

RESUMEN DE FERNANDO CAROL ROSÉS

DIRIGIDA POR M^a FERNANDA MORETÓN SANZ, CARLOS LASARTE
ALVAREZ Y ENCARNACIÓN ABAD ARENAS

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

PRIMER BLOQUE: LIBERTAD PARA TESTAR

PRIMER: DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: FACULTAD
CONSTITUCIONAL Y SU CONTENIDO 1.- FUNDAMENTO
CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE TESTAR. 2.- CONTENIDO Y
FORMA DEL TESTAMENTO Y OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS MORTIS
CAUSA

SEGUNDO: PRETERICIÓN Y PERSONAS ESPECIALMENTE
VULNERABLES 3.- LA PRETERICIÓN. 4.- TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS
PERSONAS CON LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA Y CON
DISCAPACIDAD

TERCERO: PARTICULARIDADES 5.- CONDICIONES TESTAMENTARIAS
Y CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA 6.- EL MODO 7.- EL
REGLAMENTO (UE) 650/2012

SEGUNDO BLOQUE: LIBERTAD DE TESTAR

CUARTO HISTORIA Y DERECHO COMPARADO 8.- LA LEGÍTIMA EN
ROMA, EN LAS EDADES MEDIA Y MODERNA, Y EN LA CODIFICACIÓN
FRANCESA 9.- LA LEGÍTIMA EN EL ANTIGUO DERECHO DE CASTILLA Y

EN EL CÓDIGO CIVIL 10.- LA LEGÍTIMA EN LOS DERECHOS FORALES
11.- LA DISPUTATIO 12.- LAS LEGÍTIMAS Y LA UNIDAD LEGISLATIVA:
DE LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN AL SIGLO XXI. 15.- LAS LEGÍTIMAS
EN DERECHO COMPARADO

QUINTO: LEGÍTIMA Y LIMITACIONES TESTAMENTARIAS 13.-LA
SOCIEDAD ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI Y LAS LEGÍTIMAS 14.- OTRAS
LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR

SEXTO Y SEPTIMO SEGÚN EXTENSIÓN: PROTECCIÓN DE LA FAMILIA:
INSTITUCIONES NO LEGITIMARIAS Y DERECHO DE ALIMENTOS 16.-
PROTECCIÓN POST MORTEM DE LA FAMILIA MEDIANTE
INSTITUCIONES CIVILES NO LEGITIMARIAS 17.- EL DERECHO DE
ALIMENTOS COMO SUSTITUTIVO CONSTITUCIONAL DE LAS
LEGÍTIMAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

CAPÍTULO PRELIMINAR: MARCO INTRODUCTORIO

La realidad social, al adquirir una configuración jurídica, deja de ser una materia extrajurídica de la que pueda prescindir la Jurisprudencia o Ciencia del Derecho. Esta realidad social es un factor

metodológico insoslayable¹. En Roma, la Jurisprudencia para conseguir su objetivo se sirve de todo tipo de conocimientos: medicina, religión, retórica, filosofía, historia, filología²; no en vano la Jurisprudencia es el *divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*³. También hoy hemos de valernos de diversas disciplinas para escrutar nuestra realidad circundante y, de hecho, a las anteriormente citadas añadiremos la sociología⁴. En definitiva, una realidad social que no solo es física, sino que, de forma adicional, incluye principios, sentimientos e ideales comúnmente admitidos⁵.

Por tanto, no solo el elemento formal sino también el material, es objeto de consideración científico-jurídica. La realidad jurídica ha de estar intrínsecamente conectada con la social y, en buena lógica, superar el positivismo jurídico estricto⁶, superar la subsunción de los hechos en

¹ «Es suficiente con “sentir” esa necesidad de la que tan gráficamente hablaba Carnelutti de encerrar los libros en las vitrinas y abrir las ventanas al exterior para ver lo que pasa en la calle» (BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, «Reflexiones en torno al método jurídico», *RDP*, 1961, p. 704).

² Vid. BIONDI, Biondo, *Arte y ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, p. 61.

³ D. 1.10.2 (Ulpiano; *Reglas, Libro I*).

⁴ No existe el conocimiento aislado.

⁵ «La investigación no puede prescindir del conocimiento científico de la naturaleza humana, de la sociedad, del sentimiento del Derecho y de los ideales que en un determinado momento histórico señalan el punto de la curva jurídica en cuya tangente se halla la estrella polar de la justicia» (GONZÁLEZ, Jerónimo, «Métodos jurídicos», *RCDI*, núm. 68, agosto 1930, p. 712). El Profesor de Tubinga, Max RÜMELIN EXALTA «el sentimiento y la conciencia del derecho, junto a la idea de la justicia» (DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, «Jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de los intereses», *RGLJ*, núm. 5, 1943, p. 468).

⁶ «La necesidad de superar el positivismo jurídico, sin incurrir en otros tipos de positivismo (sociológico o político), es decir, superando también éstos, a través de lo que cabría denominar un *realismo jurídico*, que conjugue, en el terreno de los principios, las exigencias de la razón y de la Justicia como valores supraempíricos, con las exigencias de la vida y la contingencia de los hechos» (HERNÁNDEZ GIL, Antonio, «Las direcciones metodológicas en la ciencia del derecho y la consideración de la realidad social», *RGLJ*, 6/1944, p. 630). Si «nos limitamos a considerar la norma jurídica como mandato de un legislador que debe ser obedecido sin excusas, aproximaremos los procedimientos de la dogmática jurídica (doctrina del Derecho) a los métodos de la teología confesional cuando se halla en presencia de textos revelados» (GONZÁLEZ, Jerónimo, «Métodos...», *cit.*, p. 709).

las normas jurídicas como única labor del jurista, eso sí, sin caer en otros positivismos como el sociológico o el político⁷.

El jurista y la Ciencia del Derecho, deben mostrar una actitud crítica con respecto al Derecho positivo cuando éste vive alejado de la realidad social⁸ y, por tanto, no es útil⁹. Actitud idéntica mantendrán los juristas si el Derecho no se ajusta, indefectiblemente, a su esencia: el *deber ser*, el *telos*, que no es otra cosa que la realización de la Justicia¹⁰. Ahora bien, este *deber ser* que otrora creyó encontrar su fundamento no

⁷ «El Derecho no es un mero ropaje de lo socialmente dado; no reproduce, sino que ordena» (HERNÁNDEZ GIL, Antonio, «Las direcciones metodológicas...», *cit.*, p. 623).

⁸ No es vano se ha dicho que la entraña del Derecho se encuentra en la entraña de la vida (vid. FERRER PONS, Jaime, «Libertad dispositiva “mortis causa” y el Derecho civil de Mallorca» (Discurso de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares), *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares*, 1992, núm. 2, p. 96:
http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_1/1992_t002/095.dir/Bajlib_1992_t002_095.pdf).

