

DEFENSA DE LA LIBERTAD DE TESTAR¹

Por Victorio Magariños Blanco²

El tema de mi discurso se refiere a una manifestación de la libertad, que es una de las bases sobre la que se asienta el Derecho civil.

La protección a la persona, a la que sirve el Derecho civil, se hace de modo sustancial fortaleciendo su libertad de decisión. Por eso la autonomía de la voluntad se erige en principio que informa y preside la regulación de las relaciones privadas, especialmente en el ámbito del negocio jurídico.

Siquiera dicha protección exija una serie de límites connaturales, que se derivan de la responsabilidad por la voluntad expresada (respeto a la palabra dada), de la especial naturaleza de las relaciones que se crean, como la filiación o la convivencia, o de la misma defensa de la libertad, como las normas imperativas de protección al que contrata en situación de inferioridad.

Pero el negocio jurídico de la voluntad libre, por excelencia, es el testamento. El individuo expresa en él sus deseos, su voluntad, no sólo respecto al destino de sus bienes, incluso venciendo al tiempo (fideicomisos), sino también lo que quiere para su cuerpo e incluso para su alma. Solo, sin corresponsividad, sin contar con la conjunción de otras voluntades, y con la facultad de cambiarla. *Voluntas est lege. Voluntas ambulatoria est.*

Así se concibió, como veremos, por el Derecho romano clásico. En el cual se formuló la máxima “*in dubium pro libertate*”, referida inicialmente al ámbito sucesorio.

Sin embargo, la libertad para disponer mortis causa ha estado sujeta, a lo largo de la historia, a fuertes restricciones, debidas a la influencia de factores sociológicos, económicos, políticos y religiosos.

¹ Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (20/9/2016). Mis primeras palabras son de agradecimiento a la Academia de Derecho de Córdoba, que me ha honrado con la distinción de académico, integrándome en esta institución de prestigio internacional. Mi gratitud especial al Dr. Juan Carlos Palmero por las palabras de presentación, llenas de generosidad y de afecto. Es, además, para mí honor especial entrar a formar parte de la nación argentina. Ahora de manera institucional. Pues, sentimentalmente, lo estaba ya desde siempre.

Mi abuelo materno vivió su juventud en esta nación tan querida. Y los nombres de las ciudades de Buenos Aires y General Madariaga, en las que desarrolló su actividad, están unidos a los recuerdos de mi infancia. A la vuelta de mi vida me encuentro, ahora palpablemente y con especial acogimiento, con el sentimiento inicial, que se consolida y hace que sienta la nación argentina como propia.

Muchas gracias por este enriquecimiento espiritual.

² Académico correspondiente en España

Aun siendo la sucesión proyección de la persona para después de la muerte, y la libertad el valor clave en las relaciones privadas, el Estado se interpone todavía hoy, en medio mundo, imperativamente, estableciendo una reserva de parte del patrimonio de las personas a favor de otras, de modo excesivo y desajustado, como intentaré demostrar.

Pero conviene hacer, antes, un breve recuerdo histórico.

En el **Derecho Romano**, que tanto rigió e influyó en la evolución del Derecho civil, 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**.

Una reserva de parte legítima se introduce a fines de la República, por la vía de un procedimiento especial: la *querella inofficiosi testamenti*.

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, cuya cuantía, en un principio, se determinaba por el órgano judicial, atendiendo las circunstancias de cada caso. Posteriormente se fijó en la cuarta parte, y, por último, en un tercio.³

Pero, en la medida que el *officium pietatis* vuelve a utilizarse hoy por algunos civilistas como equivalente de moral social o moral crítica, para justificar la limitación legitimaria, es preciso aclarar su verdadera significación.

En Derecho romano, el posible componente ético del *officium pietatis* deriva de la especial estructura de la familia romana, en la que el hijo tiene el deber de reverencia y depende del padre para todos los actos de la vida. Por lo que existe, además, un trasfondo jurídico de justicia dada la situación de dependencia y aportación obligada que los sometidos a la potestad del padre hacían de su trabajo e ingresos al patrimonio familiar, del que el padre era titular y “administrador”.

