

Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Importancia social del régimen sucesorio del país.—2. Formas fundamentales de sucesión: a) La acumulación hereditaria forzosa; b) La división hereditaria forzosa; c) La libertad de testar.—3. Sistema negativo, sistemas restrictivos de la herencia—Sociedad organizada en cuerpos intermedios, con la familia como célula primera, y sociedad de masas: el problema de su coexistencia. Conveniente separación entre poder económico y poder político. 4. Sistemas de libertad relativa de testar, o de legítimas.—5. Argumentos en pro y en contra de la libertad de testar y de las legítimas: A) EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR. a) De carácter *individualista*: 1.º, Los derechos de personalidad y libertad. 2.º, El derecho de propiedad.—6. b) Argumentos de carácter *familiar*.—7. Réplica a estos argumentos: la posibilidad de abusos.—8. c) Argumentos de carácter *político*.—9. d) Argumentos de *utilidad social*.—10. c) Argumentos de carácter *empírico* o *práctico*.—11. B) EN FAVOR DE LAS LEGÍTIMAS: a) Razones de tipo *individualista*: el principio de la *igualdad* y su controversia.—12. b) Razones de carácter propiamente *jurídico*: 1.º, *La copropiedad familiar*.—13. 2.º, El llamado *fideicomiso tácito*.—14. 3.º, *Los deberes de la paternidad*.—15. c) Razones de tipo *político*. Su discusión.—16. d) Razones de orden *económico* o *práctico*. Su análisis y confrontación con la realidad.—17. ¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar?; ¿cuál es su medida?—18. Los deberes morales de colocar y dotar a la prole, ¿pueden traducirse jurídicamente de modo objetivo y concreto?—19. Circunstancias determinantes de la respuesta adecuada en cada sistema: a) Clima moral existente; b) Costumbres y usos vividos; c) Objeto o contenido de la sucesión.—20. Distinción al respecto entre: *patrimonios dinámicos* o de *producción*, y *patrimonios estáticos* o de *ahorro rentista*.—21. El problema en la pequeña y en la mediana propiedad rústica. Fórmulas para conservar, sin desmembrarlo, el *fundus instructus*: las vinculaciones, la indivisibilidad forzosa y la libertad de disponer utilizada a dicho fin en testamento o en contrato sucesorio.

1. La temática de la justificación de las legítimas y de su significado está unida a la del mismo Derecho sucesorio. Presupuesta la admisión de la propiedad y del patrimonio privados, sin los cuales el Derecho sucesorio no tendría lugar, se plantea su destino una vez haya muerto su titular. Desechada su atribución al Estado, o a cualquier otro ente público, que equivaldría a marcar el tránsito en pro-

(*) Este trabajo se publicará en su día, D. m., como capítulo 1.º de la parte I de la obra en preparación: *Limitaciones de Derecho sucesorio de la facultad de disponer*, correspondiente al volumen LVIII del Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, del Instituto de Estudios Jurídicos.

gresión geométrica hacia la socialización total, queda por buscar la persona privada que deba suceder (1).

La importancia de la elección del régimen sucesorio con referencia precisamente a la libertad de testar o a la atribución o distribución forzosa de la herencia en una u otra forma, es mayor de lo que generalmente se cree. Su real medida, con visión dilatada y profunda, nos la ofrece el texto de Tocqueville que a continuación transcribimos (2):

“Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los negocios humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son la expresión. Tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues se apoderan en cierto modo de las generaciones aun antes de que nazcan. Por su medio se halla armado el hombre de un poder casi divino sobre el poder de sus semejantes. El legislador arregla una la sucesión de sus ciudadanos, y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra, puede retirar de ella su mano, la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno de cierta cabeza la propiedad y poco después el poder hace surgir, en cierto modo, del suelo a la aristocracia. Conducida por otros principios y lanzada en otra senda, su acción es más rápida todavía; divide, distribuye y disemina los bienes y el poder; acontece entonces, algunas veces, que asusta la rapidez de su marcha; desesperando de detener su movimiento, se procura al menos suscitar ante ella dificultades y obstáculos; se quiere contrapesar su acción por medio de esfuerzos contrarios; ¡ciudadanos inútiles!, destruye o hace volar en pedazos todo cuanto encuentra a su paso, se levanta y vuelve a caer incesantemente sobre el suelo, hasta que ya no presenta a la vista más que un polvo movido e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia.”

2. Antón Menger (3) escrutó la existencia de tres formas fundamentales de sucesión, a saber:

a) La de *acumulación hereditaria forzosa*, que pretende mantener todo el patrimonio unido, con un solo titular que forzosamente lo vaya transmitiendo sin dividir, de generación en generación, dando

(1) Cfr. nuestro *Panorama de Derecho Civil* (Barcelona, 1963), tema XI, número 1, págs. 262 y ss.

(2) ALEJANDRO DE TOCQUEVILLE: *De la democracia en América*, con un examen de la democracia en los Estados Unidos y Suiza”, vers. española (Madrid, 1894), cap. III, pág. 37.

Cfr. también José de Liñán y Eguizábal, *Estudio sobre la libertad de testar*, § I y notas 3 a 7, en *Estudios Jurídicos*, 1.^a serie (Madrid-Bilbao, 1898), páginas 5 y ss.

(3) A. MENGER: *El Derecho civil y los pobres*, trad. española de A. Posada (Madrid, 1898), cap. V, n. LIV, págs. 393 y ss.

lugar a acumulaciones progresivas por la unión en sucesivas generaciones, al patrimonio vinculado, del perteneciente a quien contraiga matrimonio con su actual titular y por los incrementos del ahorro.

b) El sistema de *división hereditaria forzosa*, generalmente igualitaria.

c) Y, finalmente, el sistema de *libertad de testar*.

Buscando las raíces filosóficas de estos sistemas, ha observado Gustav Radbruch (4) que:

“El principio individualista del derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte.”

“Empero, tanto la sucesión intestada como el sistema de legítimas, son también susceptibles de una fundamentación inmediata individualista y no ciertamente desde el punto de vista del causante, sino desde el del heredero”.

“La función familiar del derecho hereditario puede fundamentarse no sólo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del supraindividualismo. La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales, sino que más bien abraza como una unidad, sobre la distancia de los tiempos, a las generaciones presentes y pasadas y sobre las diferencias de los grados a todos los parientes próximos y lejanos”... “Lo que en la concepción individualista de la función familiar del derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción supraindividualista a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el fideicomiso y el derecho hereditario integral.”

“En este punto surge la contradicción con el punto de vista de la concepción igualitaria democrática... la herencia de la riqueza significa en el otro extremo del orden social la herencia de la pobreza.”

“De semejantes consideraciones surge continuamente la exigencia, aun manteniendo la propiedad privada, de la limitación o abolición del derecho hereditario. Y... semejante abolición... llevaría, en un tiempo imprevisible, a poner en manos del Estado todo el patrimonio nacional y a fundar, por tanto, el socialismo.”

“Sin embargo, en defensa del derecho hereditario privado, especialmente en su forma de aglomeración forzosa de herencia, se han aportado también motivos sociales”... en “el sentido de conservar una determinada unidad económica más allá de la muerte de su fundador. La conciencia de pervivir en la obra es un impulso justísimo en la creación cultural y económica. El precepto fundamental de un orden sucesorio así entendido rezaría: “Sólo puede ser heredero aquel que esté llamado a continuar poniendo en obra los fines verdaderos

(4) GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, trad. española de la 3.^a edición alemana (Madrid, 1952), § 21, págs. 206 y ss.

de la propiedad" (5); "¿En quién mejor puede continuar viviendo la obra—se pregunta (6)—que en manos de aquellos que crecieron en el círculo de la acción del causante, o que éste ha formado como continuadores, es decir, sus herederos legales o voluntarios?"

3. Queda un último sistema totalmente negativo de la herencia, o que la restringe a ciertos bienes de uso y consumo, porque el Estado absorbe la propiedad de todos los bienes, o por lo menos de los de producción. Formas intermedias son aquellas que con elevados impuestos sucesorios reducen la sucesión voluntaria o la familiar a la parte, más o menos reducida, no absorbida por dichos impuestos (7):

Al llegar a este punto y a medida que profundizamos en nuestro tema, observamos que sus raíces se aproximan a las que constituyen el fundamento de la propiedad privada. Recordemos la frase de Thiers (8): "instituyendo la propiedad personal dio la sociedad al hombre el único estímulo que puede excitarle a trabajar. Faltábale una cosa: hacer infinito el estímulo, y éste fue su objeto al instituir la propiedad hereditaria".

Tenemos frente a frente: una sociedad organizada en cuerpos intermedios naturales, con la familia como célula primera (9), de una parte,

(5) BUSCHAUER: *Das Erbnrecht (La injusticia de la herencia)*, 1918, página 53 [cita de Radbruch].

(6) SCHAFFLE: *Kapitalismus und Sozialismus*, 1870, 4.^a conf. [cita de Radbruch].

(7) Este régimen es el que realmente rige entre nosotros en la línea colateral de parentesco, dando lugar a la desaparición de casas labradoras o a su salida de las familias que durante varias generaciones las habitaron y, paralelamente, con respecto a industrias o establecimientos mercantiles explotados familiarmente. Sólo la ocultación de valor evita a veces el efecto destructor del impuesto sucesorio.

(8) LOUIS ADOLPHE THIERS: *La propiedad*, cap. X *in fine* y cap. VII, donde afirma: "Que la propiedad no es completa sino cuando es transmitida por donación o por herencia" (Cfr. ed. castellana, Madrid, 1886, pág. 81 y pág. 65). Cfr. también MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en relación con las legislaciones forales*, cap. IV, Sec. I, (2.^a ed., Madrid, 1947, págs. 49 y ss), donde transcribe varias páginas de su libro sobre la propiedad.

(9) FEDERICO LE PLAY (*L'Organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps —paris 1871—* Lib. I, capítulo I, §§ 2 y ss., págs. 9 y ss.) distinguió: La *famille patriarcale* en el cual varias generaciones se agrupan en el hogar paterno en el que continúan los hijos, aunque se casen; régimen característico de los pueblos pastores, que en las épocas buenas resulta equitativo, pero en períodos de corrupción oprime a sus individuos y decae en la rutina o en la miseria. La *famille instable* donde el individuo no se reúne en torno a un hogar y en la que el nido paterno, que se deshace a cada generación, lo abandonan los hijos tan pronto pueden bastarse a sí mismos, régimen característico en tiempos primitivos de los pueblos cazadores y hoy en las masas de las grandes aglomeraciones urbanas, que admiten cortas épocas de prosperidad por el impulso de hombres superiores, pero que en las épocas duras son arrastradas al exceso de individualismo y de insaciables deseos de novedad. Y la *famille souche*, en la que uno sólo de los hijos se casa en el hogar paterno, conviviendo en él con padres, abuelos y hermanos o tíos solteros, continuando las tradiciones familiares; régimen característico de los pueblos labradores, que concilia mejor que los otros la virtud con un cierto desarrollo de la riqueza en los individuos y de la fuerza en los gobernantes.

y, de otra, una sociedad de masas tutelada y dirigida por el Estado (10). Ante la evidencia de que en los países no comunizados conviven, más o menos, una sociedad de familias y una masa amorfa de población, la diversidad de ambos sistemas se muestra según sea la tendencia predominante: bien la de masificar a todos en un régimen orientado hacia el socialismo, en el cual el Estado pretende proveer de todo a todos, absorbiendo al máximo, a dicho fin, el poder económico y, con él, todo el poder en orden monetario (11); o bien, por el contra-

(10) "El hecho de la masa no consiste en el gran número, en algo cuantitativo, sino que consiste en algo cualitativo, a saber: en la falta de estructura. Masa es lo amorfo, lo que no tiene *trama*, urdimbre, ni estructura: es la mera reunión o contigüidad de partículas iguales. Ahora bien, esa falta de estructura es idéntica con la apatridia espiritual. La causa primera más *profunda* de la masificación es el desarraigo religioso; pero su causa primaria *inmediata* es el dogma moderno de la igualdad, el cual se produce como efecto de aquella apatridia espiritual. Sucede que la apatridia religiosa arranca al hombre de la estructura *metafísica* de su existencia: el hombre deja de estar arraigado en un orden eterno. El dogma de la igualdad de todos arranca al hombre de su estructura *social*, destruye la estructura orgánica... Lo que decide no es el número, lo que decide es únicamente la estructura. Ahora bien, hay estructura sólo en virtud de lo desigual". (EMIL BRUNNER: *La justicia*, traducción al español de la 1.ª edición, Zurich, 1943, por Luis Recaséns Siches, México, 1961, cap. XIX, págs. 229 y s.).

"Pueblo y multitud amorfa, o, como suele decirse, "masa", son dos conceptos diferentes. El pueblo vive y se mueve por su vida propia; la masa, es de por sí inerte, y sólo puede ser movida desde fuera. El pueblo vive de la plenitud de vida de los hombres que lo componen, cada uno de los cuales—en su propio puesto y según su manera propia—es una persona consciente de su propia responsabilidad y sus propias acciones. La masa, por el contrario, es para el impulso del exterior fácil juguete en manos de cualquiera que explote sus instintos o sus impresiones, presta a seguir sucesivamente hoy esta bandera; mañana, otra distinta. De la exuberancia de vida de un verdadero pueblo, se difunde la vida abundante y rica, por el Estado y por todos los organismos de éste, infundiéndoles con un vigor renovado sin cesar, la conciencia de su propia responsabilidad, el sentido verdadero del bien común. El Estado, por el contrario, puede servirse también de la fuerza elemental de la masa, manejada y aprovechada con habilidad; en las manos ambiciosas de uno sólo o de muchos, reagrupados artificialmente por tendencias egoístas; el Estado mismo puede con el apoyo de la masa, reducida a simple máquina, imponer su capricho a la parte mejor del verdadero pueblo; el interés común queda gravemente lesionado por largo tiempo, y la herida es, con frecuencia, muy difícil de curar" (PIO XII, Radiomensaje de Navidad de 1944, *Benignitas et humanitas*, I, 17).

(11) Recordemos que la doctrina clásica (SANTO TOMÁS DE AQUINO, BARTOLO DE SAXOFERRATO, NICOLÁS ORESMIO, DIEGO COVARRUVIAS y los Papas INOCENCIO III, INOCENCIO IV y BONIFACIO VIII), consideró fuera de la competencia del Príncipe la alteración del valor de la moneda (cf. nuestro trabajo *La antite-sis Inflación-Justicia*, en Rev. Jurídica de Cataluña, T. LIX, septiembre-octubre 1960, págs. 531-582, o en Rev. Internacional del Notariado, año XIII, números 50-51-2.ª y 3.ª trimestres 1961, págs. 46-111). La diversidad de puntos de vista entre la orientación de una sociedad organizada sobre la base de la familia y de la responsabilidad de su jefe, de una parte, y de otra, la de una organización totalitaria de signo estatal, al ser aplicada a las finanzas públicas, se refleja en la admonición de PIO XII, en su *Discurso a los Participantes en el Congreso del Instituto Internacional de Finanzas Públicas* (2 octubre 1948): "absteneros de aquellas medidas que, no obstante su virtuosidad técnica, quitan y hieren el sentido de lo justo y de lo injusto del pueblo, o que desplazan a un

rio, se procure desmasificar, promoviendo el acceso de la masa a la pequeña propiedad familiar.