⁹ Quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile (D.1. 1.11:Paulo; *Comentarios a Sabino, libro XIV*). Lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, esto es el Derecho civil; «La mejor ciencia jurídica es la que acompaña más estrechamente a las necesidades de la vida y logra satisfacerlas» (BIONDI, Biondo, *Arte y ciencia...*, *cit.*, p. 53). «El Derecho es, sin duda, la ciencia más pragmática de todas las *Kulturwissenschaften* –como las llaman los alemanes, frente a las *Naturwissenschaften*–, y solo se justifica en función de la utilidad social que reporta y problemas que resuelve» (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *recensión y comentario de la obra de Encana Roca Trías, Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, 277 pp., en *ADC*, LIII, julio 2000, p. 1088).

¹⁰ «Que el derecho positivo esté, más o menos, fundado en la idea de justicia, todo el mundo lo sabe y no serviría de nada el demostrar que la mayor parte de las instituciones descansan en la necesidad de dar satisfacción a esta idea. Cuando yo trato de encontrar la influencia de la ley moral en la elaboración práctica de las reglas del derecho por el legislador y por el juez, no entiendo por ley moral, que yo sepa, aquel vago ideal de justicia, sino esta ley bien precisa que rige las sociedades occidentales modernas» (RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1925, p. 5). En cualquier caso, conviene tener presente que, en última instancia, «la decisión de lo justo es lo que constituye el Derecho» (ARISTÓTELES, *La Política*, Espasa-Calpe, col. Austral, núm. 239, 12ª ed., 1974, p. 24). Como asevera VALLET DE GOYTISOLO, «el Derecho no es sino la *res iusta*, el *id quod iustum est*: lo justo para una situación determinada... La ley... es un instrumento de la justicia; por lo cual, de ser injusta no es ley; y la equidad debe adaptarla, llegado el caso, a la solución justa. Por ello no deben confundirse *ius* y *lex*» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 359 y s.).

subjetivo¹¹ sino objetivo y seguro en el Derecho natural¹², escolástico o racionalista, ¿en qué Olimpo está en la actualidad? En un Estado de Derecho de corte continental este *deber ser*, este fundamento legitimador, encuentra su orientación y norte en los valores, derechos y deberes fundamentales recogidos en la Constitución¹³, lo que de una forma no exacta –puesto que la Constitución es Derecho positivo– pero parecida, en Gran Bretaña significa *Law* (normas abstractas que mantienen unida a una comunidad), frente a *legislation* (Derecho positivo).

¹¹ «Y si dentro de las puras teorías estéticas se ha descalificado a las catedrales góticas, y si los cánones de la belleza objetiva no han impedido a Voltaire afirmar que la *beauté pour le crapaud c'est la crapaude*, ¿dónde encontrará el Derecho un punto de partida inmovible...?» (GONZÁLEZ, Jerónimo, «Métodos...», *cit.*, p. 701). Podríamos traducir esta frase de VOLTAIRE diciendo que la belleza para el sapo es la sapa, pero esto, aunque fonéticamente quede mejor, es incorrecto, lo correcto es decir que la belleza para el sapo macho, es el sapo hembra.

¹² Refiriéndose al pensamiento jurídico de Georges RIPERT, RECASENS SICHES afirma que «es en vano que, para solventar las luchas entre las ideas y los conflictos entre los intereses, se busque una idea de justicia abstracta o de Derecho natural. Acaso se consiga por un esfuerzo de creencia; pero no podrá imponerse a los demás que no participen de esa creencia. Es preferible adoptar una posición más clara y más realista. Hay un orden jurídico que se justifica por la necesidad de mantener la paz entre los hombres... No se trata de realizar el Derecho, porque éste no tiene existencia real más allá de las formas cambiantes en las que aparece históricamente; se trata sencillamente de realizar una cierta concepción del Derecho, nuestra idea personal de la justicia. Que cada uno de nosotros luche por sus creencias y por su ideal. Pero si nuestras ideas se convierten en leyes, guardémonos de proclamar que ha triunfado la justicia» (RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, t. 1, Porrúa, 1963, p. 120). O como entiende WEBER dentro de su clásica distinción entre hechos y valores: «La imposibilidad de hacer una defensa científica de las posturas prácticas (excepto en aquellos casos en que se trate de determinar los medios mejores para alcanzar un fin dado de antemano) brota de motivos mucho más hondos. Esa defensa es ya absurda en principio porque los distintos sistemas de valores existentes, libran entre sí una batalla sin solución posible. El viejo Mill (...) dice en una ocasión (...) que cuando se sale de la pura empiria se cae en el politeísmo» (WEBER, Max, *El político y el científico*, Alianza, novena reimpresión, Madrid, 2009, p. 217). Nadie está legitimado, y menos científicamente, para imponer su cosmovisión a nadie. Sí para suscitar adhesiones por la vía de la atracción y el convencimiento.

¹³ Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel y MAGO BENDAHAN, Óscar, «Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 66, 2006, p. 219: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8989/8582>

No es menos cierto que la ley sirve para resolver conflictos de intereses¹⁴ o, mejor dicho, de valores –para evitar la connotación materialista de la palabra interés¹⁵– por lo que la labor del jurista y de la Ciencia del Derecho consistirá en buscar la utilidad solventando estas controversias¹⁶, también de necesidades vitales, mediante la toma en consideración, respeto y ponderación de principios, valores, derechos y deberes fundamentales recogidos en la Constitución¹⁷ que, en definitiva,

¹⁴ «El Derecho, junto a otras ramas de la ciencia humana, satisface una necesidad vital y sus raíces están en la vida misma. Y ello porque no es una ciencia especulativa, sino social (en sentido de societaria), con un “por qué” determinado por la existencia misma de una sociedad organizada y un “para qué” que, justificando y fundamentando su propia necesidad existencial, le encomienda la finalidad de promover el bien común, solucionando los conflictos de intereses interindividuales (plano individual) y sociales (plano societario)» (BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, «Reflexiones en torno...», *cit.*, p. 695).

¹⁵ «La jurisprudencia del interés no es en modo alguno la teoría de los valores materiales» (DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, «Jurisprudencia conceptual...», *cit.*, p. 470). Incluso un iusnaturalista como VALLET DE GOYTISOLO habla del «juego de las voluntades e intereses que el derecho debe conjugar y arbitrar» (*Panorama del Derecho de sucesiones, I Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 333).

¹⁶ No cabe duda de que en materia de libertad de testar nos encontramos ante un conflicto de intereses entre testador, sus parientes más próximos y cónyuge.