El Derecho romano pervive durante toda la **época medieval** en los territorios del antiguo Imperio, en la sombra siempre y aflorando de modo más intenso en territorios como Italia, y Cataluña, a través de la escuela de Bolonia. Se puede decir que convive con el Derecho germánico y con las costumbres que se van gestando bajo la influencia del cristianismo.

En lo que se refiere a la libertad de testar, ya fuera por la consolidación de las costumbres germánicas de la comunidad familiar, ya por las conveniencias sociales y políticas, se fue asentando un sistema de fuerte restricción.

³ Alvaro D'Ors “Derecho Privado romano”, pág. 351. EUNSA 2004.

E incluso el modelo justiniano de herederos legitimarios colisionaba con el sistema hereditario del periodo medieval, en el que los hijos se consideraban herederos naturales y la única disposición patrimonial admisible era la cuota del alma, introducida por la doctrina de la Iglesia, a través de la obra de San Ambrosio, San Jerónimo y, sobre todo, San Agustín, al aconsejar en sus sermones que los fieles tuvieran a Cristo como un hijo más, dejándole una parte de la herencia como a ellos, aconsejando la caridad. Hasta tal punto que un autor como Schultze consideró que la cuota de libre disposición germánica es una consecuencia de la cuota disponible a favor del alma, producto de la caridad cristiana conforme a la predicación agustiniana.

Los diferentes derechos consuetudinarios desarrollan modalidades muy distintas de sucesión, pero, en general alejadas del modelo romano. Y una fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en la mayoría de los Fueros y Leyes reales, y pervive hoy después de resistir la obra sistemática de la Codificación.

El **Código francés**, que recibe el impacto de las ideas liberales e individualistas de la Ilustración, que exaltan la autonomía de la voluntad y las facultades omnímodas de disposición, sin embargo, paradójicamente, al considerar que la libertad de testar era fuente de desigualdades y un medio para concentrar la riqueza en pocas manos, establece la obligación de reservar a favor de hijos y ascendientes una parte importante de la herencia.

El **Código civil alemán** acoge un sistema de limitación a la libertad de testar, siguiendo la concepción germánica de la herencia como propiedad familiar.

También establecen fuertes restricciones el **Código civil italiano** y los de las demás naciones de **Europa continental**, salvo los de los países procedentes de la antigua Unión Soviética, que acogen la legítima asistencial.

Especial consideración merece el **proceso codificador español**, que dio lugar a un debate en relación con las legítimas, de los más apasionantes que se han producido en el mundo del Derecho privado. Defendieron la libertad de testar, de forma brillante y con argumentos de peso, juristas de la talla de **Giner de los Ríos, Duran y Bas, Joaquín Costa y Sanchez Román**.

Pero finalmente triunfó la tesis del entonces Ministro de Justicia **Alonso Martínez**, favorable a la legítima tradicional de Castilla. Y el Código Civil español reguló la legítima de los hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge, fijando la de aquéllos, en los dos tercios de la herencia, siquiera un tercio de la misma, el de mejora, es de disposición libre entre los descendientes.

El triunfo de la legítima castellana fue posible gracias a un pacto legislativo que permitió la conservación de los Derechos forales. Y así, al lado del sistema del Código Civil, conviven en España una diversidad de regímenes sucesorios, algunos de amplia libertad, que hace de la legislación española un fenómeno excepcional en la historia del Derecho. Su pervivencia, resistiendo la fuerza de arrastre del Código civil, constituye una

demostración de cómo la libertad de testar ha superado la prueba del tiempo, sin que se conozcan efectos perjudiciales desde el punto de vista social y familiar. Así:

Cataluña, conserva la legítima romana de un cuarto de la herencia.

En la mayor parte del **País vasco** se conservó la legítima de los descendientes (4/5 del caudal, reducida hoy a 1/3) pero con una amplia libertad para distribuirla entre los sucesores de cada línea, apartando a los demás (legítima colectiva).⁴ En el **territorio de Ayala**, en Álava, rige la absoluta libertad de testar.