Es de resaltar, bajo este aspecto, que: mientras la concentración de la seguridad social en las solas manos del Estado (12) y su control de la llamada democratización de la enseñanza o igualdad de oportunidades (13), con la consiguiente asunción por la administración del enorme volumen de fondos que ello supone, conducen al primer resultado; otras tendencias, que en nuestro país paradójicamente fueron propugnadas por algún partido político situado antes de nuestra guerra a la izquierda, como el ideal de “*la caseta y l’hortet*” (la casita y el huertecito) para cada trabajador, de ser realizados llevarían al opuesto resultado de la desmasificación y la no estatificación, es decir, por lo tanto, en una dirección contraria al socialismo.

“El derecho de propiedad incluso de los bienes de producción —ha dicho Juan XXIII en *Mater et Magistra* (14)—, tiene un valor *permanente* por la precisa razón de que es un *derecho natural* fundado en la prioridad ontológica y teológica de los individuos sobre la sociedad...”

En otro plano —como ha dicho Haessle (15)— “hay que reconocer con el testimonio de la experiencia universal que el principal estimulante del trabajo, sea intelectual o manual, es el interés perso-

plano secundario su fuerza vital, su ambición de recoger los frutos de su propio trabajo, su preocupación por la seguridad familiar: consideraciones que en el espíritu del legislador deben tener el primero y no el último rango”.

Estas medidas, con su “virtuosidad técnica”, cuando no es debida a simples razones políticas —“*es siempre una política desaprensiva y criminal lo que la provoca*”, ha calificado duramente LUDWIG ERHARD (*Bienestar para todos*, versión española de la 4.^a ed. alemana, Barcelona, 1961, cap. XII, pág. 213)—, tiende a sustituir la seguridad familiar por la seguridad social, consiguiendo, por lo menos, destruir la primera, pero sin lograr alcanzar la segunda en forma efectiva, sino tan sólo de modo ilusorio (cfr. ERHARD, loc. y pág. cit.). ¡Díganlo si no los pensionistas, que son las primeras víctimas de la inflación!

(12) Cfr. L. ERHARD (op. y cap. cit., págs. 213 a 216), que concluye optando entre las dos tendencias a que venimos haciendo referencia en el texto: “Bastante mejor iría a nuestro pueblo, en el terreno de lo social, si en vez de tanta voluntad social colectivista demostrásemos más sentido y actividad verdaderamente “social”. Pero lo uno aniquila a lo otro. Por eso, la última cuestión que se nos plantea es ésta: De acuerdo con el deseo y en la última obligación de que ningún alemán se vea expuesto a la miseria, ¿hacemos bien en ahogar por completo las mejores virtudes humanas en el colectivismo perfeccionado, o no deberíamos más bien declarar *guerra a muerte* al pernicioso espíritu colectivista, afanándose por aumentar la prosperidad y abriendo cada vez mayores oportunidades a la *adquisición de propiedad personal*?” (págs. 215-216).

(13) Cfr. CLAUDE HARMEL: *La nouvelle question sociale: celle que va créer la democratization de l’enseignement*, en *Etudes sociales et syndicales* (octubre 1963), referencia en *Itinéraires*, núm. 80, febrero 1964, págs. 190 y ss.; y RAFAEL GAMBRA: *El llamado plan de extensión en la enseñanza media*, en *Nuestro Tiempo*, núm. 119, págs. 659 y ss. y en *Rev. Educación Nacional* núm. 164, y “La democratización de la enseñanza media”, *VERBO*, núm. 26-27, págs. 401 y ss.

(14) JUAN XXIII: *Mater et Magistra*, núm. 32.

(15) J. HAESSELE: *Le travail*, ed. Desclé de Brouwer, Bruselas. Cfr. también JEAN OUSSET y MICHEL CREUZET: *El Trabajo*, trad. española de la 2.^a ed. francesa —Madrid, 1964, ed. Speiro—, I parte, cap. II, págs. 33 y ss.

nal, el pensamiento de beneficiarse o de beneficiar a su descendencia, de los frutos de la producción, tanto más abundantes cuanto más intensamente se haya trabajado”.

También desde ese punto de vista empírico se ve confirmado aquel principio antes enunciado. Como Roubier (16) y Coing (17) han afirmado, no es posible compaginar la prosperidad duradera ni la libertad con una economía centralmente dirigida.

Sin duda por esa experiencia, que empieza a olvidarse demasiado, es por lo que una de las creencias básicas de nuestra civilización—como ha subrayado Salleron (18)—radica en la distinción entre *poder económico* y *poder político*, basado aquél en la propiedad. En una propiedad privada unida al poder de gestión y al riesgo de la gestión personal del propietario sufrida por éste en sus propios bienes (19).

(16) PAUL ROUBIER: *Théorie Générale du Droit*, núm. 27, III (cfr. 2.^a ed., París, 1951, págs. 250 y s.), ha escrito que “la idea de que la totalidad de los intereses particulares puede ser controlada por los poderes públicos que harían reinar su concepción superior de un orden justo, es una idea que poco puede resistir la prueba de la práctica”... “la preocupación de las escuelas socialistas de velar por una justa distribución de las riquezas conduce demasiado frecuentemente a hacerlas insuficientemente atentas a lo que puede estimular su producción”... “la disminución de las garantías de la propiedad privada, consecuencia casi fatal de un sistema de economía dirigida, no puede llevar más que a un empobrecimiento rápido de la sociedad”... “cuantas veces los males sociales son evitados por la abundancia y la prosperidad, mientras la armonía de los intereses se halla comprometida cuando una sociedad debe vivir con medios empobrecidos”.

(17) HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (vers. española, Barcelona, 1961), cap. VI, n. V-2 *in fine*, pág. 231. Pues: 1.^o Las decisiones de planificación quedan en manos de la burocracia (la cual, por encima de todo, tenderá a imponer sus particulares intereses de cuerpo). 2.^o Escapan también a los Tribunales de justicia, a los que se impide actuar en oposición a los objetivos del plan. 3.^o No se pueden mantener los derechos fundamentales del hombre, ni la libre elección de profesión, ni la elección de residencia, ni la libertad de opinión cuando el Estado tiene el monopolio de libros y periódicos; la propiedad pierde su función más esencial, y el individuo que se encuentra ante una sola posibilidad, la del Estado, cae en dependencia de los titulares del poder político, puesto que no puede, como en un régimen capitalista, buscarse otro patrono. 4.^o El Estado, como organización de poder que es, convertirá su administración de la economía en otro medio de poder.

(18) LOUIS SALLERON: *Sur un livre de M. Bloch-Lainé; pouvoir et propriété dans l'entreprise*, en *Itinéraires* 75 (Agosto, 1963), pág. 59, traducido al castellano en VERBO núm. 28-29, pág. 438.

(19) FRIEDRICK A. HAYEK (*Camino de servidumbre*—trad. española de la 2.^a ed. inglesa, Madrid, 1950—, cap. VIII, págs. 107 y ss.) ha escrito: “Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la más importante garantía de libertad, no sólo para quienes poseen propiedad, sino también y apenas en menor grado para quienes no la tienen. No hay quien tenga poder completo sobre nosotros, y, como individuos, podemos decir en lo que hace a nosotros mismos y gracias tan sólo a que el dominio de los medios de producción está dividido entre muchas personas que actúan independientemente. Si todos los medios de producción estuvieran en una sola mano, fuese nominalmente la de la sociedad o la de un dictador, quien ejerciese este dominio tendría un poder completo sobre nosotros.”

Así, la propiedad privada y consiguientemente su régimen sucesorio deben mantenerse fuera del alcance del poder político y de la administración pública, como una necesidad social de la libertad y del progreso real (20).

4. Lo expuesto puede ofrecernos una primera base para orientarnos en la solución del problema fundamental del Derecho sucesorio que aquí examinamos.

(20) Nos contentaremos con tres citas a este respecto: la de un profesor francés especializado en teoría general del Derecho, Paul Roubier; la del profesor vienés de Ética y Ciencias Sociales, Johannes Messner, y la de un teólogo especializado en estudios sociales, el padre Jean-Ives Calvez S. I., que ha modificado en cierto modo su posición ante la propiedad privada como redescubriéndola.

RUBIER (loc. cit., págs. 251 y s.) señala cómo el defecto más grave del Estado dirigista, "que en este sistema tiene por papel ordenar el conjunto de los intereses económicos, acaba por aparecer como un conglomerado de estos intereses, animado por un egoísmo colectivo que le sirve de sostén y de propulsor. En lugar de los intereses egoístas de los individuos, que el Estado intenta en este sistema disciplinar de una manera satisfactoria en su seno, va a manifestarse un nuevo egoísmo que tendrá prontamente un carácter monstruoso...".

MESSNER (*Die Soziale Frage*, 1.^a ed., Innsbruck, 1965, ed. española por Manuel Heredero Higuera —Madrid, 1960—, *La cuestión social*, § 126, páginas 459 y s.) ha explicado que el derecho de propiedad privada "constituye el más sólido baluarte "institucional" contra la concentración de poder en el Estado: es ésta la indudable enseñanza de la historia reciente de la humanidad. Decimos el baluarte "institucional", pues el baluarte "moral" que en las democracias liberales de Occidente debiera constituir la responsabilidad moral de los ciudadanos para con sus derechos de libertad ha probado su falta de fiabilidad en la democracia de masas. Al baluarte institucional aludido van ligados intereses, de los cuales precisa la naturaleza humana como acicate. Lo que la doctrina cristiana del Derecho natural dice acerca de la conveniencia de la institución de la propiedad privada tiene su base plenamente en un conocimiento realista de la naturaleza humana tal como ésta es, en no escasa medida como consecuencia del pecado original. Sabe, por consiguiente, también que en caso de una supresión o limitación de la función social de la propiedad privada se pone en movimiento una dinámica de intereses la de la sociedad de masas, que actúa en el sentido de la concentración del poder en el Estado providencia".

El padre Calvez ("*Eglise et Société Economique, L'Enseignement social de Jean XXIII*" —París, 1963—, cap. II, n. III, págs. 38 y s.), después de exponer que "nuevas razones o más bien razones nuevamente aparecidas en un contexto sociológico transformado militan hoy a favor de la propiedad privada", explica que: "Hoy la sociedad, el Estado, en virtud del progreso técnico y de la complejidad creciente de la vida social tienen cada vez más de empresa y más poder sobre el individuo. Si bien este poder es abundantemente benéfico, también puede convertirse en tiránico y agresivo; cuando esto se produce, la tiranía es tanto más grave cuanto mayores son los beneficios que puede reportar una sociedad más moderna. Es, pues, dañoso que el hombre dependa íntegramente de la sociedad; es conveniente que conserve recursos independientes de lo que reciba de la sociedad. La propiedad privada es así necesaria para garantizar a las personas su prioridad respecto de la sociedad; que no tiene otro fin que su desarrollo"... Llegando a afirmar que "la propiedad privada no sirve sólo de equilibrio entre el individuo libre y la sociedad en general. En el plano particular de lo político, la existencia de la propiedad privada es una condición concreta de las libertades".

Situados en polos opuestos los regímenes de *sucesión forzosa* —ya sea en función de *concentración*, o bien en la de *distribución* que generalice con carácter forzoso, para todos los casos, la sucesión interesada— y de *libertad de testar*, hallamos en un término ecléctico los sistemas intermedios de las *legítimas* y de la *libertad relativa de testar*.

El sistema de la *libertad relativa de testar* supone —como nos dice Sánchez Román (21)—: de un lado, la más absoluta restricción en lo relativo a las personas que han de ser instituidas herederos; y, de otro, la más amplia libertad, por lo que toca a la distribución de los bienes (22).

Sistemas de *legítimas* son aquellos que cuantitativamente dividen contablemente la herencia en una porción de libre disposición y en otra forzosa, de la cual el causante: o bien carece de facultad de disponer, por disponer de ella directamente la ley; o bien tan sólo puede disponer a favor de las personas y en la proporción que la ley ordena.

Finalmente, cabe un sistema mixto de los de libertad relativa de testar y de legítimas, que encarna el régimen castellano de *legítimas y mejoras*.

5. Todo el período codificador del Código civil español vivió en un clima polémico en torno al régimen sucesorio a elegir 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. Su estudio, sin duda, es uno de los más instructivos y formativos que pueden ofrecerse a un jurista (23).

Un resumen de los argumentos aducidos por ambas partes, puede sintetizarse así:

A) *En favor de la libertad de testar.*

a) Argumentos de carácter *individualista*:

1.º Los derechos de personalidad y de libertad: “porque el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza

(21) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI-II (2.ª edición, Madrid, 1910), cap. XIV, § 1.º, n. 6, pág. 716.

(22) Encarnó históricamente este sistema el Derecho aragonés de los Fueros *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium*.

El Fuero 1.º, *De testamentis nobilium*, se redactó en las Cortes de Aragón del año 1307, reinando Jaime II, y concedió a los nobles, militares e infanzones, la facultad de instituir heredero *al que quisieren* de sus hijos, dejando a los otros *lo que les pareciere*. Y el Fuero *De testamentis civium* de las Cortes de Daroca de 1311, bajo el mismo monarca, hizo extensiva a todo el reino sin distinción la facultad antes otorgada a los nobles, estableciéndose que todos los ciudadanos, indistintamente, pudiesen instituir heredero al hijo que bien visto les fuese, dejando a los otros *lo que les placiere* (“*quantum eis placuerit relinquendo*”).

(23) Cfr. FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, t. II (Madrid, 1952), Apéndice número 7, páginas 325 y ss.; JOAQUÍN CADAFALCH Y BAGUÑA, “*Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge superviviente?*” (Madrid, 1862); SEGISMUNDO MORET

racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no pueden ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias”, y “porque esa libertad le permite cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida han creado, que le son imputables, y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos (24).

2.º El derecho de propiedad (25), que “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 conciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien menos conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento” (26)... “y habría que transformar radicalmente el *concepto* y el *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, que los mismos partidarios de las *legítimas* le reconocen sin dificultad, fuera de los casos y recurso de instar la declaración de *prodigalidad*...” (27).

6. b) Argumentos de *carácter familiar*.

La familia compendia y ordena un conjunto de relaciones, cada una de las cuales constituye un lazo natural—matrimonio, en una humanidad constituida por la dualidad de sexos; poder paterno, y parentesco—que, “como tal, está por encima de la humanidad misma *ius naturale*. Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo”. Estamos repitiendo palabras de Sa-

Y PRENDEGAST y LUIS SILVELA, *La familia foral y la familia castellana* (Madrid, 1863); JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*, publicado en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses* (Madrid, 1883), págs. 500 y ss.; MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), cap. IV, págs. 197 y ss.; LUIS FRANCO LÓPEZ, *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Aragonés*, parte segunda, III (Zaragoza, 1886), págs. 69 y ss.; MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IX, especialmente su sección IV (Cfr. 2.º ed., 1947, págs. 39 y ss. y especialmente págs. 145 y ss.). Puede hallarse una espléndida exposición general de la polémica en torno a este tema en Felipe Sánchez Román, op. y vol. y cap. cit., § 2.º, n. 8 a 19, págs. 719 y ss.