¹⁷ De la preocupación metodológica se ha llegado a decir que «sirve para escamotear el estudio de la fundamentación y el fin del Derecho» y de HECK –como uno de los principales valedores de la metodología y de la jurisprudencia de intereses y jefe indiscutible de la Escuela de Tubinga– que «representa una posición radical: no interesa la fundamentación filosófica del Derecho, ni su fin trascendente; se trabaja para el juez, y lo que éste necesita son medios para la adquisición de la norma aplicable a un caso concreto» (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel, Prólogo a Phillip Heck, «Jurisprudencia de intereses», *AAMN*, T. IV, 1948, p. 513). No obstante, el propio HECK DICE que «se ha opuesto a nuestra teoría la objeción de que, si bien es cierto que hablamos de ponderación de intereses, no damos, sin embargo, al legislador criterios generales, ni una valoración coordinada de los bienes de la vida, en la que pueda apoyar el ordenamiento jurídico [...] En efecto, no nos hemos propuesto tan elevados objetivos. Queremos trabajar para el juez. La misión del juez no es crear a su arbitrio un nuevo ordenamiento jurídico, sino cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado» (HECK, Philipp, «Jurisprudencia...», *cit.*, p. 524). En un Estado de Derecho los ideales del ordenamiento jurídico, los que integran el *deber ser*, son los contenidos en la Constitución, en nuestro caso la Constitución de 1978 con la remisión interpretativa –por lo que se refiere a los derechos fundamentales y a las libertades– que hace su artículo 10.2. a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

no son más que derechos humanos¹⁸ interviniendo como fundamento axiológico¹⁹. Esto es, ejercitando la prudencia jurídica o Jurisprudencia²⁰. No en vano, razonar en Derecho –como decía GARCÍA DE ENTERRÍA– no es otra cosa que operar con una serie de principios «alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos. Un pensamiento por principios [...] fue justamente el gran descubrimiento de los juristas romanos, lo que hace eterna e inmarcesible su lección para los juristas de todos los tiempos»²¹.

Superar el positivismo jurídico estricto y la Jurisprudencia de conceptos²², no implica prescindir del Derecho positivo ni de los conceptos. Como afirma mi querido Maestro, el Profesor Carlos LASARTE

¹⁸ PÉREZ LUÑO constata la «propensión doctrinal y normativa de reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo» (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 44).

¹⁹ En realidad, el elenco de “derechos humanos” coincide en gran medida con la relación de los antes llamados “derechos naturales” lo que ha llevado a FINNIS a considerarlos términos sinónimos: «“Human rights” being a contemporary idiom for “natural rights”: I use the terms synonymously» (FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 198). Incluso el propio VALLET DE GOYTISOLO ha podido decir que «sin duda, en el ambiente positivista... que hoy prevalece... los denominados derechos humanos son el único residuo iusnaturalista... con ambiente y cierta presencia de alguna manera efectiva» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Derechos y deberes en las constituciones actuales de Occidente», *Verbo*, núms. 229-230, octubre-diciembre 1984, p. 1262: https://fundacionspeiro.org/downloads/magazines/docs/pdfs/3193_derechos-y-deberes-en-las-constituciones-actuales-de-occidente.pdf).

²⁰ «La prudencia verdadera, la “sofrosiné” clásica, es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin (...) cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación» (DÍEZ- PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1975, p. 304).

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo a VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (traducción de Luis Díez-Picazo), Taurus, Madrid, 1964, p. 17.

²² El método de la jurisprudencia de conceptos «conduce, ineludiblemente, a un pernicioso dogmatismo y a un divorcio entre el Derecho y la Vida» (BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, «Reflexiones en torno...», *cit.*, p. 705).

ÁLVAREZ, la cuestión metodológica en el Derecho civil se debate «necesariamente en la adecuada combinación del factor normativo y conceptual con los datos de la realidad social a que la norma (como dirección) y el concepto (como explicación) van encaminados»²³.

Si queremos un Derecho de sucesiones adecuado a la realidad social imperante, con ALONSO PÉREZ estimamos también que «está vedado [...] adherirse a un historicismo inútil, lleno de dogmática, que vive de unas aportaciones fenecidas, alejadas de las perentorias exigencias actuales»²⁴. Y ello, aunque siempre existirán los «adoradores del pasado»²⁵ y un «acrítico arrastre normativo»²⁶ que no puede continuar, so pena de mantener un Derecho positivo de sucesiones cada día más desfasado que, si un día fue justo²⁷ y útil²⁸, ya no lo es²⁹. La

²³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Las corrientes metodológicas y el Derecho civil», en *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1988, p. 417.

²⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano, «Los alimentos debidos a la viuda encinta», *RGLJ* 1969, p. 377.

²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil VII*, octava edición, Marcial Pons, 2013, p. 3.

²⁶ *Ibidem*, p. 5.

²⁷ Ya en 1930 Don Jerónimo GONZÁLEZ se mostraba convencido de que «lo que en la actualidad nos parece derecho justo no sólo será a veces contradictorio con la norma ideal, sino que acaso será tenido en lo futuro por solución injusta» (GONZÁLEZ, Jerónimo, «Métodos jurídicos», *cit.*, p. 602).

²⁸ En su momento, ante una realidad social totalmente diferente a la actual, el Código Civil fue un instrumento útil: «Los hombres a los que se debe el Código eran personas de inteligente curiosidad y de gran experiencia práctica, y la superioridad del texto de 1889 sobre el Proyecto de 1851, se basa en que mientras éste tiene un carácter predominantemente teórico, el Código fue inspirado por hombres que reunían la condición de políticos activos y de abogados en ejercicio. No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica; pero, dentro de su consciente finalidad modesta, ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento» (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 210).

²⁹ Ya a comienzos del siglo XX Don Antonio Maura comenzaba a temer que los juristas se hubieran convertido en sacerdotes de un culto extinguido (vid. CONDOMINES, Francisco de A., «Crisis del Derecho sucesorio», *ADC*, 1970, núm. 4, p. 701). El Código Civil, como decía el Maestro LACRUZ, es un «hijo de su tiempo».

adaptación a la realidad, e incluso una nueva construcción³⁰, conduce, parafraseando a René SAVATIER, a la metamorfosis del Derecho civil³¹. Sin olvidar el «fideicomiso de los siglos»³². No es algo nuevo, es más, es una constante, y ya lo hizo el Pretor³³ al adaptar a la realidad social –sin obviar los principios fundamentales³⁴– el arcaico *ius civile*, dando lugar al *ius honorarium*.

Urge, por tanto, adaptar a la realidad social nuestro Derecho de sucesiones –es la «vocación de nuestro tiempo» (evocando la conocida obra de SAVIGNY)– en lo que constituye una de las piedras angulares del mismo: los límites a la libertad de testar y, particularmente, el sistema de legítimas, ello junto con el reconocimiento y potenciación de la autonomía y capacidad del testador.

Partiendo de la realidad social y de la libertad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico³⁵ (art. 1.1 CE)³⁶, en

³⁰ «Todo el Derecho es susceptible de una nueva construcción como resultado de proyectar sobre el mismo los valores y principios constitucionales» (LINDE PANIAGUA, Enrique, *Cómo se hace una tesis doctoral*, Colex, 2015, p. 20).