En **Aragón** subsistió la legítima colectiva de los referida a los descendientes (2/3 del caudal, hoy reducida a 1/2).

En **Navarra** rige el sistema de absoluta libertad de testar.

Amplia libertad que se complementa con la obligación de alimentos a favor de los descendientes, y con el usufructo vidual, de fuerte carácter familiar, que no sucesorio.

Pero en la mayor parte de la Europa continental triunfó y sigue vigente un sistema de fuerte limitación a la libertad de testar. Que se expandió a la mayoría de los **países iberoamericanos**, los cuales conservan sistemas restrictivos. Salvo **Cuba**, que siguiendo el de los antiguos países comunistas, acoge un sistema de legítima asistencial, limitada a parientes necesitados.

Contrasta con lo sucedido en el ámbito **anglosajón**. El liberalismo que triunfó plenamente en Inglaterra, proyectó su influencia en el Derecho civil, y se manifestó en el reconocimiento del derecho de propiedad como derecho absoluto, que implica la libertad de transmisión tanto inter vivos como mortis causa.

Sólo el testador decide cómo se va a distribuir su herencia y quien va a recibirla, y la ley respalda el derecho de cada individuo a disponer de sus bienes por muy excéntrica que pueda parecer tal decisión a otras personas, a salvo la obligación de alimentos.

La libertad de testar así concebida se ha extendido por casi todos los países de la órbita del common law, e incluso a los de tradición hispana más cercanos geográficamente a los EEUU, como México, Costa Rica, Honduras y Panamá.

Esta es, en síntesis, la situación legal actual.

Después de publicado el Código civil, en España la polémica que le había precedido, sobre la pertinencia de las legítimas, se acalló. Y los juristas no se preocuparon de los efectos de la restricción de la libertad en el ámbito familiar y social. Se limitaron a analizar los problemas técnicos que se derivan de su regulación, al que dedicaron toda su atención y estudio.

⁴ Completada por la troncalidad con la que se trata de evitar que los patrimonios se desvíen de la línea familiar de procedencia, a voluntad del heredero.

Así, los civilistas, incluso los que con más profundidad estudiaron las legítimas, eluden los problemas que en la realidad social y familiar plantea tan fuerte sistema restrictivo. Se han limitado a desplegar el ingenio interpretativo, tratando de flexibilizar el sistema, pero sin ponerlo en cuestión.

La mayoría de los juristas teóricos actuales siguen apegados, como luego veremos, al sistema legitimario tradicional, que consideran **núcleo duro** del Derecho sucesorio. Y a lo más que llegan es a proponer una reducción de la cuantía de las legítimas y una mayor flexibilidad cualitativa.

Pero los estudios del Derecho, con la mirada puesta en las necesidades reales de la vida, si se quiere que tengan verdadera eficacia, no puede limitarse a tímidos y a veces ingeniosos esfuerzos interpretativos, con el fin de sacar algún provecho de preceptos legales, a pesar de que se consideren estrechos e injustos. El jurista tiene, a mi juicio, que denunciar y proponer las soluciones adecuadas, sin apegos inerciales basados en la veneración de normas aunque estén desajustadas.

Por mi profesión de Notario, he podido comprobar que el sistema legitimario provoca serios problemas de justicia, limitando en exceso y sin fundamento sólido una de sus coordenadas, que es la libertad. Y también que causa un sentimiento de rechazo cada vez más generalizado en las personas que pretenden otorgar testamento.

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

Marido y mujer quieren otorgar testamento de modo que la propiedad plena de sus bienes, que, en la mayoría de los casos, se reducen a la vivienda y el mobiliario, pase íntegra al sobreviviente sin límites ni obligación de compensar a los descendientes. Pero la ley se lo impide.

Una persona desea dejar sus bienes al hijo que le cuida, pues sus otros hijos, ya situados, le visitan protocolariamente de vez en cuando. La ley se lo impide.

