguido la patria potestad por pérdida de la misma y aunque los hijos hayan sido emancipados, como claramente establece el art. 110 CC. Además, y a pesar de lo dispuesto en dichos preceptos, la misma CE en su art. 39, si bien se refiere a la obligación de asistencia de los padres durante la minoría de edad de los hijos, deja a salvo los demás casos en que legalmente proceda. Y así, el artículo 142 CC extiende la obligación de alimentos después de la minoría de edad cuando el alimentista no haya terminado su formación por causa que no le fuere imputable.

Es cierto que la patria potestad se extingue con la muerte de los padres (art. 169 CC), y que la obligación de prestar alimentos cesa por la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme (art. 150 CC). Pero no sería razonable que el patrimonio de los padres quedare indemne, si se introduce la libertad de testar y se ejerce por los padres al margen de las obligaciones que tienen con los hijos menores de edad. Es entonces cuando la protección familiar ordenada en el art. 39 CE debe traducirse en un derecho de alimentos por vía legal sucesoria, limitando la libertad de testar, dada la funcionalidad social y familiar que en este caso sí, claramente, desempeña tal limitación.

Parece lógico considerar que aunque la obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado, si el padre o madre fallecen durante la minoría de edad de sus hijos, éstos deberán tener asegurado legalmente, con cargo a la herencia de sus padres, rentas o bienes necesarios para cubrir las necesidades a las que los padres hubieran debido atender si vivieran.

Lo que exigirá, en primer lugar, que si convivían con el fallecido deberá concedérsele el derecho de habitación de la casa o vivienda familiar, hasta que alcancen la mayoría de edad, como mínimo. En segundo lugar, y, en todo caso, la obligación por parte de los padres de dejarle los bienes o rentas necesarias para procurar asistencia de todo orden (alimentos, educación, vestido).

Ahora bien, si las obligaciones de los padres se extinguen, en principio, al llegar el hijo a la mayoría de edad y, en todo caso, cuando fallece el alimentista, ¿cómo fijar un límite temporal y el contenido económico del derecho de alimentos que supla la supresión de las legítimas?

Cuando la obligación legal se deba cumplir mediante una renta o atendiendo directamente los gastos que ocasione la asistencia, se plantean dos problemas, el de la determinación de la cuantía o valor y el de la fijación de un término o edad hasta la cual debería subsistir la obligación sucesoria de alimentos. En cuanto a la cuantía será la necesaria para continuar con el mismo nivel de educación que se había iniciado viviendo el padre o madre fallecida con el o los favorecidos o con los otros hijos, en su caso, o con referencia a personas del mismo nivel económico y social, ponderando no sólo el patrimonio neto dejado por el fallecido, sino también las necesidades derivadas de la trayectoria que el hijo siga en su formación profesional e integral. Más dudoso es determinar si la cuantía de la renta deberá sufrir las variaciones a que se refiere el artículo 147 (variación de las necesidades del alimentista) y 152 3º CC (extinción cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria o mejorado su fortuna, o por mala conducta o falta de aplicación al trabajo, etc). Pues tratándose de una obligación sucesoria que sustituye a la legítima, y, por tanto, a cargo de personas que carecen de los lazos afectivos que unen a los padres con los hijos y de los criterios de ponderación de los progenitores, probablemente deba regularse el derecho de alimentos con una mayor generosidad respecto de las causas de extinción y reducción. Para el cálculo deberá computarse la necesaria participación del otro progenitor en función de la situación económica de éste.

En todo caso, debería garantizarse el pago de la renta con los bienes de la herencia o de otro modo seguro.

Por lo que se refiere a la duración, un criterio razonable es el que se deriva del artículo 142 CC, cuando dispone que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea **menor de edad y aún después** cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Si se admitiese que se pueda cumplir el deber de alimentos con un legado o donación de bienes concretos, a modo de capitalización, deberían consistir éstos en dinero o bienes fácilmente realizables o susceptibles de producir rentas seguras. Pero ¿cómo fijar la entidad económica de tal atribución, cuando la edad del hijo no permita saber todavía cual va a ser su trayectoria profesional? Un criterio razonable podría ser el cálculo del capital necesario para atender una carrera, oficio, o profesión según el nivel iniciado por los padres con otros hijos o en otro caso con referencia a personas de su mismo nivel económico y social, necesario para cubrir los gastos hasta que los hijos alcancen la edad de 26 años, que es la que normalmente necesita una persona para lograr una formación que le permita autonomía económica.

Habrá que determinar, además, si la obligación de alimentos post mortem se extiende a los demás casos en los que los hijos, después del momento del fallecimiento de los padres, est n en situación de necesitarlos, aunque hayan superado la edad normal (26 años) para terminar su formación.