³¹ Vid. SAVATIER, René, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Librairie Dalloz, 2ème ed., Paris, 1952.

³² «El fideicomiso de los siglos en cuanto al Derecho afecta, tiene sin embargo un aspecto supremo de incalculable valor: es el servir de substancia al pensamiento jurídico moderno de los pueblos cultos, al igual que las ideas aristotélicas y platonianas sirven aún de aliento al pensamiento filosófico» (DÍAZ, Eusebio, *Instituciones de Derecho romano*, 3ª ed., T. I, Bosch, 1924, p. 5).

³³ El Pretor no actuaba solo, se encontraba asesorado por los *iurisprudentes*, los juristas, que formaban parte de su *consilium*.

³⁴ «Los juristas clásicos, que nunca abrigan la pretensión de ser “originales” u “ocurrentes”, son servidores de un cierto número de principios fundamentales, y aquí está, tal como señaló Savigny, el mérito de su grandeza» (IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 5ª ed. Ariel, Barcelona, 1965, p. 52).

³⁵ Como asevera Encarna ROCA, «uno de los derechos más importantes dentro del ámbito constitucional es la libertad. Si esto lo proyectamos al Derecho civil, podemos decir que es el derecho de la libertad de las personas» (ROCA TRÍAS, Encarna, «Entrevista», *Egiunea*, núm. 4, noviembre 2019-enero 2020, p. 5: https://paisvasco.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f3f70348-f6e8-4340-8ff2-f60636c9ebfd&groupId=13553835).

³⁶ No olvidemos que como dijo PECES-BARBA, «los valores superiores tienen carácter normativo. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas» (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los*

esta tesis doctoral, por un lado, vamos a demostrar que unos intereses o unos derechos fundamentales –los del testador: la libertad de testar, la libertad como ausencia de obstáculos– no tienen por qué alcanzarse siempre a costa de otros –los de la familia: la protección *post mortem* a la familia– y viceversa, sino que son compatibles, cosa que no ocurre con el sistema actual de legítimas, y, por otro, examinaremos a la luz de los derechos fundamentales la libertad para testar, la libertad como autonomía, con especial énfasis en la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad, o que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En definitiva, el objeto de nuestra tesis no es otro que la proyección de los derechos fundamentales sobre una parcela, tal vez la más importante, del Derecho de sucesiones, la testamentifacción activa.

Si el término método procede de los vocablos griegos *metha* (más allá de) y *odos* (camino), camino para ir más allá, camino hacia una meta, entendemos que, metodológicamente hablando, el punto de llegada estará condicionado por la senda elegida. Y ésta es la de unos derechos fundamentales basados en la dignidad humana y otros valores merecedores de respeto y protección, con lo cual, siguiendo a ROCA TRÍAS³⁷, nos alejamos un tanto del método funcionalista de los juristas de Oxford al analizar las figuras jurídicas –en concreto la legítima como institución limitativa de la libertad de testar– y su función social, ya que lo abordaremos fundándonos en unos derechos fundamentales con contenido ético y no como meras piezas técnicas de apoyo y sustento de cualquier sistema social, desembocando en nihilismo axiológico³⁸. Todo ello sin olvidar que, en esta ruta deben confluir los demás métodos

valores superiores, Tecnos, Madrid, 1984, p. 42). Son norma material básica y «parece que este núcleo material... hecho fundante básico que sostiene a la Constitución debe suponer un límite insuperable a la reforma de la Constitución» (ibídem, p. 104). A juicio de PECES-BARBA «la originalidad de la Constitución española» estriba en su «idoneidad para superar la vía muerta y el reduccionismo de la polémica iusnaturalismo-positivismo» (ibídem, p. 107).

³⁷ Vid. ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999. La Profesora Roca Trías dice que las ideas deben ajustarse a la realidad y no a la inversa (esto podría ser el método funcionalista) y añade el criterio de los derechos fundamentales.

³⁸ Vid. MONTORO BALLESTEROS, Alberto. «El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs», *ADH*. Nueva Época, vol. 8, 2007, pp. 370 y 373: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A/2078>

jurídicos³⁹, porque en palabras de BONET RAMÓN «todos los métodos son buenos, y ninguno es suficiente»⁴⁰.

Pretender alcanzar la Verdad tal vez sea excesivo salvo riesgo de incurrir en maniqueísmos⁴¹. Lo que sí es posible, es conseguir la verdad lógica, la conformidad de nuestro pensamiento con la realidad de las cosas, con la realidad social⁴². No cabe elaborar propuestas de *lege ferenda* sin conocer la realidad social; y una vez conocida esta se debe actuar con sosiego y reflexión huyendo de la legislación “motorizada”, que bien sabido es que legislar a golpe de hechos, repercute en la calidad del ordenamiento. Huyendo también del fárrago, teniendo presente que *brevitas* y *elegantia verborum* son cualidades que desde antiguo se han predicado de las XII Tablas⁴³.

Acudir al Derecho de nuestro entorno⁴⁴, a través de una aproximación microcomparativa, puede ser útil para ventilar cómo

³⁹ Entre ellos el “método de confrontación de opiniones contradictorias” que utilizaremos al exponer los argumentos a favor y en contra de las legítimas.

⁴⁰ BONET RAMÓN, Francisco, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José, en *Teoría de la aplicación e investigación del derecho: metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1947, p. 141.

⁴¹ «Si se parte de la idea de que un determinado valor o sistema de valores es el verdadero, el supremo, se tenderá a pensar que es legítimo imponer su vigencia en todos los ámbitos y por cualquier medio. Todo vale si se trata de realizar ese valor absoluto. Ningún precio será demasiado alto» (BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, 1997, p. 171, nt. 18).

⁴² Precisamente esta conformidad con la realidad social no solo de nuestro pensamiento sino también de nuestro ordenamiento, es lo propugnado por el TS en su sentencia 591/2014, de 15 de octubre, ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, (JUR\2014\297115), FD 3º, cuando declara –al tratar de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento– «del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento».

⁴³ Vid. PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *La experiencia jurídica en Roma. Su proyección en el umbral del s. XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 38.

⁴⁴ «El derecho comparado cumple una multifuncionalidad: favorece un mejor conocimiento, interpretación y aplicación del derecho propio; sirve para propugnar reformas legislativas; es una vía de perfeccionamiento, unificación y armonización sistémica; representa un vehículo para comprender a los pueblos extranjeros, y sustento para el establecimiento de relaciones internacionales de cooperación e integración» (TORRES ZÁRATE, Fermín / GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, «*Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense*»,

afrontan otros sistemas jurídicos una realidad social que cada vez difiere menos de un país a otro. Al fin y al cabo, el interés por el Derecho de países culturalmente próximos ha sido constante en la evolución jurídica.

