

TORRES GARCÍA, Teodora F. / GARCÍA RUBIO, María Paz: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 260 pp.

1. Siempre me ha parecido que el testamento (*Das Testament, the Will*) es uno de los más grandes inventos de la civilización jurídica de la que nosotros procedemos y en la que todavía vivimos. Doy por supuesto que todo ordenamiento jurídico debe adoptar las medidas necesarias para que la vida jurídica y los asuntos pendientes puedan desarrollarse como estaba previsto, no obstante el fallecimiento de alguno de sus protagonistas, pero es útil también que el fallecido haya tenido participación en la organización de su sucesión.

Aunque hay un refrán que dice que *mors omnia solvi*, el ordenamiento jurídico se declara enemigo de esta idea y trata por todos los medios posibles de favorecer la continuidad y la continuación de la vida jurídica. Esto no quiere decir, por supuesto, que el instrumento sea siempre el testamento, si bien no puede negarse que coadyuva decisivamente a obtener las finalidades requeridas.

2. El acto de testar fue especialmente valorado al rodear de especiales solemnidades la declaración de voluntad que debe regular el destino que haya de darse a las relaciones jurídicas de una persona cuando esta fallezca, lo que se consiguió otorgando los testamentos ante las curias y sus miembros, o ante otra clase de ciudadanos que representaban a la población o, por decirlo con palabras sencillas, a los mismos miembros de la comunidad a la que el testador pertenecía.

El testamento más antiguo parece haber sido el testamento *calatis comitiis*, otorgado ante el pueblo reunido en los comicios; y después el testamento *in procinctu*, que se hacía también ante el pueblo, si bien ahora no reunido en *comitia curiata*, sino encuadrado en las unidades militares. Era el testamento hecho ante el ejército en pie de guerra.

Algunos de los comentaristas creían que el pueblo que asistía al testamento comicial votaba éste como en una ley, y veían en el testamento *in procinctu* el primer testamento testifical, ya que el ejército no decide. Se limita a testificar.

Algunas perturbaciones pudo originar el hecho de que la capacidad de testar se colocara en cabeza de quien con anterioridad era dueño de los bienes, reconociéndosele no solamente el poder de disposición respecto de tales bienes, sino también, como reza algún texto definidor de las sucesiones, la posibilidad de estatuir aquello que era su voluntad que se hiciera después de su muerte, con lo cual podía influir en los negocios pendientes que pudiera tener con otras personas. Sin embargo, al conceder el poder de disposición al dueño de los bienes, se le otorga un plus de poder jurídico, lo cual, respecto de los demás miembros de la misma familia, si bien no impide que la sucesión sea fundamentalmente un asunto interno de la familia, puede crear dificultades de alguna consistencia.

3. En la solemnización de los testamentos, pero también en la correcta ordenación de los mismos, ha tenido a lo largo del tiempo especial trascendencia la preceptiva intervención de los notarios en el otorgamiento, lo cual significa, por una parte, que el testamento ha de ser un documento público y un documento redactado por un funcionario público, pero que, al mismo tiempo, el notario como funcionario especialmente distinguido y especial-

mente experto en materias de Derecho privado y en materias de Derecho de sucesiones, pecha con las tareas de redactar el documento testamentario, de examinar su corrección legal o su ajuste con las normas legales que rijan la materia, así como cuestiones atinentes a la identificación del testador y otras parecidas. Lo cual significa, rectamente entendido, que hay una intervención de funcionarios estatales destinada a favorecer la validez de los testamentos, al menos a no contradecir normas legales.

4. En la tradición jurídica que ha llegado hasta nosotros, se mantiene la idea del testamento como instrumento rector de la sucesión con no muchas modificaciones.