Una persona, a la que sus hijos ya mayores e independientes ni le ayudan en su negocio, ni se interesan por su vida, quiere designar libremente al heredero que continúe la empresa, y que el resto de sus bienes pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez.

Un padre viudo, que es dueño de un negocio, tiene un solo hijo soltero, ya mayor, que no muestra el menor interés por continuar la obra de su padre, 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, a lo más, el negocio conjunto, adquiridos con su esfuerzo, no puede dejárselo íntegro a su cónyuge. Pues la ley se lo impide con la legítima de los ascendientes.

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. Y manifiestan rechazo y un sentimiento de injusticia, exclamando: pero ¡qué ley es esa!⁵

Incluso en los casos en los que su voluntad no queda alterada por la imposición legal, les resulta chocante e inadmisibles; pues tal imposición resta valor a la generosidad, dejando en la sombra la causa de la disposición que es el amor o el afecto; oculta y desvalorizada por la imperatividad de la ley.

En la mayoría de los casos, los que otorgan testamento, lo hacen resignadamente, con la conciencia de que el Estado les está privando de un derecho tan sustancial como el de poder disponer libremente de sus bienes; la mayor parte de las veces en un momento tan delicado como es el de la jubilación o vejez. Y también de la posibilidad de ejercer la equidad mediante una distribución que les permita tener en cuenta comportamientos, afectos y méritos, que sólo ellos están en condiciones de conocer.

Por lo tanto, creo que también el jurista debe preguntarse qué ley es ésta. Y hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario, analizar las razones por las que un gran número de ciudadanos manifiestan tal rechazo; y si no ha llegado la hora de modificar el sistema sucesorio para adaptarlo a las necesidades del tiempo en que vivimos.

Ante este panorama, en el año 1995, propuse a la Academia Sevillana del Notariado que entonces presidía, tratar el problema a fondo mediante estudios que analizaran rigurosamente las causas de lo que ya se percibía como una anomalía legal. Se inició con el trabajo del notario ADOLFO CALATAYUD, quien, con seria argumentación, defendió la libertad de testar.

En el año 2005, solicité a la Asociación de Notarios Joaquín Costa que organizase un seminario sobre el problema de las legítimas. Se hizo en el Colegio Notarial de Madrid. Intervino como moderador VALLET DE GOYTISOLO. Se presentaron tres ponencias: la del magistrado del Tribunal Supremo O'CALLAHAN, y las del Notario RAFAEL LEÑA y la mía, las tres coincidentes en la defensa de la libertad de testar.

En el año 2012 presenté al Congreso del Notariado Español una ponencia titulada “La libertad de testar. Una reforma necesaria”. Que dio lugar a un trabajo que se publicó en la Revista Internacional del Notariado, editada en Buenos Aires.

En las conclusiones del Congreso se aprobó que “10.-Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal.”

⁵ La justicia normalmente y de modo primario se manifiesta no como el resultado de un proceso intelectual, sino como un sentimiento, como una reacción psíquica de sufrimiento e indignación.

Contrasta la opinión de los Notarios con la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en las Jornadas celebradas en Santander en 2006, que rechazó la propuesta de suprimir la legítima de los descendientes, aceptando su reducción a la mitad del caudal hereditario. En las Conclusiones de dichas Jornadas se recomendó la necesidad de abrir un debate sobre la reducción de la legítima de los descendientes y la generalización de su pago en dinero. Y se consideró que una modificación sustancial del sistema legitimario, “núcleo duro” del Derecho de Sucesiones, requiere particulares estudios y amplio consenso, ya que el valor simbólico de estas reglas es muy fuerte.

Sin embargo, en los últimos años cada vez son más los juristas que defienden la libertad de testar y, desde luego, una reducción considerable de las legítimas.

El propio legislador ha tomado conciencia del problema, mediante modificaciones para aligerar las restricciones, movido por la necesidad de proteger a discapacitados y de mantener viva la empresa familiar.

Así, las del Código civil español, al permitir gravámenes sobre la legítima y la posibilidad de pago en dinero. La Ley gallega de 2006 que la reduce a la cuarta parte. La aragonesa de 2011 que la reduce a la mitad de la herencia, y la del País Vasco de 2015 a un tercio.