Esto es ni más ni menos lo que respondió Elena KAGAN –Decana en 2006 de Harvard Law School y nominada por el Presidente OBAMA para el cargo de *Justice* del Tribunal Supremo– en su comparecencia ante el Comité Judicial del Senado, a un senador poco proclive a dirigir su mirada al Derecho foráneo: «Estoy a favor de las buenas ideas... allá donde se encuentren»⁴⁵.

Visto el objeto de la tesis y hechas las consideraciones metodológicas, pasamos a considerar la distinción entre libertad de testar y libertad para testar que requiere traer a colación la esencial diferencia entre libertad negativa y libertad positiva, expuesta, magistralmente, por Isaiah BERLIN en la conferencia que con el título *Two Concepts of Liberty* impartió como *Inaugural lecture* en la Universidad de Oxford, el 31 de octubre de 1958, al tomar posesión de su Cátedra de Teoría Social y Política⁴⁶.

BERLIN sobre la libertad negativa, afirma «soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad [...] la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Si otros me impiden hacer algo que antes podía hacer, entonces soy en esa medida

alegatos, núms. 68-69, enero/agosto 2008, p. 99: <https://diplojus.files.wordpress.com/2015/03/68-05-3.pdf>).

⁴⁵ Vid. DEL BARRIO, Natalia, «Cosmopolitismo jurídico: Hacia un nuevo Derecho Comparado», *AC*, núm. 1, enero 2015, p. 109.

⁴⁶ Se ha dicho por parte de FERRAJOLI que esta bipartición procede de Benjamín CONSTANT siendo retomada posteriormente por Isaiah BERLIN y por Norberto BOBBIO (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y 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, p. 14, nt. 1). Con posterioridad a CONSTANT, ARTHUR SCHOPENHAUER se hacía una pregunta: «¿Qué es la libertad? Este concepto, si bien se mira, es un concepto *negativo*. Pensamos en la ausencia de todo lo que estorba y embaraza, que, por el contrario, como manifestación de fuerza, tiene que ser algo *positivo*» [ARTHUR SCHOPENHAUER, *Sobre la libertad de la voluntad* (1841), citado por ÁNGEL RIVERO en «Introducción» a Isaiah BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, 2010, p. 16].

menos libre; pero si ese espacio es recortado por otros hombres más allá de lo admisible, entonces puede decirse que estoy siendo coaccionado o hasta esclavizado [...] La impotencia para alcanzar un fin no indica falta de libertad política [...] Cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad»⁴⁷.

Desde el punto de vista jurídico, la libertad negativa implica la ausencia de norma prohibitiva, de disposición que obligue a actuar en determinado sentido o en síntesis, de un ordenamiento capaz de no impedir, expresamente, actuar en el sentido que pretendemos⁴⁸.

En este punto, otro concepto como la libertad negativa prejurídica, implica que determinada conducta no está jurídicamente regulada, y por cuanto afecta a la libertad negativa jurídica, será la que tiene lugar cuando el sistema normativo posibilita la realización de determinada conducta mediante disposiciones que explícitamente la permiten, como las que contienen los derechos fundamentales de libertad. Aunque Robert ALEXYS considera que una libertad no regulada es una libertad de tipo jurídico a la que se debe aplicar el principio general del derecho según el cual «lo que no está prohibido está permitido»⁴⁹.

La libertad en sentido negativo es estar libre *de*. Libre de obstáculos e interferencias, incluso las del Estado. Ausencia de heteronomía. Esta libertad del individuo implica la responsabilidad y asunción de las consecuencias beneficiosas o perjudiciales derivadas de su ejercicio, preferible a las imposiciones ajenas⁵⁰, incluso las de los poderes públicos⁵¹.

⁴⁷ BERLIN, Isaiah, «Dos conceptos de libertad», en *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, 2010, pp. 47 a 49.

⁴⁸ Vid. LAPORTA, Francisco J., «Sobre el uso del término “libertad” en el lenguaje político», *Sistema*, enero 1983, p. 25.

⁴⁹ Vid. CARBONELL, Miguel, *La libertad. Dilemas, retos y tensiones*, UNAM, México, 2008, pp. 51 a 53: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2570>

⁵⁰ «Cuantas equivocaciones pueda cometer [...] constituirán siempre un mal menor que el de permitir a los demás que le impongan lo que ellos estiman ha de ser saludable para él» (MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Ediciones Brontes, 2011, p. 99).

⁵¹ Como dijo Benjamin CONSTANT en su discurso pronunciado en el Ateneo de París en 1819: «Rogamos a la autoridad que permanezca en sus límites. Que se limite a ser justa, nosotros nos encargaremos de ser felices» (CONSTANT, Benjamin, *Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*:

Una persona es libre desde el punto de vista negativo cuando no le están vedadas alternativas de acción⁵².

Con todo, la citada afirmación de BERLIN según la cual la impotencia para alcanzar un fin nada tiene que ver con la libertad es más que cuestionable⁵³. Se puede aducir que una cosa es la libertad y otra la capacidad⁵⁴, pero, “¿Cómo puede un analfabeto disfrutar de la libertad de prensa? ¿De qué le sirve la libertad de viajar a quien vive en la miseria?”⁵⁵ ¿De qué le sirve la libertad de testar a quien nada tiene?⁵⁶

<file:///D:/Sobre%20la%20libertad%20de%20los%20antiguos%20comparada%20con%20la%20de%20los%20modernos.pdf>: p. 19).

⁵² Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 189.

⁵³ Viene al caso traer a colación a PECES-BARBA: «La aportación liberal es la libertad de hacer lo que cada uno quiera, es la libertad como no interferencia, la libertad autonomía; la socialista es la libertad para poder hacer lo que se quiera, a través de la creación de condiciones humanas suficientes para poder usar las otras dimensiones de la libertad. Es la libertad prestación que identifica al Estado social» (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «Los valores superiores», *AFD*, núm. 4, 1987, p. 386).

⁵⁴ Vid. LAPORTA, Francisco J., «Sobre el uso del término...», *cit.*, p. 30. «A menudo, la ausencia de determinadas situaciones deficitarias no es llamada libertad sino condición para el ejercicio o el valor de la libertad» (ALEXY, Robert, *ibídem*, nt. 125, p. 192).

⁵⁵ VARGAS LLOSA, Mario, Prólogo a Isaiah Berlin, *El zorro y el erizo: Tolstoi y su visión de la historia*, Península, 2009, pp. 19 y s. Ya lo dijo en el siglo XIV Juan RUIZ, Arcipreste de Hita: «El que non ha dineros, non es de sí señor» (Juan RUIZ, Arcipreste de Hita, *Libro de Buen Amor*, estrofa 491, Sociedad de ediciones Louis Michaud, París, s/f: http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/R/Ruiz,%20Juan%20-%20Libro%20de%20Buen%20Amor.pdf p. 65).