No existe entre nosotros ningún estudio de lo que podría llamarse una filosofía del testamento como el trabajo de las profesoras Torres García y García Rubio, que se aproxima mucho a lo que en esta materia está todavía por hacer. Es verdad que el Derecho de sucesiones y, por consiguiente, el Derecho de los testamentos en la medida en que forma parte de aquel, contiene las más importantes tradiciones jurídicas consuetudinarias y seculares en esta materia, sin las cuales casi nada se entiende en esa parte del Derecho privado, como casi nada se entiende en la forma de producirse, de argumentarlo y de construirse el Derecho privado mismo.

El trabajo de las profesoras Torres García y García Rubio, que arranca con un título donde se contempla la llamada «libertad de testar», parece dedicado a estudiar con carácter preferente las dificultades que los testamentos pueden encontrar por chocar con normas de carácter legal. Este es el sentido que hay que atribuir a las llamadas de atención hacia la libertad de testar y hacia la posible aplicación de la llamada doctrina de la *Drittwirkung* en materia testamentaria. Todo ello merece atención especial y, al mismo tiempo, alguna dosis de felicitación a las autoras por el hecho de que se hayan arriesgado a meterse por vericuetos por los que no resulta fácil transitar.

5. El libro de las profesoras Torres García y García Rubio a las que estas líneas sirven de comentario, arranca de un estudio sobre la libertad de testar, a la que atribuyen un carácter polisémico y en la que se incrusta, en opinión de las autoras, la división entre libertad positiva o libertad para testar, y libertad negativa o libertad de testar en sentido estricto.

Los conceptos citados parecen proceder de Berlin (ob. cit., p. 14). Según estas ideas, la llamada libertad en sentido negativo trata de dar respuesta a la pregunta sobre cuál es el ámbito en que al sujeto, una persona o un grupo de personas, se le deja hacer sin que en su hacer interfieran otras personas.

Berlin decía, en este sentido, que libertad significa que no haya quien interfiera en mi actividad más allá de un límite, que es, sin duda, cambiante, pero reconocible, por lo que su defensa consiste en prevenir y evitar la interferencia de los demás. En este sentido, dicen nuestras autoras, libertad de testar en sentido negativo es la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el patrimonio llamado moral), sin que otros, como puede ser por ejemplo el Estado, imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones que se consideran nulas, se interpongan en esa actividad. Este es el sentido que debe tener el término «libertad de testar» en su sentido más estricto.

En sentido positivo la libertad deriva del deseo por parte de un individuo de ser su propio dueño, es decir, que sus decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. En este sentido, la libertad positiva de testar implica la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean.

Suponen la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad.

6. En el opúsculo que publiqué hace unos meses dedicado a estudiar algunos aspectos de la seguridad jurídica («*La seguridad jurídica y otros ensayos*», Cívitas, Madrid, 2014) dediqué algunas palabras a hablar del problema relativo a la libertad de testar. Según expliqué, espero que de forma útil, todo obedecía a la organización por parte de la fundación que mantiene el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y que dirige con mano segura Ernesto Garzón Valdés de un seminario sobre «La libertad de testar». Las ponencias se habían encomendado a las profesoras Teodora Torres García y María Paz García Rubio, y su texto es el que ahora publica la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. El título de la jornada significaba casi con toda seguridad que uno de los temas que podía ser caballo de batalla, era el relativo a las legítimas y el debate sobre su mantenimiento o supresión, razón por la cual el autor de estas líneas, como asistente a la sesión de aquel seminario, preparó su artillería con la finalidad de defender el ordenamiento sucesorio español tal cual en ese punto había llegado hasta nuestros días, sin introducir en él modificaciones que se pudieran considerar poco meditadas. Tengo que confesar ahora, que estaba en aquel momento influido por la lectura de una tesis doctoral, que era la que había por una parte presentado en la Universidad y, por otra, publicado D. Aurelio Barrios Gallardo, bajo la dirección del Dr. D. Ángel Cristóbal Montes con el título de «*El largo camino hacia la libertad de testar*». El trabajo del Dr. Barrios Gallardo parecía proclive al reconocimiento de la libertad de testar sin limitaciones legítimas. Frente a ello, algunos de nosotros siempre hemos estimado que en materia jurídica es preferible ser partidario de soluciones preconizadas con anterioridad más que destacar por el favor de las innovaciones. Aunque hay que reconocer también que en la legislación española se habían manifestado ya tendencias a favor de una libertad de testar que pasara por encima de las legítimas. Había ocurrido así con la reforma del derecho de los legitimarios cuando existiera entre ellos algún incapaz. El tema había llamado también la atención de algunos otros autores que le habían dedicado aportaciones especialmente valiosas. Me refiero al «Tratado de legítimas» dirigido por la profesora Teodora Torres, al trabajo de Parra Lucán sobre «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio» y al estudio de Ana Cañizares Laso, titulado «Legítimas y libertad de testar».