Especial mención merece la reforma del Código civil de Cataluña por Ley 25/2010 de 29 de julio, en cuyo Preámbulo se dice que la reducción de los derechos de los legitimarios es ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en la que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

Los Códigos francés, italiano y alemán han sido modificados para favorecer a personas discapacitadas y la conservación de la empresa familiar.

También el nuevo Código civil de Argentina, aunque muy tímidamente, reduce la tradicional legítima, sin atreverse el legislador a introducir la libertad del tercio de mejora, que queda limitada a discapacitados (mejora asistencial).

Sin embargo, existe todavía una fuerte resistencia por parte, sobre todo, de los civilistas profesores hacia la libertad de testar. Utilizan para defender la pervivencia de las legítimas una serie de argumentos, que analizaré a continuación.

1º Se dice por algún autor que su supresión supondría un salto o bandazo que no es conveniente ni prudente realizar, teniendo en cuenta el peso de la **tradición** de tantos siglos y **el carácter simbólico** que la legítima tiene como elemento de protección de la familia. Aunque se reconoce la conveniencia de una reducción sucesiva de la cuantía.

Pero si se admite la pertinencia de la reducción sucesiva, lo que implica el reconocimiento de la falta de un fundamento sólido de la misma, retrasar la solución justa en base a la tradición o su carácter simbólico carece de consistencia.

En principio, la tradición como base de una norma carece de solidez si no existe un fundamento jurídico de peso añadido. Como pudiera ser, en el caso de la legítima, la protección a personas respecto de las cuales existe un deber de ayuda basada en la necesidad de atenderlas por su edad o discapacidad, como veremos.

Pero, además, los cambios sociales que afectan a la estructura de la familia, operados en los últimos años, hacen que el supuesto de hecho de la norma que ampara la legítima haya cambiado sustancialmente, y que la llamada a la tradición sea inoportuna.

Veamos tales cambios:

a.- El valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado sustancialmente. Ya no es un factor de cohesión.

La casa ya no es referencia de una familia. La vivienda se ha hecho fungible.

También las fincas rústicas, que, normalmente se integran en una empresa agraria, bajo el manto de una sociedad atomizada en múltiples participaciones sociales.

En cuanto a la empresa familiar, en la que el nombre de la familia suele eludirse para que no resulte dañado por posibles avatares económicos adversos, los efectos perturbadores de la legítima son hoy más evidentes. Hasta tal punto que han sido causa de las modificaciones legislativas antes señaladas.

Hemos asistido, también, a la extinción de los oficios artesanales y cualificados de transmisión familiar, basados en un aprendizaje largo y minucioso, que sólo la convivencia constante y el apego o afección adquirida desde edad muy temprana permitió que sobrevivieran. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias.

Los padres ya “no se sirven”, como en otros tiempos, de los hijos para que les ayuden en su profesión o empresa, sino que, por el contrario, normalmente destinan una parte importante de sus ingresos en favor de los hijos, para darles formación independiente y según sus preferencias.⁶

Ante esta situación de ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio, ya no podemos fundar la legítima en la conveniencia de la continuidad de aquél en la familia, ni en el aspecto retributivo que pudiera tener la legítima debido a la colaboración y dependencia profesional, hoy inexistentes en gran parte de los casos.

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, actualmente predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono en muchos casos; especialmente cuando los padres se hacen mayores

⁶ La mecanización y robotización han ido desplazando los oficios artesanales, basados en la experiencia de un maestro.

y se convierten en una carga, que los hijos, atareados en el quehacer múltiple y absorbidos y envueltos en el vertiginoso ritmo de vida actual, no están dispuestos a asumir.

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

c) Tampoco 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.

d) También afecta a la convivencia familiar el aumento de la expectativa de vida, que genera distanciamiento de los descendientes, ya que en muchos casos implica una carga asistencial, que no están dispuestos o en condiciones de asumir. Sin que se pueda olvidar que, normalmente, cuando fallecen los padres los hijos están ya situados, y, en muchas ocasiones, mejor que sus progenitores.