(24) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 8, pág. 721.

(25) Cfr. CADAFALCH Y BAGUÑÁ, op. cit., cap. XVIII, págs. 104 y ss.; FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS, *Resumen de Filosofía del Derecho* (por Giner de los Ríos y Antonio Calderón), § 117 (cfr. últ. ed., Madrid, 1926, vol. II, página 88); DURÁN Y BAS, loc. cit., págs. 206 y ss.; GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, t. III (Madrid, 1883), capítulo VIII, § 2.º *in fine*, pág. 82.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 8, pág. 720.

(27) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., n. 20, pág. 752.

vigny (28), que prosigue: “Esta relación natural es a la vez, y necesariamente para el hombre, una relación moral...” a la que viene a “unirsele la forma jurídica”... “De aquí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al Derecho positivo y aún puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la parte más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico.”

La familia, más que una relación de derecho es una relación de comunidad y, como tal, “es un orden que nace del peso relativo de las diversas personalidades que constituyen la comunidad; no es un orden fijo y determinado”. El respeto recíproco, la inclinación y el amor, y no los límites legales son los factores que protegen de los abusos... “Por ello, cuando el derecho tropieza con la comunidad, lo único que en el fondo puede hacer es dejarla campo libre, renunciando a normarla”... “Por eso, puede el derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de decadencia de la comunidad. Cuando el derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente delimitada (inauténtica): en ambos casos queda desnaturalizada” (29).

Así, se comprende que bajo este punto de vista, se aconseje la máxima autonomía en la dirección y en las disposiciones del jefe de familia y la mínima intervención del legislador y del Estado en el cumplimiento de unos deberes que sólo aquél puede juzgar certeramente con conciencia y con equidad moral (30).

Por esas razones, afirmó Sánchez Román (31) que: “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

(28) FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión castellana de J. MESIA y M. POLEY (2.ª ed., Madrid s. f.), § LIV (t. I, páginas 265 y s.).

(29) HELMUT COING, op. cit., cap. IV, n. III (págs. 93 y ss.).

(30) Cfr. FÉLIX MARÍA FALGUERÁ, *Conferencias de Derecho Catalán* (Barcelona, 1889), Conf. I, págs. 14 y s., observó que: “El jefe (de familia) debe ser libre para ejercer su cargo, y no lo sería si no tuviese autoridad sobre los demás miembros de la familia y no pudiese premiarlos o castigarlos con la distribución de sus bienes; de manera que la libertad se convierte en autoridad, porque la autoridad no es sino la libertad que tiene el jefe de dirigir a las personas y cosas de la familia, y si se le quitase esta autoridad sobre las personas y cosas carecería de libertad para desempeñar debidamente su cargo de jefe de familia, que le constituye en supremo regulador de sus intereses morales y materiales...”

(31) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 9, págs. 723 y s.

conforme a las relaciones de familia, sin la que poco o nada significaría aquélla.”

En consecuencia, se ha dicho —como escribió Azcárate (32)— 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...”

En cambio, se señala que la libertad de testar:

- robustece la autoridad paterna (33);
- garantiza el acierto en la elección de heredero (34) o en la distribución de la herencia (35);
- estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos (36);

(32) GUMERSINDO DE AZCÁRATE, loc. cit., pág. 82.

(33) Cfr. GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cits., pág. 329, y SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 9, pág. 724. 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?”

(34) Observó GARCÍA GOYENA (op., vol. y ap. cits., pág. 329); “El legislador no puede amar como un padre ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos.” JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 522) escribió: “Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a unos de otros hijos y, por otra parte, la naturaleza de los bienes: rústicos, urbanos, fábricas, créditos, clientela, etc.; sólo ellos pueden combinar estos y aquellos datos y reducirlos a una expresión numérica. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla; yerra porque no puede menos de errar.”

(35) Como observó SÁNCHEZ ROMÁN (loc. últ. cit., n. 9, pág. 725): “La libertad de testar permite al padre acumular el patrimonio en uno o varios de sus herederos o distribuirle más racional y deliberadamente y menos casualmente para que perpetúen la tradición patrimonial familiar; dejar *pro indiviso* a sus hijos las grandes explotaciones industriales, que nada valen *despedazadas*, sin que esto signifique el posible renacimiento de las suprimidas vinculaciones y mayorazgos, por lo que históricamente se explica que las escuelas liberales hayan combatido la libertad de testar, sin observar que la acumulación de la propiedad que este sistema favorece no puede ir más allá de una generación, y pudieran servirnos de ejemplo las prácticas aragonesas, donde una legislación que hace posibles aquellas acumulaciones no las convierte en regla constante, y las grandes fortunas se suelen dividir en partes iguales, mientras que los caudales exigüos son objeto de *heredamiento universal*, que si reúne los bienes en una cabeza, no los sujeta a un llamamiento prefijado para sucesivas transmisiones, que es la nota característica de la *vinculación*.”

(36) Según DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 225): “Donde la sucesión forzosa existe, ninguno de los hijos tiene interés en estar junto al padre al cuidado del patrimonio; busca cada uno desde su juventud la independencia de su posición.” Con libertad de testar puede el padre inclinar a uno o varios de sus hijos a que sigan su misma profesión, eligiéndolos primero como socios y después como sucesores (Cfr. CADAFALCH y BAGUÑA, loc. cit., pág. 133), mientras que con los ahorros de la casa y la cooperación y el sacrificio de aquéllos da carrera, oficio o colocación a los demás (Cfr. JOAQUÍN COSTA, loc. cit., pág. 527 y

- conserva las familias evitando su liquidación (37);
- mantiene el espíritu y las tradiciones de la familia y es escuela de cumplimiento de los deberes familiares (38) de los que se inviste el heredero (39).

JUAN MONEVA Y PUYOL, *Prólogo* a la obra de LUIS MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *La casa en el Derccho aragonés* —Zaragoza, 1944—, págs. 9 y ss.).

(37) Cfr. JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 516): "Consagrada la libre testamentificación, mueren los individuos, pero no mueren las familias: donde, por el contrario, esa libertad es negada, la muerte es más poderosa; porque le presta sus armas el legislador; las familias son uniones fortuitas; sociedades temporales, transitorias, en un perpetuo venir a ser; no bien principian a salir del estado por decirlo así, de larva y a constituirse como seres vivos y estables, no bien principian a consolidarse y a revestir caracteres de perennidad, gózase tirana la Ley, haciendo coro con la muerte, en llevar la desorganización al seno del hogar y dispersar sus miembros, como se dispersan a todos los puntos del horizonte, para no volver a reunirse jamás, las avecillas que juntas crecieron en el nido: verdadera tela de Penélope, desteje el legislador en una hora lo que la naturaleza se había afanado por ir creando al lento curso de los años, y las familias semejantes a cuadros disolventes desfilan por la vida como sombras, en fantástico remolino, sin llegar a tomar cuerpo jamás ni perpetuarse, porque les ha sido negado ese elixir de inmortalidad que se llama la justicia."

(38) Cfr. DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 225): "... más a menudo el primogénito se ha colocado en el lugar de éste (*del padre*) para ser el amparo de sus hermanos, los cuales han buscado en el hogar paterno, que el primogénito ha procurado conservar, el abrigo contra las circunstancias de la suerte, y a veces el reposo y el auxilio después de una vida de disipación. El primogénito..., comúnmente, ha ayudado al padre en los cuidados del patrimonio, en la educación de los segundogénitos, en facilitar a éstos carrera, en proporcionar buena colocación en matrimonio a las hembras, en remediar la orfandad de los sobrinos..."

(39) Cfr. JOAQUÍN COSTA (loc. cit., pág. 527): "Al llamado heredero no se le transmiten simplemente los bienes, sino la entidad física y moral que denominamos *casa* con sus obligaciones, con todas sus cargas, con todo ese bagaje de recuerdos, de afectos, de virtudes, de amistades y parentescos, de costumbres, de estima y de consideración, de compromisos y responsabilidades que constituyen la tradición de una familia, le imprimen carácter y le asignan un lugar y un destino en la vida: no es el heredero para el goce y para la libertad, sino para ser el continuador de los destinos físicos y morales de la familia, especie de siervo adscrito al lustre del apellido, servidor de sus padres ancianos y de sus tíos solteros, a quienes tiene que asistir, servidor de sus hermanos y hermanas, a quienes tiene que colocar y dotar."

Con ese régimen —dijo Estanislao Reynals y Rabassa (*El Código civil en proyecto*, art. 5.º cit. por Durán y Bas, loc. cit., págs. 239 y s.)—, "la herencia no es la suma de unidades corporales o de valores, sino un lugar vacío, un todo moral...; ese todo moral es el poder por naturaleza uno; es el trabajo cuya dirección ha de venir de la misma inteligencia y cuyas fuerzas convergen a un mismo punto racional y social; es el deber uno, indivisible, que por ambas cosas pesa sobre el que se llama heredero".

Del *hereu* y la *pubilla* dijo JOSEPH FAUS y CONDOMINES ("Els Capítols Matrimonials a la Comarca de Guissona Catalunya segriana", Conferencias dadas en "L'Academia de Jurisprudencia y Legislació de Barcelona", los días 20 de marzo y 15 y 16 de mayo de 1907, publicadas en Rev. Jurídica de Catalunya, vol. XIII, véase I conf., págs. 204 y s.): "Sólo una razón de alta utilidad o conveniencia de la comunidad familiar, la conservación de la casa, del patrimonio y de las tradiciones de los antepasados... justifica y legitima el privilegio de la institución de *hereu* y *pubilla*. Aquel privilegiado, pues, si ha

7. En contra de este argumento, los defensores de las legítimas amplias han afirmado que la libertad de testar es contraria a la unidad de la familia, pues puede dár lugar a abusos (40) e injusticias del padre o del heredero, da lugar a envidias entre hermanos, fomenta los pleitos (41) y hace de mejor condición a la prole ilegítima (42).

Aceptando que bajo el *régimen de libertad de testar* se dan casos de familias desunidas y de contiendas entre hermanos, Sánchez Román (43) contrapone "que en igual estado de costumbres, el *régimen de legítimas* aumentaría el mal. El que el padre pueda dejar más a unos hijos que a otros, si lo hace movido del interés de que se perpetúe la tradición familiar, no se debe traducir, de ordinario, en incentivo de antagonismo entre los hijos; la distribución forzosa de los bienes..., que representa una esperanza alimentada por la ley en los hijos desde que tienen uso de razón, les puede llevar... a más probables sentimientos encubiertos de codicia o apremios de necesidad que les hagan menos sensibles a la pérdida de sus padres, cuya muerte anticipa la deseada o necesitada legítima".

Para Alonso Martínez (44) el más decisivo argumento a favor de las legítimas fue: "que no es justo y bueno en sí un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia".

La posibilidad de abusos fue replicada por Giner (45): "querer sustituir la libre acción de la persona en ese orden por temor al abuso, equivale a sustituir una injusticia posible con otra segura".

de responder a la finalidad de su privilegio, tiene obligación estricta de atender en todos sus actos, siempre en todo y por encima de todo, a la *razón de familia*, a las altas conveniencias de la comunidad doméstica que preside o, con el tiempo, presidirá después de muertos sus padres."

(40) La prevención de abusos es la razón más esgrimida en contra de la libertad de testar, Cfr.: GARCÍA GOYENA, op. vol. y art. cit., págs. 329 y s.; ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., sec. III, págs. 143 y ss.; JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, Sec. V de las legítimas (Cfr. 6.ª ed., Madrid, 1932, pág. 220); MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado...*, t. XIV, Sec. V *De las legítimas*, n. IV, A (Cfr. 4.ª ed., Madrid, 1944, págs. 150 y ss.); ENRIQUE GIL Y ROBLES, *Tratado de Derecho Político*, t. II, cap. II, ampliación, pág. 41, nota (3.ª ed., Madrid, 1961-63). En contra de los argumentos de GARCÍA GOYENA, véase CADAFALCH (op. cit., capítulo XXII, págs. 137 y ss.).

(41) Cfr. JOAQUÍN CASANOVAS Y FERRÁN, *Cuestión sobre los derechos de herencia en el principado de Cataluña* (Sevilla, 1869).

(42) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., pág. 163) llegó a pronosticar: "Si la Ley no ha de ser igual para todos los ciudadanos españoles, vale más dejar correr las cosas como están y respetar las instituciones forales existentes en cada provincia, esperando el plazo no lejano en que, soliviantados los ánimos por la frecuencia del abuso y el creciente descoco de las pasiones, nos pidan los mismos catalanes y navarros la reforma de su legislación en bien de la familia y en vindicación de la legitimidad ultrajada por la bastardía triunfante."

(43) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., n. 11, pág. 729.

(44) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. III, pág. 142.

(45) GINER, op. cit., pág. 100, vol. cit., pág. 29.

Nocedal (46) había dicho años antes: “Esta manera de testar fue ideada para contener al mal padre y la discurrió el legislador para todos teniendo a la vista un fenómeno casi singular. Pues bien, el único para quien no sirve semejante precaución es precisamente un mal padre. Obligado por la ley, derrochará durante la vida los bienes de los hijos, los venderá, los regalará, los transformará y hará impunemente que pasen a manos de sus mancebas o de los hijos de su disipación y locura.”

García Goyena (47), por otra parte, observó que: “Ni los fueros, ni otra ley alguna han querido autorizar abusos a su sombra, y menos contra las sentimientos y deberes de la naturaleza; por el contrario, fiándose enteramente en la misma, han creído que no era necesaria la intervención del legislador para que el padre se mostrase tal hacia sus hijos en la distribución de sus bienes” (48).

Es de notar que en las legislaciones forales las normas suelen estar elaboradas partiendo del buen marido y 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 (49).

Prosigue Sánchez Román, en el texto antes citado, observando que “la experiencia, con la elocuencia insuperable” confirma la perfecta estabilidad de las familias en los países donde rige la libertad

(46) CÁNDIDO NOCEDAL, Discurso de apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en 29 de octubre 1866, citado por SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cit., n. 11, pág. 731, nota 1 de la pág. 730.

(47) Cfr. GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cit., págs. 327 y s. “Yo no tengo noticia —escribe refiriéndose a su Navarra— de que en mi país haya ocurrido tal cosa, y esto hace honor a sus buenas costumbres; pero si ocurriera, yo difícil mucho que los tribunales no apelaran a la *piadosa ficción de quasi demencia* del padre introducida contra la ley de las Doce Tablas, por los juriconsultos romanos...” AZCÁRATE (op. y vol. cit., cap. XXIII, § 7.º, pág. 333), para prevenir los abusos de la libertad de testar, señala el remedio de conceder, “al principio y mientras la sociedad no imponga con energía el correctivo de su sanción, cierta amplitud a los tribunales para declarar nulos los llamamientos *ab irato, a decepto, ab imbecilli, a delirante*”. En igual sentido, GINER (op. cit., § 117, vol. II, pág. 89).