7. Mi opinión sobre este tema de las legítimas, que es uno de los muchos que estudian las profesoras Teodora Torres y María Paz García Rubio en la obra a que esta reseña se refiere, consta ya por escrito («¿Libertad de testar?», en *La seguridad jurídica y otros ensayos*, pp. 67 ss.). Me parece, por consiguiente, legítimo transcribir a continuación algunos de los argumentos sobre los cuales, en mi opinión, la discusión sobre esta materia debe versar.

Para cerrar esta exposición que se ha hecho inevitablemente un poco larga, tendremos que enfrentarnos a alguno de los argumentos que se amparan en una supuesta evolución lógica de la organización de la familia y de la edad de las personas que, a nuestro juicio, no modifica ninguna de las anteriores conclusiones.

Estos argumentos han sido, básicamente, dos. El primero se refiere al avance de la edad media de las personas y, por consiguiente de los descendientes del testador, eventuales legitimarios del mismo. Si el fallecimiento del testador les alcanza cuando ellos tienen ya una edad avanzada, puede pensarse que la legítima no les interesa y que mantenerla no es más que una

rémora. Se ha llamado a ello incremento de la esperanza de vida y se ha pensado que así cambia el cometido de la institución de la legítima.

La anterior consideración se funda entre otras cosas, en una cita de Condomines Valls, Francisco de Asís («Crisis del Derecho sucesorio», *Anuario de Derecho Civil*, 1970, 4, pp. 701 a 710) que Barrio recoge en la página 467 de su libro, y que dice así: «Los supuestos demográficos, antropológicos, sociales y de organización familiar en que el Derecho sucesorio se basaba eran los siguientes: 1) determinadas expectativas de vida, o sea, un cálculo de probabilidades acerca de la presencia real efectiva y activa de los sujetos en las familias y en la comunidad local o nacional; 2) familia indivisa, estable, arraigada, troncal, y con inferioridad de la mujer considerada como de origen biológico; 3) el dominio de la tierra, del fundo, de la llamada por antonomasia la finca, como bien capital, básico en la economía del grupo y del país; 4) finalmente una organización del poder que, cualquiera que fuera su forma, era en esencia, y sobre todo en su funcionamiento, aristocrática».

Se alega también que el instituto de la legítima en relación con los descendientes debería encaminarse hacia una función neta y exclusivamente de subsistencia, es decir, existir a modo de prestación con cargo al caudal hereditario solo en aquellos casos en que sea realmente imprescindible. Hemos comentado ya la relación que esta idea puede tener con el tratamiento de la prodigalidad y con los alimentos, y los efectos que puede ejercer en nuestro caso, pero esa no es la labor ahora.

El hecho de que la legítima se reciba a una edad avanzada tampoco me parece que ejerza una influencia que haya de exagerarse, pues no puede discutirse como veremos después, que aun en tal caso ejerce un indiscutible influjo económico.