Todos estos factores de aislamiento intergeneracional provocan la necesidad de asegurar la propia protección y cuidado del testador hasta el día de su fallecimiento. Ya sea a través de disposiciones condicionales o modales, que chocan con la intangibilidad de la legítima, o mediante la disposición libre a favor de las personas que lo merezcan, que una cuota legitimaria ciega e impuesta impide.

Ante esta nueva situación, a la que se ha llegado a causa de los cambios acaecidos en nuestra sociedad, la apelación a la tradición queda en vacío. Menos consistencia todavía tiene el carácter simbólico de la legítima; en la medida que ésta limita gravemente la facultad de disposición, ínsita en el derecho de propiedad.

2º Otro de los argumentos que se aducen a favor de la legítima es la **solidaridad familiar intergeneracional**.

El mismo Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 19 de abril de 2005, blindó la legítima marcando al legislador ordinario los límites y principios a los que tiene que sujetarse en base a aquella exigencia. Consideró dicho Tribunal que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente, pues a pesar de los cambios progresivos en la evolución de las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia, y sus fundamentos aún se explican en base a los principios de solidaridad familiar y el de protección a la familia.

El Tribunal alemán, de modo dogmático e irreal considera que el patrimonio de padres e hijos se mantiene e incrementa gracias a la ayuda mutua y recíproca entre ellos.

Pero, aparte de la inconsistencia de aseveración tan radical, la solidaridad como fundamento de una restricción a la libertad sólo podría aceptarse jurídicamente cuando se

refiere a personas necesitadas, lo que daría paso a una obligación de asistencia o de alimentos.

La solidaridad no puede constituir fundamento razonable para imponer el reparto o atribución forzosa a favor de personas a las que después de haber dedicado atenciones y desvelos durante media vida, de ayudarles en las necesidades de la niñez, sufrir las preocupaciones de la adolescencia, soportar los gastos y dedicación que requiere su formación integral, tengan, además, que dejarles forzosamente buena parte del resto que quede de su patrimonio. En tal caso no se puede hablar de solidaridad, en cambio sí de falta de equidad.

3º Otras de las razones que se utilizan es la **moral social** o **moral crítica**.-

Aun reconociendo que la libertad de testar es el sistema más adecuado, algún autor, volviendo la mirada al viejo "*officium pietatis*" romano, pone de relieve la importancia que pudieran tener la moral social y la moral crítica como criterios para rechazar contenidos testamentarios que "aparezcan como arbitrarios o injustificados"; y sugiere la utilidad de considerar el normal proceder de los testadores, que se entiende reflejado en el orden legal de suceder abintestato, como criterio generalmente justo, predeterminado por el legislador por razones de corrección, del que acaso los particulares sólo podrían desviarse por buenos motivos, es decir, por una "causa lícita" suficiente para legitimar la disposición.

Con lo que se desvía la solución del problema hacia una técnica semejante a la desheredación, causalizando la disposición en base al concepto difuso de moral social.

Sin embargo, el simple carácter supletorio del orden de suceder abintestato, demuestra que la libre disposición debe ser prioritaria. Además, si se aplica aquella solución, la supresión de la legítima sería más dañosa para la libertad, ya que el sistema legitimario ofrece un mayor margen de disposición que el igualitario de la sucesión intestada.

En una sociedad avanzada el criterio moral no pueda basarse sólo en el parentesco, que tiene que ver más con la perpetuación del linaje o la estirpe. El parentesco, por sí solo, no puede constituir fundamento ético si no le acompañan otras circunstancias, como necesidades derivadas de la edad o de discapacidades.

Una moral auténtica nos lleva a preferir a personas que ayuden y asistan con dedicación y afecto al testador, o que puedan continuar con eficacia la obra social emprendida o proyectada por él. Y desde luego, a la atención a los más necesitados, directamente o a través de fundaciones u otras instituciones.