(48) LUIS MARÍA URIARTE y LEBARÍO (*El fuero de Ayala* —Madrid, 1912—, cap. VII, págs. 177 y s.) señaló que en el territorio de Ayala —de absoluta libertad de testar—, “a pesar de que los padres pueden disponer de sus bienes a favor de extraños, no lo hacen y transmiten su herencia a sus hijos sin necesidad de coacciones legales. Los donantes y testadores usan de la libertad de disponer de la manera que creen que conviene más a los intereses de sus familias”.

(49) Así se observa claramente en las objeciones que ALONSO MARTÍNEZ (op. y cap. cit.) opone a los argumentos esgrimidos en sus respectivas memorias por MORALES, FRANCO LOPEZ y DURÁN y BAS. Estos se mueven en un plano diferente que aquél. Parten de que —fuera de ciertos supuestos concretos que especialmente se prevén (leyes *Feminae, Hac Edictali*, etc.)— lo normal es que el padre que prive a sus hijos de la herencia tendrá graves razones para ello. ALONSO MARTÍNEZ parte del supuesto contrario—que aquéllos consideran que, por ser de excepción, no debe determinar la regla—de que el padre actúe inmoral y abusivamente.

de testar, en los cuales “las cuestiones y juicios de testamentaría son poco frecuentes”, mientras en los de legítimas “agotan los caudales” (50).

Más excepcional ha sido aún la preferencia por la prole ilegítima.

Y: “El *hereu-escampa* (el heredero manirroto) —ha dicho por otra parte Vicens Vives (51)— es un subproducto degenerado de una institución eminentemente social.”

El excepcional mal uso no puede afectar al normal buen uso, en el cual ha de inspirarse la norma común (52).

8. c) Argumentos de *carácter político*.

“De todas las libertades que puede apetecer el hombre, yo creo que la de la familia es la primera” —proclamó Falguera (53)—, que 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?”

Durán y Bas (54) explicó: “Desde el punto de vista político, la libertad de testar se justifica aún más, si cabe, que bajo el Derecho

(50) Así lo había reconocido GARCÍA GOYENA (op., vol. y cap. cit., páginas 331 y 332): “La desventaja (de aplicar el régimen de Castilla) estará en... los malditos juicios de testamentaría”... “el mal gravísimo... es la importación de los juicios de testamentaría, eternos dispendiosos, y que son como la declaración de una guerra abierta entre los miembros de una misma familia...” Cfr. también DURÁN Y BAS (op. cit., pág. 234), quien hizo notar que los gastos de las particiones dieron lugar a que: “Enriquecimiento de curiales se haya llamado entre nosotros a las particiones según la ley de Castilla”. Cfr. sobre esta cuestión asimismo CALDAFALCH Y BAGUÑÁ, op. cit., cap. XXIII, págs. 152 y siguientes, y FALGUERA, loc. cit., págs. 15 y s.

(51) JAIME VICENS VIVES: *Noticia de Cataluña* (Barcelona, 1945), pág. 42.

(52) LIÑÁN Y EGUIZABAL (op. cit., § III., pág. 32) escribió: “Precise (el Estado) las transgresiones que puedan cometerse, sin que le sirva esto de pretexto para ahogar la espontaneidad y sus legítimas expansiones. El temor de que los menos abusen de la libertad no le lleve al absurdo de quitársela a todos: sean aquéllos la excepción, si éstos la regla, compréndese, esto sentado, que en épocas y en pueblos se necesite la intervención social de tal modo que sea el Estado el factor universal y único en justo castigo a errores y extravíos individuales, pero teniendo en cuenta que es sólo como remedio a un mal, y cuya existencia debe ser tan transitoria como el mal que la produce. No sujete a las familias a perpetua tutela; no les acostumbre a continua medicina, que el abuso de éstas hace inútil su empleo cuando la enfermedad llega, tanto en los organismos físicos como en los organismos morales”.

(53) FALGUERA, op. y conf. cit., págs. 13 y s.

(54) DURÁN Y BAS, op. cit., pág. 218, donde concluye: “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”.

privado. La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquélla 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 facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo más libre es la propiedad.”

De modo inverso (55) fue expresada la misma idea por el Padre Luis Chalbaud y Errazquin, S. I. (56), quien, después de citar unos textos de la obra de Federico Engels “El origen de la familia”, expuso: “¿Veis crudamente el término de esta lucha por la propiedad familiar? Quitáis la propiedad familiar, priváis del apoyo necesario al espíritu familiar; le habéis arrancado su nexo y nace de la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con eso brota la familia inestable, y tras ella, necesaria, fatalmente, con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el influjo de nuevos elementos, con eso digo, viene el divorcio, viene el matrimonio de conveniencia, viene la esterilidad voluntaria, viene la tiranía de ese ente de razón que se llama Estado y es en ese caso trampatojo del osado que escala el poder, y la esclavitud, el envilecimiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse sobre la tierra.”

9. d) Argumentos de *utilidad social*.

Son argumentos de utilidad social los que hemos expresado antes de interés familiar y también los de carácter empírico y práctico que después examinaremos. Pero, muy especialmente, nos interesa destacar su aspecto referente a facilitar la conservación de la familia como *órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral*, al modo como un famoso escritor francés, Paul Bourget (57), lo expuso.

(55) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 515 y s., que dice: “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 restituis a sus verdaderos dueños, las personas privadas, y al punto veis surgir como por encanto legiones de nuevos seres que antes permanecían reclusos en el fondo de una potencialidad caótica por la férrea dictadura del legislador.”

(56) LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, S. I.: *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca* (Bilbao, 1919, págs. 12 y s.).

(57) PAUL BOURGET: *Reflexions sur l'heritage*, en *Ou service de l'ordre* (París, 1929), cap. IX, págs. 173 y ss.

Ante el problema de la herencia, comenzó este escritor por observar, “que *a priori* el contraste de destinos parece cruelmente injusto, al que contempla que tal hijo halla millones en su cuna y que tal otro nace indigente”. “¿Pero —preguntó en seguida— suprimiendo esta desigualdad no produciréis un mal peor?” A su juicio, la respuesta nos la da la historia: “Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la humanidad, nos encontraremos que su constante esfuerzo, que su lucha por la existencia, ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone un eterno vuelta a empezar. El lenguaje, la escritura, la imprenta, he ahí algunos de estos órganos de duración que permiten conservar y transmitir las adquisiciones de orden intelectual. El hogar, la casa, sirven para conservar otras de orden tanto material como moral. Pero estas adquisiciones son por definición familiares. Ensayar su atribución a la comunidad es destruir su carácter esencial. Un hogar es el rincón limitado en torno al cual se aprieta un grupo de seres unidos por la sangre. Una casa, por tanto, es el abrigo cerrado en donde este grupo se inserta o se individualiza. Ahí tenemos el principio hereditario. Este instinto de permanencia, sin cesar lucha en el corazón humano contra el invencible transcurrir del tiempo. Se ha hecho sentir en el padre al pensar que su hijo no poseería la habitación edificada por sus manos; y esto desde la época más salvaje, como se siente hoy por el burgués de la ciudad o del campo que habiendo establecido, para sí y para los suyos, una mansión a la medida de su rango, desea que no sea vendida.”

A su juicio, “la ‘mística’ —como le gustaba decir a Peguy— de la idea de la herencia”, consiste en “complacerse en poseer para transmitir, en transformar en un hacer el bien ese duro apetito de la propiedad... Es desarrollar en sí mismo el sentido de la responsabilidad frente al destinatario de esta riqueza, así amasada y administrada, y es, por contrapartida, provocar en el destinatario, si tiene el corazón en su sitio, sentimientos no menos preciosos... La noción de la propiedad se ennoblece... Se transforma como en un depósito. El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores...”

10. e) Argumentos de carácter empírico o práctico.

Tal vez nada mejor que centrar esa argumentación con unas palabras de Joaquín Costa (58), que precisamente los sitúa en segundo plano:

“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 mé-

(58) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 527 y s.

ritos, de remunerar servicios, de reprimir inclinaciones aviesas, de castigar ingraticudes, extravíos, desórdenes; si mediante ella los hijos, o alguno de los hijos, se asocia temprano a los negocios de su padre y se hace el continuador de su artefacto; si de esta suerte contribuye a hacer las artes industriales hereditarias en las familias, 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, cuyas exageraciones encuentran en ella un saludable contrapeso; 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; que no en vano dijo Jesucristo *buscad ante todo el reino de Dios y su justicia, y lo demás se os dará por añadidura*. Unicamente recordaré de pasada que, como todo artificio llama con atracción irresistible otro y otro en pos de sí, el artificio de la división forzosa de las herencias debía traer, y en efecto ha traído, el desmenuzamiento de la propiedad territorial, y ésta, a su vez, la idea de que la ley declare forzosamente indivisibles las piezas de tierra dentro de los límites de una cierta unidad legal. La ley del Fuero Juzgo debía engendrar, por lógica necesidad, la utopía de la indivisión..." (59).

(59) Entre los juristas del siglo pasado causó impresión una obra precursora de sociología: *Fomento de la población rural*, de FERMÍN CABALLERO, memoria premiada en el concurso de 1862 por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. A él se remiten muchas veces MORET y SILVELA, DURÁN Y BAS y FRANCO Y LÓPEZ.

FERMÍN CABALLERO (op. cit. —Vitoria 1886—, cap. "Estado presente de la población rural", III, págs. 49 y ss.), 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 (lo que luego comentaremos) "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

En contra de este argumento, ya había objetado Alonso Martínez (60) "que la familia se constituye y la propiedad se desenvuelve por manera idéntica en provincias regidas por sistemas legales no ya diversos, sino opuestos". Y citó al efecto Guipúzcoa, regida por la legislación castellana; Navarra, con absoluta libertad de testar; Aragón, con libertad entre sus hijos, y Cataluña, con legítima de un cuarto.

Claro que la diversidad es más aparente que real en las tres últimas, habida cuenta que en Navarra lo normal es que habiendo hijos la libertad se utilice a favor de uno de ellos y que en Cataluña el pago en metálico y la general aceptación de cantidades que muy escasamente cubren la legítima, se aproximan en la práctica los tres sistemas. En cuanto a Guipúzcoa, donde —como dijo Alonso Martínez— el propietario utilizaba para conservar la unidad agrícola la parte libre y la mejora —según el mismo autor señaló—, gracias a la sucesión en el arrendamiento del caserío y su transmisión sucesoria se conservaban las unidades de explotación; por lo cual añadía: "Debo hacer la confesión de que los procedimientos que emplean los guipuzcoanos no se ajustan completamente al patrón del derecho, de suerte que, examinando las cosas a fondo, lo que allí se ve es que de hecho prevalecen las costumbres sobre la ley escrita y que si no surgen en tal estado de cosas graves conflictos es porque no hay ninguna reclamación, sino que, antes bien, se cuenta con la aquiescencia universal" (61).

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 s.) había subrayado que la legítima reducida de un cuarto ya regía antes de las cortes de Monzón 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.

MORET y SILVELA (op. cit., págs. 179 y ss.) dedujeron sus consecuencias al comparar la distribución de la propiedad agraria en Vizcaya y Cataluña con la de Castilla, Andalucía y Extremadura.

JOSÉ DE SOLANO y POLANCO (*Estudios Jurídicos del Fuero de Biskaya* —Bilbao, 1918—, cap. V, págs. 251 y ss.) previno: "Suprimamos el Fuero y veremos morir la vida rural en Biskaya. Vendrá muy pronto la emigración a las villas primero y a otros continentes más apartados después. Si al fallecer el propietario del caserío repartimos los diversos pertenecidos de éste..., la explotación agrícola habrá concluido."

También puede decirse que en el extranjero la distribución de la tierra es mejor donde no se ha practicado la división *in natura*. (Cfr. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La conservación de las unidades agrarias*, en A. D. C. XII-III (julio-septiembre, 1959), pág. 1.003.

(60) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV, págs. 157 y ss.

(61) Cfr. también URIARTE y LEBARIO (op. cit., cap. VI, pág. 147), quien explicó que en Guipúzcoa "los labradores resisten el influjo secular de las leyes castellanas y dejan a un solo hijo el caserío y sus tierras, llegando a veces para lograrlo a simular ventas a favor del hijo agraciado"; y añadía (pág. 154) que "los hijos del labrador guipuzcoano no agraciados con la herencia paterna se avienen a dar por buenas las combinaciones, no siempre legales, por las que uno sólo de los hermanos que queda con la casería y sus pertenecidos".

Asimismo, en Asturias —regida igualmente por el Derecho de Castilla—, gracias a la sucesión en el arrendamiento, consolidada por la costumbre, se logró asegurar la continuidad de la casería (62).

También Alonso Martínez (63) objetó “que en Navarra, con la libertad de testar, la propiedad está muy dividida y es por todo extremo diminuta la unidad agrícola, al paso que en Andalucía, con el sistema castellano, los propietarios son pocos y sus dominios son vastos”. Pero si respecto Navarra cabía preguntar si la propiedad pequeña lo era o no en demasía, era evidente con referencia a Andalucía que sus latifundios fueron principalmente fruto de los mayorazgos, con su acumulación estatutariamente forzosa. Aparte de la regla de que en las tierras ricas la partición de las pequeñas propiedades no suele llevar al minifundio, sino al latifundio, a través de su venta a los grandes propietarios.

En cuanto a la referencia de Fermín Caballero a Galicia, como modelo de buen asentamiento en la tierra —que tal vez pudieron mantener hasta entonces los *petrucios*, con la delegación de la facultad de designar el petrucio y el pago de las legítimas en *rentas de saco*—, la aplicación estricta del Código civil (64) no ha podido ser más trituradora de la propiedad que ha llegado a los límites extremos del minifundismo.

Mariano Nougués (65) había dicho: “Dividid extremadamente la propiedad y desaparecerá ésta con todas sus ventajas: no habrá verdaderamente propietarios —porque no lo es el que no puede vivir con ella cultivándola—, sino infelices poseedores de pequeñas suertes de tierra que trabajarán para obtener un miserable alimento, que tendrán que vender sus frutos por menos de lo que valen, y que se verán precisados a postrarse ante un usurero para recobrar un préstamo ruinoso, ante un tendero que los esquilme a cambio de algunas monedas que les adelante o algunos efectos que les preste.”

B) *En favor de las legítimas.*

11. a) *Razones de tipo individualista, basadas en el principio de la igualdad.*

“La naturaleza —dijo Alonso Martínez (66)— ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos.”

(62) Cfr. PRIETO BANCES: *La casería asturiana*, en Rev. Cr. de Der. Inmob., vol. XIV (diciembre 1947), pág. 736.

(63) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. III, pág. 141.

(64) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *La mejora de labrar y poseer*, en An. Der. Civ. I-III (julio-septiembre 1948), nn. IV y V. En el núm. X, 3, refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo 1932, que consideró reducidas a la nada las costumbres gallegas amparadoras de casa petrucial.

(65) MARIANO NOUGUÉS, citado por FRANCO LÓPEZ, loc. cit., págs. 86 y s.