⁵⁶ Andrzej WALICKI citado por ABRIL MARTÍNEZ sostiene que «de hecho Berlin nunca afirmó que la libertad negativa –[...]– fuera una prioridad sin tener en cuenta las demás circunstancias; y tampoco dijo que la conquista de la libertad justificara el desprecio, y menos el rechazo, de valores como la igualdad, la seguridad, la educación y, fundamentalmente, la justicia. Al contrario, él admitió que la libertad no tenía ningún valor para aquellos que no tuvieran los medios para participar de ella [...]» (ABRIL MARTÍNEZ, Vicente, *Los conceptos de libertad negativa y de pluralismo en el liberalismo de Isaiah Berlin*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, Facultad de filosofía, Curso 2011/2012, pp. 105 y s.: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/24965/TESIS.pdf?sequence=1>) «La falta de dinero acarrea falta de libertad. Naturalmente, la falta de dinero, esto es, la pobreza, no es la única circunstancia que limita la libertad de una persona, pero es una de ellas y una de las más importantes. Ahora bien, podría pensarse que son

¿De qué sirve la libertad de testar si existe un impuesto sobre sucesiones confiscatorio?⁵⁷. Voracidad y conculcación del principio constitucional

pocos los pobres a los que habría que convencer de la verdad de esto, ya que la vida diaria les proporciona pruebas suficientes [...] es una verdad demasiado evidente como para tener que demostrarla [...] Sostengo que carecer de dinero significa, de hecho, ser víctima de interferencia» [COHEN, G.A., «Libertad y dinero» (Conferencia pronunciada en Oxford en abril de 1998 y en mayo del mismo año en Haifa), *Estudios públicos*, núm. 80, 2000, pp. 52 a 54: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_890_857/rev80_cohen.pdf]. No puede haber libertad sin poder económico, algo en lo que coinciden personas tan dispares como Dostoyevski y Marx. «Es obvio que de poco sirve declarar formalmente libertades si luego su ejercicio resulta imposible a determinados ciudadanos como consecuencia de su inserción social» (OLLERO TASSARA, Andrés, «Cómo deben tomarse los derechos humanos en filosofía», *REP*, nueva época, núm. 33, 1983, p. 118: <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=192&IDA=16076>). Esta consideración se encuentra plasmada en la Constitución italiana, de 22 de diciembre de 1947 cuando en el artículo 3, párrafo 2º afirma: «Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

⁵⁷ Como pone de relieve GARRIDO FALLA: «Aunque es obvio que un impuesto de este tipo no es inconstitucional, bueno será recordar los límites que la propia Constitución impone: que el tal impuesto no sea confiscatorio (artículo 31.1) y que no atente a la situación “social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39.1)» (GARRIDO FALLA, Fernando, «Artículo 33», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 201, p. 785).

de igualdad⁵⁸. Un impuesto de sucesiones⁵⁹ que pueda acabar por hacer buena la frase de R. B. MCKENZIE y Gordon TULLOCK: «El adiós ideal consiste en morir con un patrimonio igual a cero y sin ninguna capacidad excedente en los órganos corporales»⁶⁰. En este punto, es un impuesto condicionante del Derecho de sucesiones⁶¹, tanto que puede acabar por hacer carentes de sentido cualesquiera especulaciones⁶², que equivalga a «negar, por vía indirecta, sustancia patrimonial al derecho

⁵⁸ Las Comunidades Autónomas, a las cuales se ha transferido la gestión del impuesto de sucesiones –existiendo una competencia entre las mismas que pone en entredicho el principio de igualdad–, han mostrado, salvo que, excepto alguna, se trate de la transmisión de la vivienda habitual o la empresa familiar, una voracidad fiscal sin precedentes, lo cual no se comprende dada la cadena de impuestos que conlleva la adquisición de cualquier bien, siendo dudosa su capacidad recaudatoria (vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 8ª ed., Madrid, 2013, pp. 340 y s.). Como sostiene DOPAZO ZORELLE, «parece evidente que una disparidad de trato tan agudizada no resulta amparada por la natural autonomía política autonómica, que es consustancial a nuestro modelo de organización territorial, vulnerándose con ello el principio constitucional de igualdad, e incurriéndose en la generalización de privilegios sociales por razón del territorio» (DOPAZO ZORELLE, Manuel, *La razón de proporcionalidad en el impuesto sobre sucesiones*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona. Facultat de Dret, Barcelona, 2016, p. 249: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/400009/MDZ_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y). APARICIO PÉREZ va más lejos cuando afirma que «si se proclama el principio de autonomía financiera reconocido a las Comunidades Autónomas por el artículo 156 de la Constitución, este principio es incompatible con el principio de igualdad, por mucho que quiera disimularse esta contradicción» (APARICIO PÉREZ, Antonio, *Gravámenes sucesorios. Aplicación en el ámbito estatal, autonómico y foral*, Dykinson, 2014, p. 117).

⁵⁹ No hay que olvidar la plusvalía: el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Los municipios se aprovechan del mejor trato que reciben los contribuyentes en el Impuesto sobre Sucesiones en algunas CCAA.

⁶⁰ MCKENZIE, Richard B. y TULLOCK, Gordon, *La nueva frontera de la economía*, Espasa-Calpe. Madrid, 1980, p. 177.

⁶¹ Vid. LUNA SERRANO, Agustín, «Unas breves reflexiones para la reforma del derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Francisco Lledó Yagüe, Mª Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) y Óscar Monje Balmaseda (coord.), Dykinson, 2014, p. 9.

⁶² Aunque todo hay que decirlo, el testamento, a diferencia de la mayoría de los negocios *inter vivos*, no está sujeto a impuesto alguno.

constitucionalmente tutelado»⁶³. En muchas ocasiones se prescinde de la vía judicial, de la tutela judicial efectiva (otro derecho fundamental que se halla en liza) a fin de que no salgan a la luz operaciones (por ejemplo, donaciones) muy gravadas fiscalmente, evitándose males mayores⁶⁴. El Impuesto sobre sucesiones y donaciones es una camisa de fuerza impuesta al Derecho de sucesiones. Como ha dicho MAGARIÑOS BLANCO, «el legislador pone el acento en la adquisición gratuita e ignora la esencia de la transmisión sucesoria, que atiende a la pervivencia del proyecto vital del transmitente»⁶⁵. Escapa a los criterios de justicia tributaria, dicho claramente, se trata de «si [el Estado o las CCAA] puede quedarse con parte del patrimonio hereditario, como si fuera un heredero más», redistribuyendo una renta ya consolidada⁶⁶.

Por otra parte, esta limitación a la libertad de testar no afecta a todos por igual⁶⁷: las grandes fortunas han huido del Derecho civil⁶⁸ y han buscado acomodo –por razones tributarias– en el Derecho

⁶³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994, p. 59, nt. 60:
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=377&IDA=9902>

⁶⁴ Vid. RUBIO GARRIDO, Tomás, «Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (Capilla Roncero, Espejo Lerdo de Tejada y Aranguren Urriza, dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 143 y s.