4º Por último se dice que la legítima es el **medio de evitar la captación de voluntad** de los padres de edad avanzada y los comportamientos oportunistas. Se entiende que las legítimas supondrían un freno o cinturón de seguridad frente a decisiones "erróneas" o debidas a "influencias excesivas", considerando como tales las que desvían el patrimonio de su normal trayectoria familiar, es decir, las que marginan a los llamados "herederos forzosos". Sin embargo, es preciso tener en cuenta:

1° Que el peligro de influencias afectivas existe en todos los actos de la vida, cualquiera que sea la edad y la situación en que una persona se encuentre.

2° Se incurriría en una injusta solución generalizadora, pues para evitar un comportamiento irregular excepcional, quedarían afectados todos los testadores.

3° El sistema de legítimas, y más con la reducción que se está operando en la mayoría de las legislaciones, es inadecuado para resolver el problema de la captación, pues siempre quedará un amplio margen de libertad “captada”.

4° Se pretende resolver un problema con un instrumento jurídico excesivo e inadecuado. Pues el Derecho tiene medios equilibrados y apropiados para ello. El preventivo de la intervención asesora y controladora notarial y el decisorio judicial que determinará si la disposición deberá quedar sin efecto por falta de capacidad o por consentimiento viciado.

Los problemas de “voluntad extravagante”, “testador vulnerable”, “limitada autonomía de personas de avanzada edad”, que siempre han existido, son problemas de incapacidad o de voluntad viciada, y en base a ello tendrán que resolverse.

Para lo cual sería conveniente impulsar medidas preventivas de defensa de la libertad. Regulando el amparo del negocio jurídico, a través de una actuación notarial rigurosa, que permita desvelar interferencias captatorias, así como comprobar la coherencia necesaria que evidencie el consentimiento libre y no viciado de los testadores.

Analizada la evolución legal del sistema legitimario, los cambios sociales operados, los problemas que plantea de equidad, el rechazo cada vez más extendido en los testadores, la resistencia de los civilistas contra la libertad de testar y sus argumentos, corresponde ahora exponer las razones para sustituir el sistema de límites por uno de libertad de testar.

La mayoría de las Constituciones acogen como derechos fundamentales la propiedad y la herencia, que no son más que derivaciones lógicas de la libertad, necesaria para el pleno desarrollo de la personalidad.

La libertad de disposición de los bienes para después de la muerte constituye contenido esencial del derecho de propiedad y de la herencia.

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. El Estado no puede limitar la libertad de disposición vulnerando un derecho básico, salvo que exista razón de peso.

Tal razón o fundamento sólo podrá ser una función social. El quid está pues en saber si las legítimas cumplen hoy 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 gravemente el porvenir de sus hijos, quienes, a la vez, contribuían con su esfuerzo al mantenimiento y desarrollo de la economía familiar.

Hoy, como ya hemos visto, se ha producido el fenómeno inverso. Los padres atienden a los hijos no sólo hasta la mayoría de edad, sino hasta que logran situarse social y económicamente, hasta que logran plena independencia. Para lo cual detraen de su patrimonio los recursos necesarios.

Una vez situados, los hijos siguen una trayectoria vital autónoma, y, en muchos casos, desentendida y desprovista de relación con los padres, hasta llegar a la despreocupación por ellos cuando se convierten en una carga.⁷

Pero, además, una atribución legal imperativa y ciega, al margen del mérito, a salvo los deberes a los que luego aludiré, crea unas expectativas que restan incentivo al esfuerzo personal, que es parte de la formación de los hijos, que los padres deben propiciar. La obligación de los padres de dejarles parte de sus bienes, al margen de su comportamiento, es también causa de desvíos y desatenciones que afectan negativamente a la cohesión familiar, a la que apelan los defensores de las legítimas.

Por otra parte, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, 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 las necesidades de la familia que de ellos depende y luego las suyas propias, para cuando carezcan de energía y fuerza vital y no puedan generar nuevos recursos. Patrimonio resultante de muchos años de esfuerzo personal o compartido con el cónyuge, que les queda después de detraer un parte sustancial para mantener y formar a sus hijos.