(66) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. II, págs. 111 *in fine* y s.

Se ha dicho que con el régimen de la libertad de testar, usada para designar heredero a uno solo de los hijos, "parece como si los padres no tienen más que un hijo y que la procreación se degenera por grados en la misma familia a medida que cumplen los cónyuges el precepto *crescite et multiplicamini*" (67).

Según Scaevola (68): "Sentado el derecho de los hijos a heredar a sus padres, ¿qué razones pueden abonar la diferencia entre ellos? Si todos tienen igual valor en el orden fisiológico respecto a sus progenitores, ¿por qué asignarles valor jurídico distinto? A la igualdad de las leyes en el orden de la Naturaleza debe corresponder la igualdad en el orden de derecho."

El razonamiento tiene un evidente fundamento psicológico, muy elemental, pero tiene diversas facetas y derivaciones que conviene distinguir.

Moret y Silvela (69) observaron que "la idea igualitaria de la legítima encierra en sí una monstruosa desigualdad dentro de la familia... Desconocidas las verdaderas necesidades por la ley, que tiene que ser por fuerza ciega porque no puede ser individual, aparece violada bajo seductoras formas la justicia distributiva."

Y Joaquín Costa (70) subrayó: "... cuando a ese padre le obligáis a legar a todos sus hijos una cantidad igual, vosotros, niveladores, utopistas, que invocáis tanto la equidad, sois igualitarios en apariencia, pero de hecho los mayores enemigos de la igualdad. Para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad de derecho, no con igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, que si al hombre irreflexivo puede engañar, no así al hombre pensador que sabe levantar la corteza y penetrar en la esencia de las cosas, para distribuir (digo) una herencia entre los diversos miembros de una familia con estricto criterio de justicia, hay que tomar una masa de datos tal y tan compleja que apenas alcanza a lograrlo toda la discreción del padre y el conocimiento minucioso e íntimo que tiene de las interioridades del hogar."

(67) CASANOVAS Y FERRÁN, op. cit., IV, pág. 12, quien continúa: "Como si la prole supernumeraria fuera alejándose, a medida que nace, del parentesco de sus padres; cual rama suelta condenada a crecer y a vivir sin alimentarse de la savia de su tronco común; como si fueran meros hijos del apetito carnal de sus padres, sin derecho de reclamación como frutos de este apetito. Admitida esa máxima perniciosa, habría que convenir en que son inmorales los cónyuges que tienen más de un hijo, o hay que negar la reciprocidad de derechos y deberes entre padres e hijos". Y, más adelante (n. X, págs. 33 y 35), el mismo CASANOVAS Y FERRÁN, prosigue: "El padre que da vida material a sus hijos *les debe* vida civil en proporción a sus bienes de fortuna, sin distinciones ni mejoramientos, como no sea por justa causa"... "La justicia, que todo lo nivela, no puede tolerarlo [el uso de instituir heredero a uno sólo de los hijos], y la política que en todos los Gobiernos liberales e ilustrados tiende a una absoluta igualdad de derechos y a la destrucción de todos los privilegios odiosos, no pueden permitirlo..."

(68) SCAEVOLA, op., vol. y loc. cit., n. V, pág. 173.

(69) MORET Y SILVELA, op. cit., pág. 171.

(70) COSTA, loc. cit., págs. 521 y ss.

Giner (71) había concluido que “no hay principio alguno de justicia que autorice semejante igualdad mecánica y abstracta...; antes el Derecho pide que la fortuna, como toda clase de medios, se destine y proporcione con flexible conformidad a los fines que la hayan menester y a los sujetos de estos fines: todo lo cual varía en cada caso infinitamente”.

Modernamente, ha observado Roca Sastre (72) que: “Es evidente que desde un punto de vista estrictamente aritmético, dinerario o crematístico, podrá decirse que un hijo se queda casi con todo y los demás no perciben casi nada; pero esto constituye un mal enfoque del problema, el cual debe ser contemplado y tratado desde un plano superior funcional, biológico, social y económico. Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas.”

Por eso, en otra ocasión (73) concluimos que: “La injusticia de la igualdad aritmética resulta de que ésta es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los del padre para educar y colocar a los demás hermanos, no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las tierras que éste trabajó y de las que marcharon los demás, que sólo trabajaron para sí, y, tal vez, gracias a carrera estudiada o un oficio aprendido con el esfuerzo y el sacrificio económico de la casa.”

Y se ha notado, en la realidad práctica, que los proletarios de los suburbios de las grandes ciudades no suelen ser los segundones de las regiones forales, sino que, en general, proceden de territorios de Derecho común.

La referencia de Casanovas al número de hijos, puede ser replicado con un dato comprobado en familias francesas (74) “que restringían a dos o tres el número de hijos para evitar una división ruinosa, y otras en las que un solo hijo se casaba, sus hermanos permanecían en casa solteros. Esto explica que, después de ciento cincuenta años, quedan todavía familias campesinas fijadas a su propiedad y que puedan sacar de ella lo necesario para subsistir.”

En fin, la invocación de la igualdad es difícil que se detenga en

(71) GINER, op. cit., § 117, vol. cit., pág. 89.

(72) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, T. I. (Madrid 1943), pág. 375.

(73) Prólogo al *Campesinado*, folleto núm. 20 de la colección VERBO, páginas 10 y s. Reproducido con el título *Los patrimonios agrícolas familiares*, en *Revista del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro*, año CXIII, n. 2 (febrero 1964), págs. 34 y s.; y *La agricultura y la explotación familiar*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, año LXIII, n. 1 (enero-marzo 1964), 113 y s.

(74) Cfr. HELION DE BEAULIEU: *El Campesinado*, VERBO, n. 20, págs. 66 y siguiente.

los hijos... y que no llegue más lejos, pensando en los hijos de los que nada tienen. La lógica del principio abstracto nos llevará a la abolición de la herencia, si nos dejamos arrastrar por ella, prescindiendo de las razones reales que una visión total, plena, nos impone (75).

12. b) Razones de *carácter propiamente jurídico*.

1.º *La copropiedad familiar*.

Las legítimas eran entre los germanos —nos dice Azcárate (76)— “una consecuencia de la copropiedad de la familia”. Pero —como el mismo autor objeta—, “¿cabe sostener que sean hoy consecuencia de la copropiedad de la familia, cuando de hecho ésta ya no existe, y cuando en principio tampoco se reconoce, puesto que es incompatible con ella la emancipación por edad?”

Y si a esa copropiedad familiar se le da otro sentido más genérico (77) de “cierta especie de condominio virtual a un derecho indirecto y subsidiario de unos individuos de la misma [familia] en los bienes de los otros, nacidos de los lazos que los ligan o de las obligaciones naturales que suponen la constitución y conservación de los mismos”... —observa Sánchez Román (78)—: “llevarían lógicamente a afirmar la copropiedad de la Humanidad entera, desde que la moderna idea del condominio familiar no se funda en una verdadera propiedad de familia, sino en los lazos de solidaridad que unen a sus individuos y que, si no tan estrechas, por su condición de seres sociales unen a todos los hombres y, en más o menos grado, todos cooperan en la labor individual y social de los demás”. “Claro que tal afirmación —prosigue Sánchez Román— nos conduciría derechos a un sistema socialista... o, para no caer en tales extremos, habría que reconocer que independientemente de estos lazos de solidaridad, y de los fines comunes de cada colectividad familiar o de otra clase, se impone, para su mejor cumplimiento, especializarlos en cada individuo.

(75) Cfr. COSTA, loc. cit., págs. 518 y s.

(76) AZCÁRATE, op. y vol. cit., cap. IX, § 2.º, pág. 77.

(77) ALONSO MARTÍNEZ (op. y cap. cit., sec. II, págs. 117 y ss.) en ese sentido escribió: “me cuesta mucho comprender cómo hay fuera del comunismo y de las sectas socialistas quien puede negar el carácter familiar de la propiedad y la herencia de los hijos, sin la cual queda, por demás, endeble y descarnado el cimiento del dominio perpetuo sobre los bienes, y singularmente sobre los inmuebles”. Y en igual dirección, ENRIQUE GIL Y ROBLES (loc. cit., p. 41, nota 1), razonó: “Moralmente, no puede fundarse la absoluta libertad de testar sino en el individualismo más absurdo, en el que supusiera que toda la propiedad familiar es sólo y exclusivamente del padre, afirmación ahora más extraña y repugnante que nunca, cuando contra el derecho y la economía individualista se pronuncia, cada vez con mayor justicia, una reacción hacia el sentido y carácter, no socialistas, sino sociales, de toda la propiedad. Si no hay ninguna que no tenga funciones y deberes para con la propiedad pública, ¿no ha de tenerlos para con la propiedad privada; para con la colectividad más íntima y amada del propietario; para aquella cuyos miembros son carne de su carne y sangre de su sangre?”.

(78) SÁNCHEZ ROMÁN, op. vol. y cap. cit., n. 14, págs. 734 y s.

atribuir a éste medios que sólo de su determinación dependen, y, entonces, volvemos a descubrir, en toda su pujanza, la personalidad individual, a la que, para que sea efectiva y completa su gestión, tiene que concedérsele la *libertad de testar*, como prolongación de los actos de su vida, en armonía con su naturaleza racional y previsoras.”

13. 2.º El *fideicomiso tácito*.

Según esta teoría, “el padre, o ha heredado de sus mayores los bienes que posee, o los ha adquirido de su propia industria. En el primer caso, sus mayores no se los han transmitido a él para él solo, sino para los descendientes que de él tuvieran: le han constituido en una especie de mandatario o depositario, y faltaría a la confianza que de él hicieron, si por pasión o por antojo interrumpiese la cadena de la transmisión hereditaria. En el segundo caso, cuando se trata de bienes adquiridos por el padre con su trabajo, como el padre no es producto de una generación espontánea, como la familia ha hecho de él todo lo que es, transmitiéndole, junto con la sangre, sus facultades espirituales, como un eslabón en la cadena de la familia, como ha heredado de ella sus cualidades económicas, como aquellos bienes no habría podido adquirirlos sin la inteligencia, la educación y el ejemplo de su abuelos, viene a resultar que en realidad, de hecho, son fruto del trabajo secreto e invisible de las generaciones pasadas unos bienes que aparentemente son obra inmediata de la actividad y del ahorro de aquel hombre, de aquel padre de familia; viniendo, por tanto, a ser éste un mero depositario de los bienes adquiridos, lo mismo que de los heredados.”

Así nos explica esta teoría Joaquín Costa (79), quien —después de hacer bastantes salvedades a la certeza de los presupuestos de la misma— observa que, aun “concediendo que fuera cierta la existencia de ese fideicomiso tácito que los partidarios de la legítima han ideado, la consecuencia de semejante teoría no sería ciertamente la legítima, esto es, la división del patrimonio a cada generación, sino todo lo contrario, la vinculación de los bienes patrimoniales y adquiridos en la familia troncal, la perpetuidad de esta familia en el tiempo; los partidarios de la teoría del fideicomiso tácito, para ser lógicos, habrían de proclamar un sistema de testamentificación parecido al que rige en los valles del Pirineo aragonés, en el que el padre instituye en sucesor y heredero universal de todos los bienes de la familia a uno de sus hijos, bajo la condición de hacer otro tanto en su día con uno de los suyos.”

Aunque lo más probable —creemos— es que el número de criterios y opiniones de cada ascendiente, acerca de este fideicomiso tácito, variaría con los lugares, las épocas, la educación, sentimientos y circunstancias, de un modo indefinible...

(79) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., págs. 512 y s.

3.º Los deberes de la paternidad.

Es el argumento de más solera a favor de las legítimas. Lo hallamos en la Ley 17 del Título I de la 6.ª Partida, cuando recuerda que: "E a esta parte legítima dizen en latin, parte debida jure naturae."

García Goyena (80), reproduciendo las palabras de un célebre orador, contemporáneo suyo al que nombra, razonó así este fundamento, valorado en general como el más serio en favor de las legítimas: "los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes, o fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con los hijos y con la sociedad. El padre ha contraído no sólo con aquéllos, sino también con ésta, la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna." También Alonso Martínez (81) subrayó este fundamento, advirtiendo que: "La deuda alimenticia tiene una base más ancha que la incapacidad para el trabajo, ora nazca de los pocos años, ora de la enfermedad del cuerpo y del espíritu. La familia es el *medium* en que necesariamente vive el hombre, y, por tanto, los derechos y deberes de sus miembros son, y no pueden menos de ser, correlativos y recíprocos."

Y Enrique Gil Robles (82) planteó: "Los partidarios más fervientes de la libertad de testar suelen reconocer el derecho de alimentos, cuando menos, a hijos y a padres; ahora bien, ¿qué es esto más que la legítima?"

Estas razones habían sido atajadas con anterioridad por Azcárate (83), acompañándolas de dos citas:

Una de Montesquieu ("L'esprit des lois", XXVI, 6): "El derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos."

Otra de Concepción Arenal ("La cuestión social: cartas a un señor", 21.ª): "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

(80) GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cits., pág. 431.

(81) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cits., sec II, págs. 114 y s.

(82) ENRIQUE GIL Y ROBLES, op., vol. y loc. cits., pág. 2, nota 1 de la página anterior.

(83) AZCÁRATE, op. y vol. cits., cap. XXII, § 7, págs. 328 y s.

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.”

“La legítima —concreta Azcárate— es el derecho conferido a ciertas personas sobre una parte del patrimonio del que muere, por virtud del parentesco que las une con éste y sin consideración a las circunstancias de los favorecidos por la ley, mientras que el derecho a alimentos pende en primer término de aquéllas y se gradúa además su cuantía por el fin a que responde, así que procede o no, según los casos, y no alcanza por igual a todos los hijos.”

Costa (84) también atajó: “¿El deber de alimentar a los hijos trae como consecuencia necesaria las legítimas? Para crearlo así ha sido menester confundir dos cosas que son radicalmente distintas, dos instituciones irreductibles entre sí: una cosa son los deberes de la paternidad, y otra muy distinta los derechos del dominio; una cosa son los alimentos, y otra cosa distinta la legítima; y cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas dos cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que como tal propietario le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternas, que ciertamente no se extinguen con la muerte.”

15. c) Razones de *tipo político*.

Se ha afirmado que las legítimas largas, al obligar a dividir las fortunas, favorecen la democracia. Hemos visto antes que, por el contrario, Durán y Bas afirmó que la libertad de testar es garantía de las libertades civiles, y que Costa señaló que esa libertad de testar favorece la democracia, “cuyas exageraciones encuentran en ella un saludable contrapeso”.

Lo cierto es que el régimen de las legítimas largas favorece, sin duda, la formación de la llamada sociedad de masas y con ella, a la vez, del gran capitalismo anónimo, al que la división forzosa ofrece inmejorables ocasiones de compra, y del totalitarismo del Estado y del poder de los tecnócratas, que así no sienten la resistencia de una sociedad arraigada, sino que impunemente pueden pactar de modo oculto, en frecuente sinarquía, con el capitalismo anónimo (85).