⁶⁵ MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «El conflicto del impuesto de sucesiones», *El Mundo*, 16 de febrero de 2018:
<http://www.elmundo.es/opinion/2018/02/16/5a85aee722601d35418b45d8.html>

⁶⁶ MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *ibídem*.

⁶⁷ Y por lo que se refiere a los que realmente afecta, la libertad que queda se relativiza en la medida en que se establecen tipos impositivos más bajos cuando se trata de transmisiones a los familiares más próximos.

⁶⁸ Como señala el Notario LÓPEZ BURNIOL, «la sucesión de los ricos va por otros cauces ajenos al Derecho de sucesiones. Es tan notoria la ausencia de grande herencias, que uno estaría tentado a pensar que los ricos no se mueren, que sólo transmigran» (LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «De testamentos», *La Vanguardia*, 1 de agosto de 1995, p. 17: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1995/08/01/pagina-17/34439820/pdf.html>).

mercantil⁶⁹, lo que hace que se cuestione su capacidad recaudatoria, mientras las familias medias y modestas⁷⁰ están expuestas al azote del impuesto sobre sucesiones⁷¹ y al azote de las legítimas⁷², no faltando quien como ROGEL VIDE –recogiendo la idea de don Calixto VALVERDE– propone sustituir el impuesto sucesorio por una cuota legitimaria del

⁶⁹ Muchas empresas «han pasado de las manos percederas de las personas naturales a las manos inmortales de las personas jurídicas, escapando, justamente por eso, del círculo del Derecho hereditario» (RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Edersa, Madrid, 1944, p. 211). Como consecuencia de lo anterior, se ha producido, por parte de los grandes patrimonios, una huida hacia el Derecho mercantil a través de sociedades patrimoniales, instrumentales o de mera tenencia de bienes, también a través de fundaciones, etc. –que dicho sea de paso, sirven también para eludir la legítima–, lo que hace que el impuesto de sucesiones se cebe con los patrimonios medios y pequeños. El Estado o la Comunidad Autónoma a través de su propia y preferente legítima puede reducir la libertad de testar a una mera ilusión. En el caso de los grandes patrimonios, el testamento ha sido sustituido por la transmisión *inter vivos* de acciones o participaciones sociales que dispone de un trato fiscal mucho más benévolo; no es que no exista libertad de testar, es que no interesa ejercitarla. Es de esperar que con una política de prevención del fraude fiscal –no olvidemos que las sociedades instrumentales no tienen objeto empresarial alguno– muchos patrimonios puedan volver al Derecho de sucesiones.

⁷⁰ A las cuales está económicamente vedado cambiar de residencia (por ejemplo, a Inglaterra) o de vecindad civil (por ejemplo, al Valle de Ayala) para, entre otros motivos, evitar un determinado sistema legitimario, y no digamos ya adquirir otra nacionalidad y ejercitar la *professio iuris*.

⁷¹ Un impuesto más a añadir al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados cuando se adquiere, tal vez al impuesto sobre el patrimonio y siempre al impuesto sobre bienes inmuebles.

⁷² «En la actualidad, los grandes patrimonios no son inmobiliarios, sino financieros, articulándose su transmisión por cauces al margen de la herencia [sociedades y fundaciones a veces residenciadas en paraísos fiscales]. Por el contrario, hoy el fenómeno sucesorio a quien afecta fundamentalmente es a las clases medias y modestas que integran un núcleo familiar reducido, a veces complejo por la existencia de divorcios, separaciones, segundas nupcias, hijos de diferentes progenitores, etc., y cuya composición patrimonial suele reducirse a la vivienda familiar y poco más. Aplicar a esta realidad el régimen legitimario anteriormente analizado es un disparate» [TENA ARREGUI, Rodrigo, «Reflexiones del notariado sobre el Derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales» (Ponencia presentada en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, Lima. Perú, del 9 al 12 de octubre de 2013), *Consejo General del Notariado*, 2013, p. 47: http://www.notariado.org/infodir/XXVII_PERU/pdf/1-ES.pdf].

Estado⁷³, opción que no descarta LÓPEZ Y LÓPEZ⁷⁴. El azote subsiste. Otro asunto es la competencia fiscal entre territorios porque si somos iguales ante la ley, la ley ha de ser igual para todos.

En definitiva, la libertad de testar requerirá, desde este punto de vista, que cada día haya más propietarios y menos proletarios⁷⁵ y no a la inversa⁷⁶, si no queremos que quede reducida a unos pocos. Desde esta perspectiva, la libertad de testar está vinculada a la extensión del derecho de propiedad y al concepto de libertad positiva entendida como autonomía.

Por otra parte, pueden existir buenas razones para sacrificar la libertad negativa en virtud de otros valores también fundamentales⁷⁷. Se puede sacrificar la absoluta libertad de testar, es decir, la libertad de testar sin obstáculos, si con ello logramos proteger o asistir a la familia. Alcanzar un valor en grado sumo puede suponer dejar otro reducido a la mínima expresión, pero no siempre tiene por qué ser así. La libertad de testar sin obstáculos no tiene por qué comportar abandono o insolidaridad para con la familia. En este punto disentimos de BERLIN puesto que a lo largo de toda su obra considera que los fines humanos, aunque todos dignos de alabanza, son incompatibles⁷⁸.

⁷³ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, *El derecho a la herencia en la Constitución*, Reus, Madrid, 2017, pp. 106 y s.

⁷⁴ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «La garantía institucional de la herencia», *cit.*, p. 62.

⁷⁵ En Roma los que nada tenían no podían procurarse armas *-inermes-* y eran llamados *capite censi* –estimados por cabezas, no por su patrimonio– o *proletarii* puesto que solo podían contribuir al Estado con su prole (vid. IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1965, p. 14).

⁷⁶ El acceso a la propiedad por parte de las clases populares ha comportado un incremento de la transcendencia de las herencias en términos macroeconómicos puesto que hay muchas más herencias (vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones...*, *cit.*, p., 3).

⁷⁷ Vid. ABRIL MARTÍNEZ, Vicente, *Los conceptos de libertad...*, *cit.*, pp. 108 y s.

⁷⁸ «Los fines humanos entran en conflicto, y ningún cálculo puede salvarnos de elecciones dolorosas y soluciones imperfectas» (BERLIN, Isaiah, en *Conversations with Isaiah Berlin*, recogido por ABRIL MARTÍNEZ, Vicente, *Los conceptos de libertad...*, *cit.*, p. 2). Que la injusticia social sea el precio de la libertad y la dictadura el de la igualdad, es algo difícil de aceptar (vid. VARGAS LLOSA, Mario, Prólogo a Isaiah Berlin, *El zorro y el erizo...*, *cit.*, p. 15).

Conviene decir que la libertad negativa no significa lo mismo para los particulares que para los poderes públicos, puesto que los primeros, en principio, pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, mientras que éstos solo podrán realizar lo permitido⁷⁹.