En segundo lugar, que la familia ya no es una comunidad objetivada, al margen de afectos y desafectos, unida por apellidos y un patrimonio. La fuerza de la familia de hoy está en su intimidad, vinculada al amor y a la ayuda recíproca; aspectos que sólo el testador puede apreciar.

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 cumple una función primordial, que es subvenir a las atenciones que su vida reclama, sirviendo de substrato económico para que la persona pueda vivir plena y dignamente hasta el momento de su muerte.

La legítima constituye hoy, pues, 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 han cumplido sus deberes y que ya no necesita especial protección.

⁷ Resulta muy revelador, y paradójico a la vez, que hoy 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. Y que aun casados se sirven de sus padres ya ancianos para que les cuiden a sus propios hijos y les faciliten el descanso.

Por eso existe cada vez más rechazo e inquietud cuando, a la hora de testar, se comprueban las restricciones impuestas por el legislador, y no convence ni el argumento de que ha sido siempre así históricamente, ni el de que con tales limitaciones se evitan los casos (excepcionales) de voluntad manipulada, ni el de una solidaridad indiscriminada, que se traduce en inequidad, tal como hemos visto.

Por eso la libertad de testar es hoy el instrumento más idóneo para ajustar el patrimonio a su finalidad, que es facilitar la proyección personal de su creador o titular, permitiendo que fije su destino del modo que cree conveniente. Pues el testador es el que puede conocer y sopesar todas las circunstancias y, por lo tanto, el que con mayor aproximación puede ejercer la equidad, y atender de modo más certero a la conservación de los patrimonios dinámicos, como la empresa, evitando su desintegración.

Solamente la protección de la parte de la familia que lo necesite y en la medida que lo necesite será razón para su limitación. Por ello, la libertad de testar deberá entenderse, sin perjuicio de los deberes de asistencia a los hijos durante su minoría de edad y aún después, hasta que puedan adquirir independencia económica, y en los casos de discapacidad, y a los ascendientes y al cónyuge o conviviente en este último supuesto.

Deberes que originan obligaciones y derechos correlativos, que no son, en sentido estricto, límites a la libertad de disposición sino obligaciones razonables derivadas de responsabilidades contraídas por las personas; que si no se cumplen en vida del causante inciden lógicamente en el ámbito sucesorio. Y cuya cuantía debería determinarse en función de las necesidades que merezcan protección. No mediante una cuota fija, que difícilmente será proporcionada; ya que al depender de la cuantía de la herencia resultará normalmente insuficiente o excesiva.

El legislador debe tomar conciencia del problema y dictar las normas adecuadas. Pero al jurista compete señalar la insuficiencia o inadecuación de las leyes y proponer soluciones justas. Concretamente, en este caso, deberá denunciar que el sistema legitimario de la mayoría de los países no responde ya a las necesidades reales, y que su regulación es desproporcionada y, por lo tanto injusta.

En base a las reflexiones expuestas en este discurso, considerando los cambios operados en la realidad social, el rechazo a la limitación legitimaria que de modo generalizado se advierte en los testadores, la falta de un fundamento consistente de la legítima, habrá que concluir que **la libertad de disposición mortis causa** responde hoy con mayor aproximación a las exigencias de la equidad, y que en cuanto constituye contenido esencial del derecho de propiedad y de la herencia merece y exige el amparo del legislador.

Es pues necesario que se impulse una modificación del sistema, en el que se recoja la libertad de disponer mortis causa, suprimiendo el privilegio de adquirir bienes por razón de parentesco forzando la voluntad de su titular, y, por lo tanto, al margen del afecto, del esfuerzo y del mérito. Sin perjuicio de las repercusiones sucesorias que se deriven de los deberes referidos de atención y alimentos.

Termino este discurso en defensa de la libertad de testar con unas palabras, esclarecedoras, que la escritora y jurista gallega CONCEPCIÓN ARENAL dijo, hace más de un siglo:⁸

‘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; 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.’”

⁸ La cuestión social: Cartas a un señor, 21ª.