El último de los argumentos que se quiere alegar (ver ob. cit., p. 463) es lo que se llama «el origen de las fortunas de los particulares», que se relaciona con el tránsito de las economías agrarias a las economías urbanas e industriales. Tampoco me parece que sea un argumento que deba ser tenido en cuenta. Puede admitirse que en la mayor parte de los casos los patrimonios transformados en herencias han sido creados y mantenidos por el arte y la pericia del causante de la susodicha herencia. Sin embargo, ello por sí solo no excluye la función del traspaso de la herencia o parte de la misma a otras personas, como son los descendientes, y no priva a la institución de toda función económica, y menos todavía justifica que por el hecho de haber creado el patrimonio tengan sus titulares que poder disponer de él libremente.

En nuestra opinión solo hay razones de orden económico para ordenar racionalmente la sucesión *mortis causa*. La pregunta será o debe ser, qué es mejor para la sociedad como conjunto, cuáles son los *desiderata* de ésta, y cuál es la mejor manera de cumplirlos.

Una buena respuesta a esta pregunta se encuentra en alguna de las opiniones que determinados capitanes de la industria norteamericana expusieron en un manifiesto para tratar de convencer al Presidente Bush de que no suprimiera el impuesto de sucesiones. Entendían, seguramente con razón y más desde su punto de vista, que el interés de una sociedad y el interés de los empresarios es que haya muchos eventuales clientes de las prestaciones que tales empresarios pueden lanzar sobre el mercado. Dicho de otra manera, la pretensión que puede llamarse si se quiere socialdemócrata, de multiplicación de las fortunas medias, sin amparar las que puedan resultar excesivas. Y es en este sentido en el que a nosotros nos parece que la legítima de los descendientes puede seguir cumpliendo su función. No se puede olvidar que la

legítima no ha tenido nunca por finalidad mantener al legitimario en el mismo nivel social o en el mismo estrato en que estuviera su familia de procedencia. Puede entenderse, y muchas veces se ha entendido así, que se hace de esta manera para evitar que el legitimario pueda desarrollar de una manera menos rigurosa su propia actividad económica o profesional. Por decirlo de algún modo gráfico, la legítima de los descendientes es una rampa de lanzamiento de estos, y esta función de rampa de lanzamiento continúa pudiéndose ejercer en los tiempos que corren, y más todavía en un momento en el que los gobiernos y las corporaciones parlamentarias han tratado de poner en órbita una cosa que llaman los «empreendedores», es decir, suscitando las vocaciones de la juventud para, apartándolas del desempleo, dirigiéndolas hacia la creación de empresas. Habrá en ese sentido únicamente que cuestionarse si es mejor fomentar esta finalidad con dinero público procedente del llamado Estado del bienestar o si, en los casos en que sea posible, debe hacerse dedicando a ello un aparte del patrimonio familiar. Que responda cada uno como le parezca.

Por último, señalaré que no está en ningún sitio comprobado que la desaparición de la legítima fomente la iniciativa del espíritu de aventura o el espíritu de superación de los hijos legitimarios, pues esto no depende solo de decisiones económicas sino también de datos atinentes a la personalidad de cada cual.

8. Otro de los temas de enorme enjundia y complejidad que las profesoras Torres y García Rubio estudian en su libro es el que abre el capítulo segundo, dedicado a «La influencia de la Constitución Española y de los derechos humanos en la libertad de testar (o para disponer *mortis causa*). La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria. En especial la libertad de disposición y la interdicción de la discriminación».

La doctrina que se ha ocupado del tema (recientemente, Gema Díez-Picazo, «Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de sucesiones», en *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 361), da cuenta de que existen algunas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de las que podría sacarse la consecuencia de que resulta relevante en sede de testamento la violación o el desconocimiento de determinados derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Así, por ejemplo, en la STC 9/2010, de 27 de abril, a propósito del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, respecto de una disposición testamentaria referida a «hijos legítimos» que terminó por aplicarse a hijos adoptivos. Aunque también se ha dicho, con acierto seguramente, que la solución contraria goza también de argumentos a favor, citando precisamente el voto particular de J. Rodríguez-Zapata donde se advierte que «nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE, no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. A ello se añade que, en nuestro Derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un ámbito amplio de libertad sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión, ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas en el art. 14 CE».