El 7 de marzo de 1793 —nos explica Le Play (85)— la Convención prohibió a los padres de familia disponer por testamento, estimando que la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revo-

(84) COSTA, loc. cit., págs. 505 y ss. La argumentación de GARCÍA GOYENA (pág. 332) —“cuando un hijo educado en abundancia o medianía, según la clase y fortuna de los padres, se ve repentinamente, y sin justa causa, lanzado en la mendicidad. ¿no es cierto que la sociedad se ve defraudada en los servicios que tenía derecho a esperar de él, y que se encuentra con un miembro inútil, cuando no peligroso?”— es duramente discutida por COSTA (págs. 507 y ss.).

(85) Cfr. HENRI COSTON: *Les technocrates et la sinarchie* (París, 1962, Lectures françaises), caps. III, IV, V, VI y VII, págs. 47 y ss.

(86) LE PLAY, op. cit., lib. I, cap. II, § 13, págs. 76 y s.

lución. Así, en las familias no se perpetuarían los sentimientos hostiles al nuevo régimen. Para fortalecer la Revolución debía destruirse la autoridad de los padres de familia.

En 1703 el Parlamento inglés para destruir a los católicos de Irlanda dictó una ley ordenando que toda herencia de un papista sería distribuida por partes iguales entre sus hijos, salvo si el mayor fuese protestante (87).

En otras ocasiones se han simultaneado dos regímenes forzosos contrapuestos: los mayorazgos o vinculaciones, correspondientes al sistema de acumulación, para unas familias; y la legítima larga *in natura*, como sistema de división forzosa, para las demás, a fin de conservar de ese modo la preeminencia política de aquéllas.

Este fue el régimen castellano conservado en las Leyes de Toro (88).

Este fue el régimen que instituyó Napoleón en Francia, que extendió e impuso a todo el territorio *le partage forcé de les pays à famille instable*, y creó e impuso, a su vez, ciertos mayorazgos a la sucesión de personas notables fieles a su régimen, destinadas por él a constiuir la nueva clase directora (89).

¿Qué ha sido políticamente del labrador de un país tan progresivo como Francia, siglo y medio después de la aplicación del Código de Napoleón? (90). Nos responde un labrador (91): “no es ni siquiera

(87) Cfr. LE PLAY, op., lib. y cap. cit., § 15, nota 2, pág. 97.

(88) Las leyes 17 y ss. de Toro recogen la legítima del Fuero Juzgo, que comprendía todos los bienes excepto el quinto, respecto extraños, inclusive, y el tercio respecto de los descendientes; y las leyes 40 y ss. recogieron los mayorazgos, confirmando la ley 42 las necesidades de licencia regia para su constitución.

(89) Ese fue el sistema que aconsejó el mismo Napoleón I a su hermano José, en su carta de 5 de junio 1806 (cfr. LE PLAY, op., lib. y cap. cit., § 13, nota 5, págs. 79 y s.): “Estableced el *Code civil* en Nápoles; todo aquello que no sea afecto quedará entonces destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He ahí la gran ventaja del *Code civil*. Hace falta establecer el *Code civil* en vuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que, gracias a él, todo lo que no es sino fideicomiso cae, y no quedan más grandes casas que aquéllas que vos constituyáis en feudos. Esto es lo que me ha hecho desear un Código civil y me ha llevado a establecerlo”.

(90) CHARLES MAURRAS: (*Les nouveaux organisateurs. A propos de la liberté testamentaire*, en *De Démos a César*—París, 1930—, págs. 55 y s.), comentó que “Napoleón I se condujo con nosotros como Inglaterra con sus vecinos irlandeses”, después de reseñar el acta de la Reina Ana de Inglaterra de 1763 para Irlanda—a que antes nos hemos referido—y de narrar los siguientes hechos que transcribimos:

“En 1815, en el Congreso de Viena, al lamentarse lord Castlereagh por no poder desmembrar enseguida nuestro país, se consolaba pensando que, “*después de todo, los franceses están suficientemente debilitados por su régimen sucesorio*”, y se cometería un error al no ver en esta apreciación del diplomático británico, más que una *boutade* circunstancial, cuando obedece a una tradición de la política inglesa, *metódicamente aplicada a través de los siglos a los pueblos vencidos*”.

“... en la isla Mauricio, ocurre a los antiguos colonos de raza francesa como a los irlandeses en el siglo XVIII; bajo pretexto de conservarles su estatuto per-

dueño de su trabajo ni de sus productos, ya que debe hacer declaraciones de plantación y talas, de cosechas y *stocks*; se le prohíbe a veces vender su trigo o su vino en un momento dado o se le obliga al contrario, a deshacerse de ellos. Esta permanente ingerencia del Estado, que frecuentemente no tiene para él otro rostro que el de una oficina impersonal, donde se encuentran funcionarios irresponsables, no puede más que acentuar su sentimiento de desposesión y la desgana cada vez mayor de un trabajo cuya independencia disminuye cada día”.

“... el mecanismo de los precios —se dice como algo inevitable— no cumplirá su misión en el sector agrícola más que al rebajar a los agricultores, casi permanentemente, a un nivel de vida muy inferior al de las otras categorías de trabajadores.”

16. d) Razones de orden económico o práctico.

Alonso Martínez (92) señaló las siguientes:

— “con él [régimen de legítimas] no hay el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italiani*” (93).

— “el sistema de las legítimas favorece la movilización de la propiedad, mientras que la libertad de testar la impide, no sólo porque la fatalidad de la lógica impone como natural complemento de ésta la sustitución fideicomisaria y porque es invencible en el hombre el deseo de perpetuar su casa y su apellido, sino también por la imposibilidad de encontrar compradores para establecimientos vastísimos de un precio fabuloso que sólo está al alcance de muy raras fortunas”.

— “con la división del patrimonio entre los hijos, no puede menos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, porque sólo multiplicando los poseedores de inmuebles e interesando a una masa considerable de ciudadanos en la defensa de derechos de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso a detener el torrente devastador de las ideas socialistas”.

Claro que, a estas observaciones de Alonso Martínez puede objetarse: que la formación y el mantenimiento de los latifundios corresponde más al régimen de los mayorazgos o vinculaciones que al de la libertad de testar; que es muy discutible que sea un objetivo de-

sonal, se les mantiene cuidadosamente bajo el imperio de una legislación que les coloca en constante estado de inferioridad frente a sus rivales anglosajones”.

(91) HELION BEAULIEU: *El campesinado*, vers. española núm. 20 de VERBO... páginas 67 y s.

(92) ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., Sec. III, págs. 141 y s.

(93) DURÁN Y BAS (op. y cap. cit., pág. 231), ya antes de la obra de ALONSO MARTÍNEZ, hablaba de “la repetición de la a este propósito ya manoseada frase, exacta en el sentido y en la ocasión que se escribió: *‘Latifundia perdidere Italiani’*”. Citando datos concretos para demostrar la inexactitud del argumento, con abundantes referencias a autores franceses (págs. 231 y s.).

OSWALD SPENGLER (“La decadencia de Occidente”, trad. de Manuel G. Mo-

seable la movilización de la propiedad inmueble (94); 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 si el buen juicio del testador (95).

rente, 5.^a ed.—Madrid, 1943—, vol. III, cap. II, n. 5, pág. 154) observó que: “La famosa frase de Plinio, repetida muy significativamente en la moderna economía: *latifundia perdere Italiam, jam vero et provincias*, confunde el principio y el fin del proceso; los latifundios, en efecto, no hubieran llegado a tener la enorme extensión que alcanzaron, si primeramente no hubiese el aldeano emigrado a las ciudades abandonando el campo—al menos exteriormente—. El Edicto de Pertinax en 193 descubre el fin de la terrible saturación: en Italia y en las provincias se autorizaba a quien quiera a tomar posesión del campo abandonado. El que lo labra adquiere sobre él el derecho de propiedad. Si los historiadores estudiaran serenamente las demás civilizaciones, encontrarían por doquiera el mismo fenómeno”.

(93) Como ha escrito ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1.^a ed.—Barcelona 1941—, T. III, tema LXVIII, n. II, págs. 567 y ss.): “La propiedad inmueble siempre constituirá una parte del *suelo nacional* y será el asiento territorial de la *familia*, considerada ésta como órgano semipúblico, interferido entre el Estado y el individuo; siempre en ella habrá que apreciar un *valor de afección*, de *historia familiar* y de *linaje* (...); siempre habrá en ella un elemento de *estabilidad*, de *tradición* y de *conservadurismo* bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incansante de dueños perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que vaya a manos *aptas*; siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especialmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de la *propiedad-institución* más que el de propiedad—simple elemento económico—. El afán de movilizar hasta el máximo la propiedad territorial desconoce este carácter institucional, y sólo atiende unilateralmente a su valor de elemento negociable, como si se tratara de una vulgar mercancía”. Hoy, “a base de la función social de la propiedad”, se ve “la necesidad de arraigar en el suelo a la familia rural, y asentar al proletario agrícola en el terruño; de combatir al absentismo y el éxodo hacia la ciudad de los trabajadores de la tierra; de descongestionar los grandes centros urbanos; de propulsar una colonización y repoblación interior...”. Ya, LE PLAY (op. lib. y cap. cit., § 13, nota 8, págs. 83 y s.) había observado “que el comercio de los inmuebles rústicos, con las exageraciones que imprime el Código civil, ejerce una influencia mala, mala... El comercio de los inmuebles es malsano...”.

(95) Es inútil la lectura del extracto de la sección de la *Convention* de 28 diciembre 1793 en el *Moniteur*, allí resuenan aún estas palabras de Cambáceres: “La ley sobre la igualdad de las particiones ha ocasionado ya bastantes desórdenes en las familias...; habéis hecho un gran acto de justicia; habéis querido herir las grandes fortunas, siempre dañinas en una República; pero, al ser general la ley, los pequeños propietarios han sido extinguidos” (cfr. LE PLAY, op. lib. y cap. últ. cit., § 13, nota 3, pág. 77).

Como explica HELION DE BEAULIEU (loc. cit., pág. 66): “la obligación legal y uniforme de la división terminó inevitablemente en parcelamiento de la propiedad, es decir, en el emprobecimiento de cada uno de los herederos, y rápidamente en la imposibilidad de conservar una tierra incapaz de alimentar a la familia”. Y añade: “Es fácil ver cómo esta legislación es destructora del lazo que une al campesino a la tierra, cómo tiende a expulsarle de ella; hacer del propietario que trabaja su hacienda o del granjero familiarmente apegado al bien de otro propietario, un pobre diablo, obligado, finalmente, a ir a trabajar para otros o a dejar la tierra por la fábrica”.

Le Play (96) ya había observado, en Francia, que: Nuestras *familles-souches* de campesinos que, durante veinticinco siglos habían resistido innumerables causas de destrucción bajo la bienhechora influencia de la libertad, han sido en su mayor parte agobiados por los males derivados de una cruel imposición. Estos males resultan, sobre todo, de la movilidad de los inmuebles rústicos, de las maniobras fraudulentas y de los procedimientos organizados por los agentes que intervienen en el comercio y en la partición forzosa de estos bienes”.

El fenómeno tiene fácil explicación, según previno la Memoria premiada por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro en 1887, debida a la pluma de Catá de la Torre (97):

“Supongamos el caso de enajenación. Los bienes rurales habrán de ir a parar a manos de los que tienen capitales disponibles, que no serán ciertamente los agricultores, supuestas las condiciones de la partición continuada. Los comerciantes, los industriales, los hombres de las profesiones liberales, todos aquellos, en fin, que hayan podido acumular un capital, lo emplearán en la compra de los patrimonios de las antiguas casas rurales...”

“Cuando los bienes, en lugar de enajenarse, se dividen en varias porciones, es posible que sean poseídos aún por familias de agricultores. Mas ¿qué representación tendrán al fin unos propietarios a quienes se han adjudicado exiguas porciones? ¿Cómo podrán representar debidamente los intereses de la agricultura aquellos que tienen graves apuros para conllevar su penosa situación? Los demás ramos de la producción, o lo que es peor aún, los mismos empleados públicos, arreglarán todos los intereses, relegando al desprecio a la que es madre fecunda de riqueza y bienestar. Y al fin y al cabo los pequeños fragmentos de propiedad agrícola servirán para redondear las vastas posesiones de los potentados del siglo, cuyas riquezas se acumularán muy lejos de la producción rural. ¿Qué importa que estos potentados posean vastas extensiones de territorios si ellas son casi nada con relación a la profesión o la industria que tales riquezas les permitió acumular? Los bienes rurales son, en tales casos, reputados como un capital que produce un tanto por ciento menor que los que se emplean en los demás negocios; que por lo mismo que es un accesorio, consecuencia de todo ello ha de ser que los intereses de la agricultura no son tomados en cuenta al tratar de resolver los problemas sociales y económicos. Y los pocos agricultores sin importancia que puedan quedar aún tendrán que doblegarse al yugo.”

Mariano Nougés (98) advirtió: “si no hay propietarios grandes...

(96) LE PLAY, § últ. cit., pág. 83.

(97) RAMÓN MARÍA CATÁ DE LA TORRE: *La ley de la sucesión forzosa y libertad testamentaria en sus relaciones con la familia, la agricultura y la conservación de los patrimonios rurales* (Barcelona 1887), págs. 72 y ss.

(98) MARIANO NOUGÉS, citado por FRANCO LÓPEZ, *Memoria...*, cit., página 87.

la ignorancia, el envilecimiento será el resultado de ese sistema de nivelación, que a lo más durará dos o tres generaciones, porque pasará como un torrente que iguala el terreno, sí, pero aniquilándolo y llevándose la sustancia”.

17. Planteada y referida en términos generales la polémica acerca de la libertad de testar y las legítimas, quedan algunos puntos conexos por dilucidar.

¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar? ¿La hay si la legítima es de una cuarta parte? La libertad relativa, es decir, la que está circunscrita entre los componentes de un determinado grupo de parientes (hijos, descendientes, ascendientes, profincos colaterales tronqueros), ¿puede conceptuarse como libertad de testar?

Los defensores de la libertad de testar que aceptan legítimas reducidas, ¿qué fundamento atribuyen a éstas?

Respecto de la primera cuestión, Durán y Bas (99) observó que el sistema de la libertad de testar no significa “que deba ser precisamente omnimoda, ilimitada esta libertad”. “Susceptible de varias formas el sistema de libertad de testar, admite a veces —proseguía Durán y Bas— las legítimas y siempre la obligación de alimentos; por tal se entiende lo mismo aquél en que el testador debe dejar una cantidad módica en sumo grado a los hijos o a los padres, más que como legítima, para evitar que se les tenga por preteridos, que el que nada impone como forzoso a título sucesorio; y susceptible de mayor o menor extensión el de la sucesión forzosa, se comprende dentro de él todo el sistema en que el padre no pueda disponer, a lo menos, de la mitad de los bienes.”

En cambio, el representante de Navarra en la Comisión Codificadora, Morales, dijo en ésta que (100) “Se puede transigir sobre el *tanto* o el *cuanto*; pero no cabe transacción sobre los *principios*, y aquí hay que optar entre la libertad de testar o las legítimas, que son la antítesis de esa libertad.”