A mi juicio, la obligación de alimentos no puede quedar al albur de las vicisitudes de los hijos durante toda su vida. Sin embargo, si durante la vida del padre o madre fallecidos algún hijo hubiere quedado discapacitado, y éste convivía con él, que atendía sus necesidades, el progenitor en tal caso no puede desentenderse de su minusvalía, privándole de toda participación en la herencia, dejándole en manos de la asistencia pública. Lo que implica que en estos supuestos deberá tener el discapacitado la posibilidad de seguir viviendo en la casa familiar, mediante el correspondiente derecho de habitación, además del derecho a una pensión o alimentos mientras dure la situación de discapacidad.

Habrá que plantearse también la posibilidad de la obligación sucesoria de alimentos en el caso de hijos premuertos dejando a su vez hijos menores en situación de necesitarlos.

Este derecho de alimentos por vía sucesoria deberá extenderse también a los ascendientes mayores que convivan con el fallecido, aunque éste deje descendientes, siquiera habrá que ponderar la repercusión que debe tener la existencia de otros patrimonios paralelos como la de los hermanos del fallecido, hijos o nietos del ascendiente, que deberán contribuir proporcionalmente al sustento y asistencia del ascendiente en tales condiciones.

3.-OBLIGACIONES CON EL CÓNYUGE.-

Parece razonable que al cónyuge, mientras se conserve viudo y no conviva maritalmente con otra persona, cuando en el momento del fallecimiento del otro convivía con él, deberá concedérsele el derecho de habitación de la vivienda en la que vivían, que compartir  con los descendientes y, en su caso, con los ascendientes que tuvieren tal derecho.

Además, si al tiempo de fallecimiento, el cónyuge sobreviviente que convivía con el fallecido quedare en situación de pedir alimentos, deberá tener este derecho durante un plazo mínimo, como en la legislación catalana. Así como en el caso de que estuviera discapacitado en el momento del fallecimiento del causante.

Debería admitirse y regularse también el testamento mancomunado, como un instrumento útil no solo para liquidar de manera provisional y anticipadamente la sociedad de gananciales para después del fallecimiento de uno de los cónyuges, sino también para distribuir los bienes combinando los patrimonios de ambos, y decidir, en función de lo que el otro haga, respecto a su propio patrimonio.

4.-ESPECIALIDAD RESPECTO DE LOS BIENES QUE TIENEN UNA PROCEDENCIA FAMILIAR.

Es cierto que ni los bienes inmuebles como la casa o las fincas rústicas, ni la empresa tienen hoy el carácter y la adscripción a la trayectoria de una familia, tal como hemos visto. Ni la vivienda, que suele cambiarse durante la vida de una persona, ni las fincas, que tienen cada vez más un valor por las plusvalías futuras en caso de venta que por las rentas que producen. Son como hemos visto bienes cada vez más fungibilizados. No tienen valor afectivo especial ni siquiera referencial respecto al nombre o prestigio de una familia.

Sin embargo, y, pese, a ello, parece razonable considerar que el tratamiento de un patrimonio adquirido por herencia o donación de un ascendiente o un hermano en relación con la sucesión no puede ser el mismo que el de un patrimonio adquirido por el solo esfuerzo y trabajo del causante. En este último caso, como hemos visto, la libertad de disposición no debe tener otro límite que el que imponen los deberes familiares que un padre o madre o los hijos no pueden eludir.

Pero si los bienes proceden de un ascendiente o de un hermano a título gratuito, la libertad de disposición y consiguientemente, la de testar tiene su manifestación en la sucesión primera y debe incidir en ella posibilitando al donante o testador causante del patrimonio que pueda disponer en su donación o testamento que sus adquirentes tengan plena libertad de disposición, sin interferencias legitimarias; o, por el contrario, establecer sustituciones fideicomisarias, o preventivas de residuo, en su caso, o reversiones, dentro de los límites que la ley establezca.

Pero si nada dice el donante o testador primero, si se limita a establecer donaciones o legados o a nombrar herederos sin más, parece razonable que ese patrimonio que el heredero o legatario o donatario ha recibido gratuitamente, quede sometido a un sistema legitimario, como modo de integrar la voluntad del primer testador o donante del que proceden originariamente los bienes, pero limitada la legítima a los descendientes y con facultad de disposición entre el colectivo de los mismos.

5.- CONCLUSIONES.-

Sobre la base de las reflexiones que acabo de exponer, partiendo del rechazo que de modo generalizado se advierte en los despachos, de la ausencia de un fundamento consistente, como pudiera ser la protección familiar o la existencia de una función social de la legítima que justificara la limitación, y teniendo en cuenta los cambios operados en la realidad social que hacen más necesaria la protección de los que se esforzaron en crear y mantener un patrimonio, se impone la libertad de testar como manifestación de la libertad civil y como consecuencia básica de la defensa y conservación del contenido esencial del derecho de propiedad y de la herencia.

Considero, pues, necesario que se impulse una modificación del sistema sucesorio que acoja la libertad de disponer mortis causa, con el complemento de los pactos sucesorios y el testamento mancomunado, y con las limitaciones derivadas del deber de alimentos y del patrimonio familiar, en los términos señalados en este trabajo.