Para BERLIN la libertad en sentido positivo es la libertad *para*. «Si mi libertad negativa queda cuantificada al responder a la pregunta “¿En qué medida estoy controlado?” la pregunta acerca del segundo sentido de la libertad es “¿Quién me controla” [...] ¿En qué sentido soy dueño de mi propio destino?»⁸⁰. Ya no hablamos de estar libres *de* algo sino de ser libres *para* algo. La libertad *para* equivale a autonomía. Es el deseo del individuo de ser su propio dueño, su autorrealización. Es inherente a su condición de sujeto de derecho⁸¹. La libertad positiva tiene dos versiones, una individual que equivale a autonomía, a desarrollo de la propia personalidad, a desenvolvimiento del propio potencial; otra colectiva que equivale a autodeterminación. Esta libertad positiva entraña ciertos peligros⁸².

⁷⁹ Como afirma el Profesor de Derecho constitucional Francesc DE CARRERAS, «en derecho suele decirse que las personas están vinculadas negativamente a la ley mientras que los poderes públicos están vinculados de manera positiva. Ello significa que las personas, dado que son libres, pueden hacer todo lo que deseen excepto aquello que la ley les prohíbe. En cambio, los poderes públicos, al no ser libres, no pueden hacer todo lo que deseen, sino sólo aquello que la ley les autorice. A las personas la ley les señala el límite del ejercicio de su libertad, a los poderes les señala el ámbito de sus competencias, es decir, de su poder. Así pues, la relación de la ley con las personas y con los poderes no es la misma» (DE CARRERAS, Francesc «Es recurrible la declaración?», *La Vanguardia*, 6 de febrero de 2013, p. 24: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/2013/02/06/pagina-24/91341095/pdf.html>).

⁸⁰ BERLIN, Isaiah, «Mi trayectoria intelectual», en *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, 2010, p. 144.

⁸¹ «Se declara que la esencia de la personalidad jurídica es justamente la negación de todo ligamiento, esto es, la libertad en sentido de autodeterminación o autonomía. Así escribe Puchta: “El concepto fundamental del Derecho es la libertad... el concepto abstracto de la libertad es: posibilidad de determinarse a algo... El hombre es sujeto de Derecho por cuanto le es propia aquella posibilidad de determinarse, por cuanto tiene una voluntad”» (KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Editora Nacional, México, 1979, p. 72).

⁸² Se ha afirmado que esta libertad en sentido positivo puede servir para encubrir la tiranía. Puede suponer la coacción de unos sobre otros para imponer un grado superior de libertad. Ya lo decía KANT: «Nadie puede obligarme a ser feliz a su manera» y «un *gobierno paternalista (imperium paternale)* [...] es el mayor *despotismo* imaginable» [KANT, Immanuel, *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die praxis*, 1793 (trad. Cast. De J. Alcoriza y

Entre el hecho de estar libre de interferencias y gozar de autonomía, ser dueño de uno mismo, entre libertad en sentido negativo y libertad en sentido positivo, tampoco hay tantas diferencias, tal vez sean las dos caras de una misma moneda. Quizá esa dicotomía sea un tanto maniquea, puesto que la autonomía no es más que un cúmulo de conductas no obstaculizado por normas.

Si acabamos de trasladar estos conceptos de libertad negativa y libertad positiva al Derecho de sucesiones podremos decir que la libertad de testar en sentido negativo, la “libertad de testar”⁸³, consiste, siguiendo a TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, «en la posibilidad de disponer del propio patrimonio [incluido el llamado patrimonio moral] sin que otros –por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad– se interpongan en esa actividad»⁸⁴, mientras que la libertad dispositiva en sentido positivo, la “libertad para testar” consistiría, según estas mismas autoras, en la libertad de «tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad»⁸⁵, ello sin perjuicio de que haya

A, Lastra, *Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica*, en I. Kant, *En defensa de la Ilustración*, Alba, Barcelona, 1999, pp. 260 y s.]. «Sólo la verdad nos hará libres, y la única forma que tengo de aprender la verdad es haciendo ciegamente hoy lo que tú, que la conoces, me ordenes o me obligues hacer, en la certeza de que sólo así alcanzaré tu percepción esclarecida y seré libre como tú», siendo «el triunfo del despotismo [...] forzar a los esclavos a que se declaren libres» (BERLIN, Isaiah, «Dos conceptos de libertad», en *Dos conceptos de libertad...*, cit., pp. 87 y s.). En el Derecho de sucesiones, este peligro implica que el legislador crea conocer, a través de la legítima, más que el propio testador, cuál es la mejor distribución que se puede hacer de los bienes del causante en beneficio de la familia.

⁸³ «La estructura de la argumentación en favor de la libertad negativa empieza precisamente por esto: por aportar razones para limitar las interferencias externas» (LAPORTA, Francisco J., «Sobre el uso del término...», cit., p. 36).

⁸⁴ TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...* cit., p. 16.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 17. Sin olvidar la parte de contenido social de esta voluntad puesto que, como asevera MIQUEL GONZÁLEZ, «en caso de laguna, determinar la regla negocial en el testamento mediante una voluntad (irreal) del testador (medio) depende en muchos casos de las convicciones sociales sobre lo que sea normal. Hay un evidente componente social en la expresión “la voluntad del testador” a pesar de su aparente carácter individualista» (MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, «Notas sobre “La voluntad del testador”», *RJUAM*, núm. 6, 2002, p. 154).

autores que conciban de diferente manera esta distinción⁸⁶. Es evidente que “libertad de testar” y “libertad para testar” son el anverso y el reverso de una misma realidad: la libertad de disponer⁸⁷. Y pueden llegar a confluir, y entonces estaremos ante la libertad de testar que incluye tanto a la libertad *de* como a la libertad *para*. De ahí el título de esta nuestra tesis doctoral. No obstante, en la medida de lo posible, las deslindaremos. Libertad como desenvolviendo del propio potencial y libertad como ausencia de interferencias son los dos bloques de la estructura de esta obra académica que examinaremos desde la perspectiva del Derecho estatal, de los Derechos territoriales o forales y del Derecho comparado.

⁸⁶ Así, VAQUER ALOY considera que «esta libertad alcanza dos niveles: la libertad de testar, pues el causante puede elegir otorgar testamento o pacto sucesorio o no otorgar ningún negocio *mortis causa*; y la libertad para testar, en el sentido de que el contenido de su acto de última voluntad ha de ser igualmente fruto de su libre albedrío y libre de cualquier vicio de la voluntad» (DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, p. 60).

⁸⁷ «Todo el Derecho, arte de lo justo, –dice VALLET DE GOYTISOLO–, se mueve entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: La libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente. En Derecho sucesorio esta pugna es especialmente simple: De una parte, la voluntad del testador es la ley de su sucesión: De otra, hay ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas, y otras instituciones de las cuales aquélla no puede salirse si quiere tener cauce adecuado: las formalidades testamentarias» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *ADC*, 1963, p. 282).