Y, a su vez, el representante de Aragón, Franco López (101), opuso a la extensión a Aragón del sistema catalán de legítima de un cuarto y libérrima disposición del resto, los siguientes reparos, de los cuales el primero es aplicable a la libertad navarra y ayalesa: “En primer lugar, podría con ello dejar el padre la parte más considerable de su herencia a un extraño: cuando con arreglo a la legislación aragonesa debe ser para los hijos, o, por lo menos, para aquél o aquellos de entre ellos a quien él tenga por conveniente elegir. En segundo lugar, hallándose los padres con la libertad actual de distribuir los bienes con arreglo a su prudencia, dejan de ordinario, aun

(99) DURÁN Y BAS, op., parte y cap. cit., pág. 206.

(100) MORALES, en la Comisión General de Codificación, citado por ALONSO MARTÍNEZ, op. y cap. cit., sec. IV, pág. 151.

(101) FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria...*, cit., parte III, n. XI, págs. 137 y s.

a los hijos a quienes no instituyen herederos, mayor parte de bienes, que la que probablemente les dejarían, sabiendo que cumplían con la ley no señalando más a cada uno de ellos que lo que taxativamente le correspondiese en la cuarta parte de la herencia. Y, en tercer lugar, se hallaría sujeta esta reforma que se indica a los mismos inconvenientes a que... se halla sujeto el sistema de particiones de Castilla; puesto que la necesidad de ellas y de las tasaciones que deberían precederlas, para saberse si el padre se había o no excedido de sus facultades, y adjudicar a cada hijo lo que le correspondiere con arreglo a la ley, es lo mismo que consista la legítima de la cuarta parte de los bienes paternos, que si consistiese en los cuatro quintos o en otra parte alícuota cualquiera.”

18. La segunda observación de Franco López nos evoca otra muy concreta de García Goyena (102), respecto de su tierra, Navarra:

“Elige [el padre] un hijo o hija, a quien hace donación universal, con cierta pequeña reserva de que poder testar el mismo donador; el donatario queda obligado a mantener a éste, a los otros hijos, a darles carrera, dotar y colocarlos en matrimonio, según sea el estado de la casa; otras veces el mismo donador se reserva una cantidad alzada para este último objeto—Supongamos, por término medio, al donador cuatro hijos: ¿qué es lo que de los quince mil duros quedará en limpio al donatario con la carga de los alimentos del donador, con la reserva a favor del mismo para testar, con los alimentos, dotes y colocaciones de los tres hermanos?—. Yo apelo con fiadamente al testimonio de todos mis paisanos para que me digan si el donatario navarro, en el caso propuesto, queda tan beneficiado como quedara un castellano mejorado en el quinto y tercio...” (103).

A la inversa, respecto de la tercera observación, la experiencia muestra, en el agro catalán, que los hijos o hijas al ser colocados o dotados renuncian en vida de sus padres a nada más pedir por sus legítimas, o que éstas son cifradas en el testamento paterno en cantidades que no la cubren sin que se reclame nada más, salvo que dada la desvalorización de la moneda resulte la cifra tan irrisoria que de común acuerdo heredero y legitimario fijen otra; y que más que a un cálculo riguroso del valor de la legítima en su determinación se atien-

(102) GARCÍA GOYENA, op., vol. y ap. cits., págs. 331 y ss.

(103) No obstante, no siempre pudo ser así. A menor patrimonio, en menor proporción puede detraerse de la casa. Como ha observado ROCA SASTRE (*La necesidad de diferenciar...*, n. X, Anales cits., págs. 367 y ss.): “Aun este tipo del cuarto resulta a veces excesivo, según la experiencia demuestra en Cataluña, pues tratándose de pequeños patrimonios rurales que carecen de numerario suficiente para pagarse las legítimas (o dotes en equivalencia de ellas) a los hermanos del heredero, éste se ve en la necesidad de vender bienes del patrimonio familiar, con lo cual éste sufre una amputación perturbadora... Por ello, en Aragón, Navarra y Vizcaya surgieron las legítimas individuales ficticias.”

de a las posibilidades del *hereu* para su pago sin atentar contra la conservación de la casa.

Todo nos lleva a admitir, en el terreno moral, como deber del padre no sólo el de alimentar y educar a los hijos no instituidos, sino también el de darles colocación y acomodo para poder desenvolverse, y el de dotar a las hijas, atendidas las posibilidades de la casa y teniendo como principio básico el de su conservación.

Pero el *quid* radica en este punto, ¿esas obligaciones morales trascienden del ámbito de la comunidad familiar? ¿Deben tener otro juez que el padre o madre? ¿Han de estimarse como jurídicas y, por tanto, sometidas a regulación legal y vigilancia judicial? (104).

Enrique Gil y Robles (105) lo planteó así:

“Según este mismo criterio de la mayor independencia jurídica de la familia, se resuelve fácilmente el tan debatido punto de las legítimas y de la libertad de testar, principios que no son opuestos, sino complementariamente armónicos, porque, en realidad, no se trata de si ciertos parientes, sobre todo los hijos y padres, se deben respectivamente una porción hereditaria en propiedad, sino de averiguar si la porción debida ha de imponerla por precepto el Estado, o si ha de fiarse a la autoridad del padre la distribución de los bienes, según justicia distributiva; o lo que es lo mismo, y para decirlo más claramente, si el deber moral de la legítima y del consiguiente derecho de los legitimarios han de convertirse en jurídicos sancionados en la ley común.” A juicio del mismo Gil y Robles, la contestación es que “la imposición de la legítima no es una función esencial, sino circunstancial, del poder supremo, cuyo título no es otro que la necesidad, demostrada o determinada por la experiencia de los abusos que contra la justicia y la piedad cometan, con habitual frecuencia, padres desnaturalizados”.

Cándido Nocedal (106) había opinado lo contrario: “Hay padres

(104) GINER (op. cit., § 100, ed. y vol. cits., pág. 29) lo planteó así: “El padre, por ejemplo, debe en vida alimentar al hijo en ciertas condiciones; debe, por tanto, asegurárselos en sus bienes para después de su muerte. Pero de ningún modo está en conciencia obligado a dejar siempre, sea por igual, sea por partes desiguales, su fortuna a sus hijos ni a otra persona alguna; esta obligación nace sólo cuando existen ciertas condiciones que nadie, ni, por tanto, el legislador o el juez, se halla en situación de juzgar con acierto. Si tan relativa y variable es la obligación ante la conciencia, se concibe lo absurdo de querer petrificarla, convirtiéndola en idéntica y permanente por las leyes.”

(105) GIL Y ROBLES, loc. cit., págs. 40 y s.

(106) NOCEDAL, disc. cit. (Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cits., páginas 730 y s., nota 1 de la pág. 730), que también dice: “Los hijos tienen en el corazón del padre una garantía mayor y más eficaz que todas las leyes positivas posibles y que todos los Códigos de la tierra... ¿Qué legislador ni qué Gobierno llegará jamás, con sus combinaciones calculadas y frías, hasta donde llega el amor, la solicitud, la previsión y hasta la adivinación del padre?; y “... del padre, tipo ideal de Gobierno y gobernantes, desconfían las leyes de Castilla...; al padre encierran dentro de un círculo de hierro, cuando él se lo trazara a sí propio y entonces sería bueno, y es malo porque es forzoso...” y

desnaturalizados, cierto; son injustos alguna vez; pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna. Buscad lo común, lo ordinario, lo universal, lo natural y acertaréis seguramente, preocupándoos con lo excepcional, quebrantáis las leyes de la naturaleza...”

Si el Derecho de Navarra, o el de Ayala, admite la plena libertad es porque presupone que si alguna vez el padre deja el caserío, v. gr., a un sobrino y no a un hijo, será por razones muy evidentes o graves. V. gr., que ningún hijo sea labrador, todos le hayan emigrado a América, o sido educados para mejor profesión u oficio; o bien, que aquél que quede sea un pródigo, un mal labrador, un degenerado, supuesto en el cual le sería mucho más duro incapacitarle o desheredarle que simplemente dejarle —en cuanto a los alimentos— al cuidado de aquel a quien designe heredero (107).

Si el Derecho de Aragón es adverso a la legítima individual es porque estima que si algún padre no coloca o dota a algún hijo o hija es porque absolutamente no puede hacerlo, o bien porque al hijo o hija no le hace falta, porque por sí solo ya lo ha logrado con creces, o bien porque no lo merece o porque lo dilapidaría y despilfarraría.

El Derecho común parte de lo contrario. Las normas forales sólo desconfían en ciertos casos, como son los de segundas nupcias; y estiman que el padre puede tomar las medidas que, a su juicio, el modo de ser de su hijo exija, y, en cada generación, así sucesivamente: Heredamientos, donaciones, *propter nuptias*, designaciones de comisario, son garantías de tipo familiar, adaptables a cada caso, no soluciones prefabricadas por la ley.

Se ha llegado a proclamar la incompetencia del legislador en esta materia, en la que sólo un padre puede juzgar y aun con muchas dificultades. Recordemos la aseveración de Costa (108) de que el legislador “no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla; yerra porque no puede menos de errar”. “Las relaciones familiares y personalísimas de cada uno de los llamados a la herencia —explicó Angulo Laguna (109)—, factor sin el cual no se puede lle-

“... el único para quien no sirve semejante precaución es precisamente un mal padre... derrochará durante la vida los bienes de los hijos, los venderá, los regalará, los transformará...”.

(107) URIARTE LEBARIO (op. cit., cap. V, pág. 134) informaba de que, pese a la amplia libertad de testar y de *apartar* a los hijos de la herencia de que dispone el padre en el territorio de Ayala, no se recordaba, en el transcurso de un siglo, que se utilizara más que dos veces en favor de extraños: “una en las proximidades de Respaldiza, donde un padre apartó a sus hijos para instituir a un extraño, quien ante la general indignación que en el país produjo la conducta del testador renunció a favor de los hijos esta herencia, y otra vez en el valle de Oquendo, donde un anciano cuyos hijos estaban en América gozando de buena posición económica dejó su escaso caudal al convecino que le albergaba en su casa”.

(108) Cfr. COSTA, *La libertad de testar...*, loc. cit. 522, Cfr. este texto *supra*, nota 34 de este §.

(109) DIEGO ANGULO LAGUNA: *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), capítulo III, págs. 59 y ss., especialmente 67 y 68.

gar a una solución justa en materia de reparto, por su índole esencialmente privada escapan a la acción del Estado, no armonizan con los medios de que éste dispone para cumplir y hacer cumplir el Derecho a este respecto, y suponen una variedad tal de casos y de estados de conciencia, que la regla jurídica es impotente, al menos por ahora, y no contando, como no cuenta, con órganos auxiliares [Consejo de familia], de una parte, para presuponer todos los casos, y de otra, para encontrar feliz expresión de un principio que a todos los comprenda.”

19. Hay un viejo brocardo (110) que dice: “*Legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis.*”

Tal vez sería más exacto decir que son de derecho natural los deberes que constituyen la substancia de la legítima, ya que éstos pueden cumplirse sin que las legítimas existan. De no ser así las legítimas individuales simbólicas de Vizcaya, Navarra y Ayala contrariarían el Derecho natural.

Para el Derecho natural clásico, la justicia reside en la recta disposición de las cosas a su fin, o según el orden de la Creación (111). La intervención de la ley positiva es exigible en cuanto sea necesario a ese orden, y repudiable en cuanto lo perturbe. Pero muchas veces su actuación produce ambos efectos a la vez, perturbando bajo ciertos aspectos y en unos supuestos, pero evitando otras perturbaciones en otros aspectos y supuestos.

Ese es el meollo del problema del tan discutido dilema de la libertad de testar o de las legítimas.

Lo fundamental en el régimen sucesorio —dijimos en otra ocasión (112)— es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, en nuestro tema, hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en que se hallan ubicados.

a) En el primer aspecto, recordemos que Alonso Martínez pronosticaba que se llegaría a la extensión del régimen de las legítimas por la disminución de la moralidad, y, especialmente, recordemos aquellas palabras de la Novela XVIII, cap. III, de Justiniano, que ante la disposición del usufructo universal a favor de la viuda, comentó que: “*Quamobrem arbitrator studium esse huiusmodi testamentis uxores etiam proprietatem acquirere, filiis forte fame perentis.*” O aquellas otras de la ley “*Dum inlicita*” de Chindasvinto (Lex Visi-

(110) Cfr. MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho...*, cits., (H 2), n. 72, pág. 227.

(111) Cfr. MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit* (París, 1962), II parte, cap. III, A, 1, a, págs. 124 y s.

(112) *Panorama...*, cit., tema XI, n. I, pág. 263.

gotorum IV-I, 1.^a): “Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxuriosa vel cuius tam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes aut non gravi culpa obratam ob noxis inanes reliquunt...”

Por ello, habíamos afirmado en otras ocasiones (113) que la libertad de testar puede ser útil o perjudicial según el uso que de la misma se haga: “Si un contingente considerable de padres usara de ella para despojar a sus deudos en beneficio de sus amantes, necesariamente debería abolirse. También habría que abrogarla si los hijos preferidos dilapidaran su caudal o guardaran avaramente su haber mientras sus hermanos se vieran condenados a poblar los barracones de los suburbios...” “La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica.”

b) En cuanto a las costumbres vividas, como también allí dijimos: “La mentalidad jurídica popular llega a ser mucho más decisiva que las mismas leyes: “*Leges sine moribus vanae proficiunt*”. “Por ello, la libertad de testar sería inútil si los padres no usaran de ella, por desconocer que utilizándola con acierto puede lograrse justicia.”

“El Derecho sucesorio —ha dicho Roca Sastre (114)— está íntimamente ligado con la organización específica de la familia. El Derecho sucesorio tiene un objeto o cometido simple: regular el *destino* de un patrimonio relicto y, en este sentido, es un mero desenvolvimiento de los sistemas o modos de adquirir. Pero la técnica o sentido que adopte la regulación de aquel destino o sucesión patrimonial está fuertemente influenciado por el criterio imperante en materia de organización familiar.”

c) En lo relativo al objeto, el mismo Roca Sastre (115) ha propuesto la distinción entre lo *rural* y lo *urbano*, aplicándoles, respectivamente las características señaladas por Le Play a la familia troncal y establece y a la familia no troncal o temporal (116). Y Gregorio de

(113) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, epílogo, cfr. ed. sép., págs. 621 y s. y A. D. C. VIII-II (abril-junio, 1955), págs. 457 y s., y prólogo a *El campesinado* en VERBO cit., pág. 19, R. del I. A. C. de S. Isidro CXIII, 2, pág. 36 y s., y Rev. Jur. de Cat. cit., págs. 119 y s.

(114) ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rústico y...* A. A. M. del N., vol. cit., págs. 337 y s.

(115) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., págs. 338 y ss.

(116) URIARTE LEBARIO (op. cit., cap. VI, págs. 48 y ss.) observó al respecto que: “En las anteiglesias de Vizcaya, donde rige el Fuero civil vizcaíno, usan los labradores de la facultad de testar que el Fuero les otorga, de tal manera que las propiedades rústicas se mantienen indivisas; pero la mayor parte de los menestrales, propietarios y comerciantes, no cuidan de que el patrimonio familiar no se fraccione, aunque usan y tienen en gran estima la libertad de testar que el Fuero concede...” “Los labradores ayaleses, que tan fieles se muestran a la transmisión íntegra del patrimonio familiar cuando lo constituyen fincas rústicas, en cambio lo dividen entre todos sus hijos si consiste en dinero.”

Altube (117) ha llegado a afirmar que el paisaje es fuente del Derecho, pintando con vivos trazos con cuánta necesidad el paisaje montañoso vasco reclama un régimen sucesorio que permita mantener indiviso y vivo el caserío (118).

Nosotros, en otra ocasión (119), propusimos otra distinción: *patrimonios dinámicos o de producción* y *patrimonios estáticos o de ahorro rentista*. El problema de los patrimonios dinámicos no sólo existe en las casas labradoras, en los patrimonios familiares agrarios, sino que también se plantea en la empresa individual artesana y en la pequeña empresa industrial o comercial que dividida entre muchos no produce lo suficiente para ninguno y termina por tenerse que liquidar, después de causar en muchos casos la discordia entre los hermanos.

Añadamos, incluso, el supuesto de la familia urbana que no tiene más bienes que su hogar, en el que conviven con los padres ancianos una hija o un hijo que subviene a casi todas las cargas del hogar, mientras los otros que tienen su acomodo fuera no cooperan de modo alguno al sostenimiento de los padres. Para estos supuestos, muy numerosos —como hemos comprobado en nuestra práctica notarial—, el régimen que en general se siente como el más justo y adecuado es el de la familia estable, de modo idéntico que para los patrimonios dinámicos, mejor que el sistema de los patrimonios estáticos o de ahorro rentista. Tal vez porque la casa es un complemento del desenvolvimiento dinámico de la familia más que un mero elemento del ahorro.

20. Profundizando un poco más en la distinción entre los *patrimonios dinámicos o de producción* y los *patrimonios estáticos o de ahorro rentista*, dijimos —en el lugar últimamente citado— que: “Para los primeros, los regímenes sucesorios que mejor cumplen su interés social son evidentemente los sistemas de continuidad, que por un medio o por otro mantienen viva la explotación. Para los sistemas de

(117) GREGORIO DE ALTUBE: *El paisaje como fuente del Derecho*. Conferencia inédita en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

(118) EDUARDO DE HINOJOSA (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña* —Madrid, 1905—, cap. IV, págs. 160 y ss.): “Las condiciones del suelo influyeron también (en la Cataluña medieval), sin duda, en el predominio de la sucesión individual. En comarcas montañosas, donde la escasa fecundidad de la tierra y la crudeza de la temperatura imponen la cultura extensiva, el fraccionamiento excesivo de la propiedad territorial tiene como consecuencia la imposibilidad de proporcionar medios de subsistencia a familias numerosas.” Y Uriarte (loc. últ. cit., págs. 156 y ss.) ha hecho notar que la causa del fenómeno social del uso de la libertad de testar para conservar indivisa la casería debe basarse en los procedimientos de cultivo y en las condiciones físicas del suelo”, pues los “territorios habitados por vascos, tanto en el lado de acá como en el de allá de los Pirineos, son montuosos y pobres”, y que por la adecuación de leyes y costumbres se hallan conceptuados “como muy bien cultivados y productivos, si no por su fertilidad, por el perseverante e ingenioso trabajo de sus habitantes”.

(119) *Panorama...*, cap. y núm. cit., págs. 264 y s.

ahorro o estáticos, la unidad patrimonial no tiene ningún interés social, y entonces parece, como regla general, más justa la tendencia a la división igualitaria.”

A este segundo supuesto es aplicable lo que Radbruch (120) ha dicho con excesiva generalidad:

“La masa hereditaria no se presenta hoy, en la mayoría de los casos, como un todo material coordinado a un fin económico que no puede dividirse sin gran perjuicio, sino más bien como un conglomerado, una suma, una masa informe de valores. Ya vimos en el capítulo de la propiedad la transformación de la propiedad en patrimonio, de la cualidad en cantidad. Ahora bien, un montón de valores, una caja llena de las más variadas acciones, obligaciones, suscripciones públicas y talones hipotecarios no constituyen una unidad económica necesitada de conservación. Sólo porque la mayoría de las herencias habían tomado este carácter puramente cuantitativo es por lo que pudo imponerse el sistema de las legítimas. Las unidades económicas necesitadas de conservación en medio del cambio de los hombres, con la despersonalización de la economía y con la objetivización de las empresas, han pasado de las manos perecederas de las personas naturales a las manos inmortales de las personas jurídicas, escapando, justamente por eso, del círculo del Derecho hereditario. De tal suerte encontramos en el dominio del Derecho hereditario agudizados y en su plena acritud los problemas que nos salieron al paso en la propiedad y en la familia.”

Esta última frase nos muestra la imprudencia de generalizar lo que se estima mayoritario, reconocida como un hecho en otra de las frases que acabamos de transcribir. Por otra parte, como antes hemos observado, Radbruch generalizaba excesivamente sus conclusiones. Así nos lo confirman las estadísticas (121). Además de que —como sabemos prácticamente los Notarios— la mayoría de las sociedades anónimas sólo lo son formalmente, pues realmente son empresas familiares que, por múltiples razones que no son del caso enumerar, han adoptado la forma —sólo la forma— de sociedad anónima, pero sus acciones no circulan y, muchas veces, ni siquiera están materialmente

(120) G. RADBRUCH, op. cit., § 21, págs. 210 y s.

(121) Acusamos de *excesiva generalidad*, y lo confirman así las estadísticas; v. gr., en la progresiva Francia, según índice de 1958, de un total de 837.000 establecimientos industriales: 792 tenían menos de 20 asalariados, 36.000 de 20 a 100; 8.400 de 100 a 500; 900 de 500 a 1.000, y 50 de más de 1.000; trabajando en empresas de uno a 20 obreros, 2.197.000 trabajadores; en empresas de uno a 200 obreros, 4.673.000, y de más de 200 obreros, 2.909.000 (Cfr. Anexo I, del trabajo *La tecnocracia y las libertades*, del Club Jean Louis Richard, en VERBO, núm. 28-29, pág. 504).

Parece como si los intelectuales tuviésemos una excesiva percepción de la *dinámica*, del *movimiento*, que nos impidiera ver y valorar lo que *permanece*. Por eso, nos es útil constatar de vez en cuando la medida de lo uno y de lo otro.

impresas. Lo más voluminoso es anónimo, pero no lo es lo más numeroso, ni siquiera en la industria ni en el comercio (122).

21. Donde de un modo más agudo se ha planteado el problema sucesorio de la conservación del patrimonio familiar ha sido en la mediana y, especialmente, en la pequeña propiedad rústica. Por ello, dedicamos especialmente este epígrafe a ese problema. Su planteamiento es claro (123).

Es necesaria una adecuada ecuación: entre la familia campesina y las tierras que ésta cultive y de las que viva. Ecuación que nos plantea de un modo dramático un hecho evidente: no todos los que nacen en una casa campesina pueden seguir viviendo en ella formando una sola familia, en las mismas tierras de la casa en que nacieron. Se trata de una imposibilidad económica y hasta física que lo impide.

Hay un mínimo vital en la cantidad de tierras de cada calidad por debajo del cual no es posible que vivan las personas que integran una familia.

“No cabe duda —ha dicho Roca Sastre (124)— que la división igualitaria de herencias es altamente perniciosa en los territorios principalmente rurales, pues tratándose de un patrimonio agrícola que sólo dé para vivir una familia modesta, si al morir el padre dejando varios hijos se impone su partición por efecto de una legítima de excesiva cuantía, el resultado será, en general, que los hijos vendan sus lotes, yendo después aquéllos a engrosar la masa proletaria de las ciudades y acaparando el comprador, en sistema de latifundio, las tierras enajenadas. En cambio, con el sistema de heredero único, posibilitado para la legítima corta, se produce aquel arraigo a la tierra, evitándose la despoblación del campo y efectuándose por vía automática y con la normalidad propia de las soluciones de Derecho privado, un proceso de asentamiento sin necesidad de intervención burocrática estatal y con pacífica solución del problema agrario.”

De este modo, cuando la casa ya no puede desdoblarse, los hijos que deseen establecer su nido deberán abandonar el suyo originario..., excepto uno, el heredero, que quedará encargado de perpetuarlo.

La historia del Derecho y las legislaciones actuales nos ofrecen tres tipos de fórmulas para lograr aquella solución: las vinculaciones, la indivisibilidad forzosa y la libertad de testar (125), y, como variante

(122) Otra cuestión diversa es la de si es conveniente que el Derecho favorezca ese anonimato capitalista, característico de las sociedades anónimas y contrario a la relación directa de propietario y propiedad, que separa la propiedad de la riqueza del poder sobre ella, y que llega a permitir a determinados grupos que manejen ocultamente los resortes del mundo. Sobre este tema Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sec. III, vol. I, págs. 94 y ss. y 126 y ss.

(123) Cfr. nuestro prólogo a *El campesinado*, VERBO cit., pág. 9; R. J. de Cataluña cit., pág. 112, y Rev. del Inst. Agr. Catalán de San Isidro, cit., pág. 34.

(124) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., págs. 374 y ss.

(125) Cfr. nuestro prólogo a *El campesinado*, VERBO cit., págs. 16 y ss.; R. J. de Cataluña cit., págs. 117 y ss., y R. del I. A. C. de San Isidro cit., páginas 35 y s.

de esta solución, la de otorgar donación universal o *heredamiento* en capitulaciones matrimoniales.

Las *vinculaciones* ofrecen el grave inconveniente de su perpetua inflexibilidad. Las condiciones de la familia y las del lugar pueden cambiar. Cabe que en éste varíe la orientación económica más conveniente y que haga tránsito de la agricultura a la industria o a otra actividad diversa (126). Cabe que el designado estatutariamente carezca de las cualidades necesarias para llevar el timón o los remos de la casa o del indispensable amor a la tierra. Por otra parte, anula el estímulo que significan el premio al labrador que mejor sepa hacer rendir sus tierras y el castigo a quien no sepa cuidarlas (127). Otro de sus inconvenientes consiste en que la inmoviliza, a la vez que limita sus posibilidades de crédito, al hacerla inalienable. Provoca, en fin, la concentración de la propiedad territorial al reunirse con las uniones matrimoniales diversos mayorazgos, sin ser posible a los padres su división (128).

La *indivisibilidad*, legalmente impuesta a las parcelas consideradas como unidades mínimas de cultivo, no parece que a la larga pueda resultar buena solución. En primer lugar, resulta rígida, estereotipada, no adaptada a la variedad de circunstancias y a su posible mutabilidad, y además introduce la tecnocracia y la burocracia estatal para controlar la actividad dispositiva de los labradores (129), con violación del principio de subsidiaridad (130). En segundo término, su desbordamiento de hecho por la realidad no puede evitarse más que con soluciones drásticas, que resultarán injustas en cuanto impongan lo positivo y formal a lo real y vital; y que, para no resultar disposiciones estériles, incluso necesitarán desconocer la usucapión, institución que esencialmente confirma de derecho la unión vital de hecho del hombre con la cosa (131).

(126) Cfr. JOSÉ M. SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, t. II (Barcelona, 1945), cap. VII, II, c, págs. 321 y ss.: "Los inconvenientes de las vinculaciones reguladas por fundación o por precepto legal son los de todas las instituciones de Derecho positivo creadas a perpetuidad: la rigidez de la institución no se aviene con las necesidades de los tiempos y llega un momento en que el divorcio entre la norma imperativa y la realidad es tal que hay que proceder a una operación de cirugía jurídica para dar salida a una corriente de vida social que no puede hallar cauce adecuado dentro de la angostura estatutaria o funcional."

(127) Por esas razones, en el S. XVI, la alta nobleza territorial de Inglaterra suprimió el derecho vincular de primogenitura (o mayorazgo) para basar en la libertad de testar la elección del heredero (Cfr. LE PLAY, op. y cap. cit., 15, pág. 92).

(128) Cfr. A. Menger, op. cit., cap. V, n. LIV, pág. 395.

(129) Cfr. Federico de Castro, *El Derecho Agrario de España - Notas para un estudio*, en A. D. C. VII-II (abril-junio 1954), págs. 387 y s.

(130) *El principio de subsidiariedad* lo vemos enunciado en términos generales como la doctrina social de la Iglesia por Pío XI en *Quadragesimo anno*, §§ 79 y 80; Juan XXIII en *Mater et Magistra*, § 53.

(131) Así expusimos en VERBO, cit., pág. 22, y en R. J. Cataluña cit., página 122.

Por lo demás, la determinación de unidades mínimas de cultivo indivisibles resultará una solución insatisfactoria si las legítimas a abonar a los demás hijos son superiores a las posibilidades de ahorro de la casa en una generación (132). Y, finalmente, del mismo modo que en el agro la erosión se evita con vegetales de tamaños distintos, según las circunstancias, o con la combinación de unos y otros —árboles, arbustos y herbáceas—, de igual modo, la erosión humana se evita mejor conservando heredades campesinas de distintas dimensiones y riqueza, con funciones sociales distintas, con posibilidades estimulantes de agrandarse o achicarse según la capacidad y el esfuerzo de sus respectivos titulares.

La *libertad de testar* pretende delegar en el padre la decisión, en cada caso, del mantenimiento de la unidad de los herederos o de su división, apreciando la posibilidad o conveniencia de una u otra solución, y su medida.

Claro que esta solución requiere que las costumbres hayan enseñado a los padres a saber usar de esa libertad. De lo contrario, la labor más eficaz, a la larga, que el Estado puede acometer, es la de formar una sana y realista mentalidad campesina en defensa de las casas labradoras y, con ella, de la propia agricultura (133).

Sanahuja (134) reconoce el peligro de que “al dominar como soberana la voluntad individual, se rompe jurídicamente la cadena en cada generación y el patrimonio deja de cumplir a menudo su misión como soporte de un tronco familiar, para servir únicamente a los intereses efímeros de un individuo cuando el patrimonio es grande o para ser abandonado cuando es pequeño”. Y, por ello, indica como solución óptima que: “La capitulación matrimonial tiene la ventaja de asociar al primogénito en la labor de la granja y quedar ensamblado el interés de padre e hijo, reemplazando éste a aquél sin solución de continuidad. Por otro lado, la renovación de que es objeto al contraer matrimonio el vástago elegido le da la suficiente flexibilidad para adaptar las capitulaciones a las necesidades que los nuevos tiempos demandan.”

(132) Lo que podría dar lugar al fenómeno llamado del *endeudamiento de la tierra*.

(133) Cfr., al respecto, nuestra ponencia general en el I Coloquio Latino de Derecho Agrario, celebrado del 8 al 12 de noviembre de 1964, organizado por la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario, que con el título *El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy* publicó An. Der. Cív. XVIII-I (enero-marzo, 1965), págs. 214 y ss.

(134) SANAHUJA y SOLER, op. vol. y cap. cit. n.º II c y d, p. 322.