Gema Díez-Picazo entiende que es muy difícil invocar la lesión del art. 14 CE cuando las personas que lo alegan no son titulares de derecho alguno sobre la herencia, pues el derecho a la igualdad y a la no discriminación debe

proyectarse y predicarse más allá, respecto a algún derecho subjetivo. Y sostiene que cabe ir todavía más allá, añadiendo otro argumento de peso: la libertad de testar (estando a salvo la legítima) no se ve constreñida por los dictados del art. 14 CE y, por consiguiente, puede afirmarse que el problema planteado en la sentencia analizada era un falso problema constitucional.

Esta misma autora recuerda los términos de la STS 171/2012, de 4 de octubre, sobre la inconstitucionalidad del art. 123 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), en cuanto al derecho a reclamar alimentos del cónyuge superviviente con cargo a los bienes que constituyan el objeto del usufructo de viudedad universal. En el caso que decidió esta sentencia, doña I., en representación de su hijo incapaz don S., formuló una demanda de alimentos provisionales contra doña M., que a la sazón era viuda de don B., que había estado casado en primeras nupcias con la demandante y con la que había tenido el hijo, en razón de todo lo cual formulaba esta la demanda de alimentos.

Es importante subrayar que mientras había vivido el testador, había estado abonando a su hijo una pensión de alimentos de acuerdo con lo pactado en el convenio regulador del divorcio.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. Consideró que de acuerdo con el tenor literal del art. 123.3. LDCG (en la redacción entonces vigente) la obligación del usufructuario de prestar alimentos con cargo al usufructo se establecía respecto de los hijos comunes, pero que el precepto debía ser corregido ya que también los hijos del premuerto tenían reconocido un derecho de alimentos respecto de éste, y el mismo debía extenderse al usufructo.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Pontevedra acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del referido art. 123 LDCG por entender que esta norma, que era aplicable para resolver la controversia, podría ser contraria al derecho a la igualdad de los hijos proclamada en los artículos 14 y 39 CE. Y ello porque de su tenor literal se desprendería que los hijos que lo fueran solo del causante no podrían reclamar alimentos al cónyuge de éste cuando fuese designado usufructuario universal. Solo gozarían de este derecho los hijos comunes.

El Tribunal Constitucional declaró la norma inconstitucional, afirmando entre otras cosas (*vid.* FJ 5) que «al utilizar el carácter común o no común de los descendientes del causante como circunstancia que priva de la posibilidad de reclamar alimentos a aquellos que lo fueren únicamente del fallecido, el legislador gallego ha introducido una distinción basada en una circunstancia irrelevante en relación con la finalidad perseguida por la norma y ha diferenciado situaciones que deberían haber recibido la misma valoración. Todo ello sin que se haya aportado una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato, con la consecuencia de haber incurrido en la discriminación vedada por el artículo 14 CE».

Observa Gema Díez-Picazo que examinada despacio, en realidad la sentencia al declarar la inconstitucionalidad de la norma, pasa por alto que el tan citado artículo 123 LDCG (al igual que hace el artículo 148 CC) regula una deuda alimenticia y, como tal, precisa de la existencia de un vínculo de parentesco entre alimentante y alimentista (art. 143 CC), que se basa, por tanto, en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento en el art. 39.1 CE, y que no es transmisible *mortis causa*, sino que al ser una obligación personalísima se extingue con la muerte del alimentante y ni los herederos del fallecido ni el usufructuario tienen obligación de hacer frente a

los mismos, al menos por la mera condición de tales (arts. 150, 151 y 659 CC). A su juicio, con la interpretación del Tribunal Constitucional se había creado en el Derecho de familia de Galicia una nueva categoría jurídica que era hasta entonces desconocida, que sería asimilable a una «obligación de alimentos *propter rem* del usufructuario», y que obligaría al titular del derecho de usufructo, por el solo hecho de serlo, a prestar alimentos a personas con las que no le une relación alguna de parentesco.

9. Por lo que se refiere a la *Drittwirkung* o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, se sigue, por razones de proximidad y otras que podían resultar análogas, la opinión mantenida por Luis María Díez-Picazo Giménez («Sistema de Derechos fundamentales», Cívitas-Thomson, Madrid, 2013). Este autor entiende (ob. cit., p. 142), que la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales es un problema de derecho sustantivo, y que la respuesta depende de la posición filosófico-política que se mantenga acerca de la naturaleza del Estado democrático de derecho, o del grado de liberalismo político que se sustente, y, sobre todo, de la visión de la Constitución que se adopte. El dilema de fondo, añade este autor, radica en que la Constitución española no da argumentos definitivos en ninguno de los sentidos y, aunque es verdad que el art. 53 CE al fijar el régimen de los derechos fundamentales dice que estos «vinculan a todos los poderes públicos», sin hacer referencia alguna a los particulares, el texto constitucional proporciona algunos puntos de apoyo a las tesis al respecto mantenidas.

La consecuencia de todo este razonamiento es que, a falta de una norma de Derecho sustantivo, de la que resulte la obligación o el efecto jurídico, este no puede mantenerse por sí solo, a lo que tal vez hubiera que añadir la excepción de aquellos casos en que pueda jugar por imperio del art. 1.255 CC una cláusula de orden público de la cual tal efecto jurídico pudiera derivar.

Por todo ello, en estos momentos, al aceptar la tesis del citado Luis María Díez-Picazo Giménez, se puede sostener que los valores inherentes a ciertos derechos fundamentales (vida privada, igualdad entre sexos, veracidad informativa, participación en la cosa común, etc.) no son directamente exigibles entre particulares, por lo que su aplicación en el Derecho privado ha de ser impuesta por la ley, lo que no deberá ser problemático en una sociedad democrática en que la configuración del ordenamiento jurídico corresponde fundamentalmente al Parlamento, y si este puede establecer las más variadas regulaciones, nada impide en principio que pueda reputar conveniente la extensión de valores que la Constitución proclama al Derecho privado y a las relaciones entre particulares.

De esta suerte, queda el tema abordado por las autoras del libro que recensiono sin concretas y claras soluciones en nuestro ordenamiento jurídico, aunque haya que reconocer que bien está haber planteado el problema, cualquiera que sea la proximidad de la solución en que los razonamientos la buscan.

10. El problema de las legítimas, su fundamento, mantenimiento y eventual adelgazamiento, y el problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria son dos cuestiones centrales que las profesoras Torres y García Rubio analizan en el libro. Pero la obra tiene un alcance mucho más amplio ya que, como he dejado dicho al comienzo de esta recensión, constituye una reflexión sobre todas y cada una de las cuestiones que plantea el Derecho de sucesiones a la altura de nuestro tiempo, como, por ejemplo, las salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable, el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital, la

perspectiva de género o la ya imparable globalización y europeización del Derecho de sucesiones, en el que constituye un hito fundamental el Reglamento (EU) n.º 650/2012 de 4 de junio de 2012 relativo a determinados aspectos de las sucesiones *mortis causa* y al certificado sucesorio europeo.

Respecto de todos estos temas y otros muchos que se podrían citar sólo cabe aquí remitir directamente al libro de las profesoras T. Torres y M. P. García Rubio. El lector y el estudioso los encontrarán expuestos allí con el rigor y con la seriedad que requiere esta materia tan sensible que llamamos Derecho de sucesiones, en el que ambas autoras son reconocidas expertas.

Luis Díez-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid