

# Visión crítica del sistema de legítimas del Código Civil español

## *A critical view on the forced heirship system in the Spanish Civil Code*

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ  
Profesor titular de Derecho civil UCM  
Director of Counsel en UNIVE Abogados

**RESUMEN:** A pesar de que las legítimas representan una de las más emblemáticas y trascendentales instituciones de nuestro sistema sucesorio, a lo largo de la Historia han resultado periódicamente cuestionadas. Tras muchos siglos de imperio de la libertad testamentaria en Roma, la figura de la legítima se cimentó sobre el tránsito del *officium pietatis* desde el ámbito moral al jurídico en una época tardía del Derecho Romano. Desde entonces nos ha acompañado, si bien con un cariz marcadamente más restrictivo de la autonomía de la voluntad testamentaria que la tradición recibida de las fuentes romanas, hasta su cristalización en nuestro Código Civil. Aunque la discusión en torno a la idoneidad del sistema legitimario y a la conveniencia de la libertad de testar es realmente antigua, se ha repetido cíclica e infructuosamente en relación con nuestro Código. En realidad, la controversia nunca ha cesado. No obstante, las colosales e irreversibles mutaciones socioeconómicas experimentadas en las últimas décadas han propiciado que el debate se haya reabierto con una formidable pujanza: ¿gozan todavía de sentido las vetustas legítimas en el s. XXI, tal y como se configuraron en nuestro Código Civil? En este trabajo prestamos especial atención a las mencionadas transformaciones, y exponemos ciertas situaciones insostenibles

que el actual régimen frecuentemente provoca en las sucesiones familiares. Ha llegado, en definitiva, el momento de abordar una profunda revisión del sistema de sucesión forzosa contemplado en nuestro Código, y es una labor que no admite procrastinación.

*ABSTRACT: Despite the forced portion is one of the most emblematic and transcendental institutions of our inheritance system, throughout history it has been periodically questioned. After many centuries of testamentary freedom rule in Rome, the forced portion was founded on the officium pietatis' transition from the moral to the legal sphere in a late period of Roman Law. Since then, it has accompanied us until its crystallization in our Civil Code, albeit with a clearly more restrictive complexion of the testamentary freedom than the tradition received from Roman sources. Although the discussion regarding the forced heirship's suitability and the testamentary freedom's convenience is really old, it has been cyclically and unsuccessfully repeated in relation to our Code. In fact, the controversy has never ceased. However, the colossal and irreversible socioeconomic transformations experienced in recent decades have led to renewed burgeoning debate on this subject: does the ancient forced portion still make sense in the 21st century as developed in our Civil Code? In this article we pay special attention to the aforementioned transformations and present some untenable situations often caused in family successions by the current legislation. In short, the time has arrived to undertake a deep review of the forced heirship system in our Civil Code, and this is a task that cannot afford further procrastination.*

**PALABRAS CLAVE:** Legítimas. Legitimarios. Herencia. Libertad de testar. Voluntad del testador. Testamento. Reforma de las legítimas. Deber de alimentos. Protección de la familia. Transformaciones sociales.

**KEY WORDS:** *Forced Portion/Forced Heirship/Reserved portion of the inheritance/Legitima portio/Portio debita. Forced heirs. Inheritance. Testamentary freedom. Testator's will. Testament/Will. Reform of the forced portion/Amendment of the forced portion. Maintenance obligation. Family protection. Social transformations.*

**SUMARIO:** I. REFLEXIONES PRELIMINARES.—II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPALES HITOS EN EL DISEÑO DEL SISTEMA LEGITIMARIO DIBUJADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS: 1. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. 2. PERSPECTIVA CRÍTICA CON LA

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO SUSTENTO DE LA LEGÍTIMA. 3. CONCLUSIÓN PERSONAL.—IV. DESCONEXIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CON LAS COORDENADAS ACTUALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MUTACIÓN DEL ESCENARIO SOCIOECONÓMICO Y FAMILIAR.—V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LA NECESARIA RESPUESTA ANTE DETERMINADOS ESCENARIOS. 2. EL DERECHO COMO ALGO VIVO Y LA RUPTURA CON LA TRADICIÓN. 3. BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN LAS SUCESIONES FAMILIARES. 4. ABANDONO DE LA PERCEPCIÓN DEL TESTADOR COMO PERSONA «INCAPAZ». 5. LA RELATIVIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA POR EL PROPIO LEGISLADOR.—VI. LÍNEAS MAESTRAS DE UNA PROPUESTA DE REFORMA: 1. DERECHO SUCESORIO CON NATURALEZA ASISTENCIAL A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES: *A) ¿Una opción realmente compleja? B) La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como tertium genus.* 2. EL CÓNYUGE VIUDO. 3. ¿DEBE SUPRIMIRSE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIOS DE LOS ASCENDIENTES?—VII. COLOFÓN.—VIII. CONCLUSIONES.

## I. REFLEXIONES PRELIMINARES

Uno de los pilares elementales del Derecho Privado radica en la autonomía privada de la voluntad, y a su consagración se han destinado enormes esfuerzos doctrinales y legislativos durante siglos, si bien, lógicamente, la dimensión y los confines de esa «*Autonomie des Willens*» —que Immanuel KANT identificaba como principio supremo de la Moral<sup>1</sup>— difieren de unas a otras construcciones. La noción misma de «autonomía», como facultad de las personas para tomar decisiones por sí mismas, se hallaba íntimamente ligada a la idea aristotélica de «libertad». Una libertad que, en palabras de René DESCARTES, consiste solamente en poder hacer una cosa, o no hacerla (es decir, afirmar o negar, perseguir o huir), o, más bien, en actuar de tal modo que no sintamos que ninguna fuerza externa nos constrñe a hacerlo, al afirmar o negar, o bien al perseguir o huir de las cosas que nos propone el entendimiento<sup>2</sup>.

A esta falta de sumisión a un agente externo hace alusión, en cierto modo, Jean-Jacques ROUSSEAU, al aseverar que la libertad consiste no tanto en hacer uno su propia voluntad, como en no hallarse sometido a la de otro; no obstante, también implica no subordinar la voluntad de otro a la nuestra<sup>3</sup>.

Konrad HESSE, magnífico catedrático y magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, sostuvo —según recordó mi admirado y añorado Maestro, D. Mariano ALONSO PÉREZ<sup>4</sup>— que la autonomía privada resulta inherente al Derecho civil, como algo permanente e irrenunciable. El lógico trasunto de la misma en el ámbito sucesorio parece, en una pri-

mera aproximación a la cuestión, la autonomía testamentaria, cristalizada fundamentalmente en la libertad de testar<sup>5</sup>.

Sin profundizar en exceso en estas disquisiciones en torno a la libertad, lo que sí podemos afirmar es que, sea cual fuere la verdadera intensidad de su reconocimiento en nuestro ordenamiento sucesorio, aquella se modula, efectivamente, en torno al testamento, como instrumento donde la autonomía se materializa. Suele aseverarse, de modo grandilocuente, que la voluntad testamentaria coadyuva a la realización de la dignidad y del desarrollo de la personalidad. Sin embargo, tal sentencia se cohonesta mal con lo que acontece en España, pues en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que sucede en algún ordenamiento foral, la realidad evidencia que la voluntad del testador, su autonomía privada, resulta inexorablemente acotada en el marco de unos estrechos confines. Así pues, quizás resulte un tanto optimista, ingenuo o desfigurado aseverar que uno de los principios generales imperantes en el Código Civil español es la autonomía testamentaria.

Ante este planteamiento, emergen de manera espontánea y natural, los siguientes interrogantes: ¿se entienden la dignidad y el desarrollo de la personalidad de distinta manera en el ordenamiento común que en los ordenamientos forales donde las legítimas son mucho más reducidas o, incluso, carecen de contenido material? ¿acaso unos ciudadanos merecen en mayor medida tales atributos que los demás<sup>6</sup>?

No son escasas, precisamente, las restricciones al testador legalmente consagradas en nuestro texto codificado (cfr., v.gr., arts. 781, 785, 811, 812 y 968 CC). De entre estas limitaciones sobresale, de manera implacable, una figura que nos acompaña desde hace demasiados siglos, cuya formulación definitiva obedeció a un proceso de decantación de diversas aportaciones a lo largo de la Historia, y que se reflejó en nuestro Código Civil de 1889: la legítima, que constituye la más sustancial y vetusta restricción normativa a la autonomía testamentaria en el *Civil Law*, y sobre la que nuestro Alto Tribunal concluye que es «de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad» [STS de 31 de mayo de 1981 (1980\2724)]<sup>7</sup>. Esta materia ha experimentado ciertas modificaciones desde entonces, si bien su esqueleto y principios rectores se han mantenido esencialmente incólumes.

A comienzos de la Edad Moderna, el egregio humanista Erasmo de Roterdam sentenció: «Moriré libre porque he vivido solo. Moriré solo porque he vivido libre». Cabría discutir si, realmente, puede afirmarse con rotundidad que una persona ha sido «libre» a lo largo de su vida (incluso, cuando haya vivido sola), pero no es tal circunstancia la que a esta investigación interesa. A nuestro modo de ver, resulta incontestable que cuando ese sujeto tiene ciertos familiares cercanos, aun cuando haya podido desenvolver deliberadamente su vida en la más absoluta de las soledades, podrá llegar a morir solo, pero no libre. Esa ilusoria idea de «libertad» se verá

contradicchia y truncada, precisamente, al exhalar su último aliento de vida, y comprobar que si verdaderamente ejerció su libertad de determinar a su antojo el destino de su patrimonio *mortis causa*, tal previsión únicamente será cumplida si se ajusta a los estrictos y angostos cauces inapelablemente impuestos en abstracto por el legislador, sin tomar en consideración las circunstancias subjetivas del verdadero protagonista de la sucesión.

No deja de parecer incoherente cercenar la libertad de testar, e imponer el destino del patrimonio de la misma persona a la que, por otra parte, se trata de dotar del mayor abanico posible de libertades personales<sup>8</sup>. Nos hallamos, actualmente, inmersos en unas coordenadas donde prácticamente todas las ideologías imperantes proclaman la necesaria libertad de las personas, si bien resulta patente que las concepciones de tan noble y alto concepto varían interesada y radicalmente de unas a otras, y muchos parecen no respetar la libertad de quienes opinan de modo diverso. Quizás sea este frágil o paradójico concepto de «libertad», que nominalmente concede al ser humano la autonomía de decidir, pero que en verdad le impone qué ha de decidir, el que justifica la pervivencia de una figura como la legítima, tan contrapuesta al concepto mismo de «libertad», y cuyas raíces profundizan en épocas extraordinariamente pretéritas.

Sin embargo, parece palmario que el escenario está mutando en los últimos tiempos<sup>9</sup>, si bien hemos de resaltar que el debate no es en absoluto nuevo. Por ejemplo, ya en la época del *ius commune* se discutió con cierta intensidad sobre las legítimas (v.gr., en el s. XVI, en la conocida como «Escuela de Salamanca», Antonio GÓMEZ, Diego DE COVARRUBIAS o Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA)<sup>10</sup>. Asimismo, en el marco de las elevadas discusiones inherentes al proceso de la Codificación, determinado sector doctrinal (GINER DE LOS RÍOS<sup>11</sup>, DURÁN Y BAS, Joaquín COSTA<sup>12</sup> y SÁNCHEZ ROMÁN<sup>13</sup>, entre otros) propugnó la libertad de testar, con el consabido triunfo de la decisión de ALONSO MARTÍNEZ, quien era un firme y vehementemente partidario de la legítima tradicional castellana<sup>14</sup>. De modo sintético, cabría sostener —tal y como apunta VALLADARES— que, en el momento de promulgarse nuestro Código Civil, tanto para los partidarios de la libertad de testar como para los defensores de las legítimas, la cuestión residía «en determinar cuál de los dos sistemas es el más adecuado para conservar la fortuna familiar *productiva*»<sup>15</sup>.

No obstante, es cierto que la polémica sobre una institución tan controvertida se ha intensificado en los últimos años, y se plantean cuestiones de capital relevancia: ¿debemos reformar el sistema de legítimas del Código Civil? ¿son las legítimas una reliquia del pasado —como ha afirmado algún autor<sup>16</sup>— de la que debemos prescindir?

Quizás nos hallemos frente a una discusión cíclica, pero es evidente que el caldo de cultivo actual, con las profundas transformaciones experimentadas

en los últimos 130 años, resulta propicio para un hondo replanteamiento de esta materia.

En España parece que las voces se alzan de manera cada vez más profusa y decidida en contra del vigente sistema legitimario, y se propugna una reforma que se presenta ya como inevitable a corto o medio plazo. De hecho, las legítimas parecen abocadas de modo ineluctable a su transformación, como consecuencia de una inquietud doctrinal que progresivamente va alcanzando una mayor pujanza y envergadura, y que desembocó en la «*Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar*», emitida por quien era la Ministra de Justicia en dicho momento.

A nuestro modo de ver, a la Comisión General de Codificación no le restan apenas «refugios» donde guarecerse para no afrontar estas reivindicaciones. Especialmente, si tomamos en su debida consideración que las reformas en relación con esta materia han sido muy numerosas en otros ordenamientos tanto extranjeros como españoles —este último dato constituye la circunstancia que más presión ejerce sobre la antedicha Comisión—, y que en los últimos más de 130 años las alteraciones experimentadas por el Código Civil en este ámbito han sido muy reducidas.

## II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

### 1. INTRODUCCIÓN

Un argumento pretendidamente sólido al que recurrentemente acude un sector considerable de la doctrina civilista, en aras a rechazar las propuestas de eliminación de las legítimas en nuestro Código Civil, es el de nuestro acervo jurídico: la libertad absoluta de testar colisiona contra la tradición secular de nuestro ordenamiento. Por este motivo, aun sin ánimo de hacer un estudio serio y concienzudo de la evolución histórica de las legítimas en nuestro Derecho, entiendo que ningún acercamiento a la discusión en torno a la dicotomía «legítimas-libertad de testar» puede perder de vista los antecedentes jurídicos de nuestro Código Civil. Resulta suficiente ofrecer unas pinceladas generales, sin mayores pretensiones, que identifiquen los orígenes de nuestro todavía vigente sistema legitimario, y que nos permitan comprobar si nuestra tradición jurídica fue siempre la misma, o si otro régimen fue posible. Decía doctamente ALONSO PÉREZ que la «Historia siempre actúa de maestra para bien o para mal», y en nuestro caso, «nos ilustra con sabiduría de siglos»<sup>17</sup>.

Cosa distinta, según nuestra personal percepción, es sentirse perenne e irremediablemente atados, aferrados y vinculados a las razones y soluciones

que prudente y sabiamente se han configurado durante toda esa Historia, aun cuando las coordenadas socioeconómicas hayan experimentado una drástica transformación.

Tanto o más nocivo resulta mantener una regulación trasnochada y que no responde a las profundamente evolucionadas necesidades y circunstancias de la sociedad, como modificar radicalmente un régimen, pese a que el escenario apenas ha variado y la realidad no demanda un embate reformista de semejante calado. Las mismas soluciones que resultaron idóneas en un momento histórico concreto, y cuyo vigoroso reinado ha mostrado no solo su pertinencia, sino también sus bondades a lo largo de muchos siglos, pueden revelarse inadecuadas y desconectadas con las cambiantes exigencias y particularidades que circundan la sociedad más de 130 años después (en realidad, en relación con las legítimas, demasiados siglos después).

Efectivamente, no debemos permitirnos a nosotros mismos olvidar el pasado, pero tampoco podemos obviar los perniciosos y graves efectos inherentes a un ordenamiento esencialmente despegado de la realidad y de las necesidades que está destinado a atender. El Derecho Romano nos mostró el camino, y nos enseñó que las normas pueden cambiar: mal haríamos si nos encastilláramos tras la trinchera del dogmatismo, y eludiéramos el análisis crítico en torno a la adecuación de las instituciones jurídicas civiles a la veleidosa realidad en cuyo marco han de desplegar su eficacia.

La transformación del ordenamiento jurídico, en definitiva, se presenta como ineludible. A nuestro modo de ver, resultan especialmente brillantes y certeras las palabras en torno a la investigación con las que, en el siglo XIX, nos obsequió el escritor bostoniano Edgar Allan POE, y que consideramos plenamente vigentes por cuanto a la evolución normativa en general se refiere: «These ancient ideas confined investigation to crawling; and I need not suggest to you that crawling, among varieties of locomotion, is a very capital thing of its kind, but because the tortoise is sure of foot, for this reason must we clip the wings of the eagles?» (especialmente elocuente nos parece su última reflexión: dado que la tortuga tiene los pies seguros, ¿por esta razón debemos cortar las alas de las águilas?)<sup>18</sup>.

## 2. PRINCIPALES HITOS EN EL DISEÑO DEL SISTEMA LEGITIMARIO DIBUJADO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

De manera primigenia, y a lo largo de numerosos siglos, el Derecho Romano<sup>19</sup> se caracterizó por una absoluta libertad de testar («*uti legassit super pecunia tutelave sua rei, ita ius esto*»)<sup>20</sup>. Como consecuencia —principalmente— del influjo del Cristianismo, de modo paulatino se dio entrada

a la necesidad de contemplar una cuota legitimaria en concepto de deber familiar del finado, a modo de deber de piedad.

Fue en la etapa final de la República romana cuando se robusteció la atribución legitimaria en el marco del concepto de *officium pietatis* a favor de los familiares más cercanos y necesitados, tanto vinculados por relación de sangre como agnados; en este sentido, la *pietas* constituía un deber de respeto tanto a los dioses como a la familia. El cambio en las concepciones éticas de la sociedad romana se hizo patente a partir del s. I a.C., con la influencia de la filosofía estoica (cfr., entre otros, CICERÓN y SÉNECA)<sup>21</sup>. En este escenario, la *querella inofficiosi testamenti* sirvió para impugnar, como injustos, los testamentos donde, pese a no haber motivo aparentemente bastante que fundamentara la desheredación, no se dejaron bienes a los hijos que deberían suceder abintestato<sup>22</sup>. Precisó MARCIANO, en el s. III d.C.: «Se deduce la querella de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieron en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente haya testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento»<sup>23</sup>.

No obstante lo anterior, hasta el s. VI d.C. las legítimas resultaron bastante restringidas en el ámbito del Derecho Romano. Fue el Emperador bizantino JUSTINIANO quien, estimulado por su fe cristiana —«considerando siempre a Dios, y para parecerle gratos, y hacer alguna cosa digna de los beneficios que nos dispensa»<sup>24</sup>—, impulsó el régimen legitimario, y dibujó esta institución con unos contornos cuyas líneas maestras llegaron, tras un proceso de depuración histórica que se prolongó más de doce siglos, a la etapa de la Codificación.

Según explica MAGARIÑOS, ese *officium pietatis* se hallaba posiblemente impregnado de un componente ético, pues los hijos se veían afectados por el deber de reverencia al padre, de quien dependían en la realización de todos los actos de sus vidas. Al margen de dicha dependencia, al hallarse bajo la potestad del padre, debían aportar su trabajo y sus ganancias al patrimonio de la familia, cuya administración y titularidad correspondía a dicho progenitor. Como consecuencia de todo ello, como apunta el último autor citado, el régimen legitimario respondía a «un trasfondo jurídico de justicia»<sup>25</sup>. Parece, pues, que constituía una suerte de compensación por su precaria situación y su contribución durante la vida del padre. Evidentemente, hoy no hay tal reverencia, sumisión o dependencia, ni el deber incondicional de aportación de los ingresos al patrimonio familiar.

El sistema restrictivo de legítimas se consolidó en la Edad Media, de tal modo que se culminó entonces el tránsito que ya se había materializado en la última etapa del Derecho Romano, desde un régimen de absoluta libertad

testamentaria hasta un sistema con amplias limitaciones. De hecho, en esta época se va más allá, y se abraza el extremo opuesto, pues en el genéricamente designado como *sistema germánico* aparece como una excepción la facultad del causante de disponer de una parte reducida de su haber<sup>26</sup>. El punto de partida estaba constituido por una situación de comunidad familiar, donde los bienes no eran propiedad del jefe de la familia, sino de todos sus miembros. Fue en este contexto donde emergieron las celeberrimas máximas germánicas «*los herederos nacen y no se hacen*», y «*solo Dios puede hacer heredero, y no el hombre*».

Como consecuencia de lo anterior, únicamente podía disponerse de una parte exigua de los bienes («*propria portio*»), mediante legados para sufragios y obras piadosas: legados *pro anima*. Esta posibilidad obedeció a la doctrina eclesiástica (de manera destacada, San Ambrosio, San Jerónimo y San Agustín), y constituyó, en definitiva, el germen de la actual parte de libre disposición.

En nuestro país, según explica LACRUZ, parece lógico sostener que el Derecho Romano vulgar imperante durante el tiempo de las invasiones se hallaba caracterizado por una amplia libertad de testar. Por otra parte, si bien de manera originaria los visigodos habían practicado un sistema de «comunidad doméstica», la intensa interacción y el contacto con el Imperio Romano hicieron que hubieran ya asimilado instituciones jurídicas romanas (como el testamento y la donación) antes de su incursión en la Península Ibérica. Como consecuencia de ello, el ordenamiento visigodo no se ciñó al sistema de la propiedad familiar, sino que plasmó una interesante transacción entre las líneas maestras romanas y las germánicas<sup>27</sup>. En este marco, ocupa un lugar trascendental la Ley visigoda *Lex dum inlicita*, de CHIN-DASVINTO (a mediados del s. VII). En ella se estableció, en relación con los hijos, que existía una porción de legítima rigurosamente indisponible, si bien se configuró otra parte de «mejora», caracterizada por cierta libertad para su distribución entre los hijos (1/10 parte, que posteriormente fue elevada a 1/3 por ERVIGIO en el año 681). El designio de esta novedosa figura se hallaba en el interés y la necesidad de mantener indiviso el patrimonio inmobiliario familiar ya desde el comienzo de la Edad Media<sup>28</sup>. Es el Derecho visigodo, pues, donde hallamos el origen de la peculiar institución de la mejora, que fue recogida tanto en el Fuero Real como en las Leyes de Toro<sup>29</sup>, y ha llegado a nuestros días, tras pasar por el tamiz de la Codificación<sup>30</sup>.

En definitiva, la corriente medieval de fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en Europa, y pervive hoy después de resistir la obra sistemática de la Codificación, si bien con distintas intensidades. A pesar de gozar de una raíz y tradición jurídica común, cada legislador ha seguido su propio camino en materia de legítimas. En el caso de España, el sistema del Código Civil resulta señaladamente taxativo, y se halla entre los orde-

namientos donde en menor medida se respeta la libertad testamentaria, al contemplar un estricto y casi omnímodo sistema de legítimas. En último término, sus trazos generales proceden de la evolución que, de modo sucinto, hemos expuesto en los párrafos anteriores; por lo tanto, a su construcción han coadyuvado, principalmente, el influjo del Derecho Romano justiniano, de la tradición germánica, de la doctrina eclesiástica y, finalmente, del Derecho visigodo. De tal forma que, salvo en determinadas cuestiones y matizaciones verificadas en épocas más recientes, el régimen legitimario vigente en pleno s. XXI obedece, en esencia, a una evolución histórica plasmada en el s. VII.

En contraste con esta última apreciación, en varios ordenamientos extranjeros y forales se advierte una relevante nota o característica: son numerosas las legislaciones que han experimentado reformas de considerable calado en torno a la legítima en los últimos años.

### III. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

#### 1. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Se ha discutido con intensidad sobre el carácter constitucional de las legítimas<sup>31</sup>, como instituto inserto en el mandato de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE. Sin embargo, a estas alturas, incluso gran parte de quienes patrocinan la conservación de las legítimas elude la tentación de imponer su persistencia con cimiento en el estricto cumplimiento de una eventual orden de nuestra Carta Magna. De hecho, «*la protección social, económica y jurídica de la familia*» no constituye más que el característico texto programático de nuestra Constitución carente de un contenido concreto. ¿Se traduce o materializa forzosamente, acaso, esta genérica previsión constitucional en la necesidad de contemplar las legítimas? En nuestra opinión, no, tal y como evidencian los regímenes sucesorios del Derecho navarro y del Fuero de Ayala<sup>32</sup>.

Tampoco hallarían su soporte constitucional las legítimas en el artículo 33.1 CE, donde se reconoce el «derecho a la herencia», que —como advierte DELGADO ECHEVERRÍA<sup>33</sup>— no lleva inherente el derecho de nadie a heredar a cierto causante; simplemente, se establece la capacidad de suceder en las herencias a las que estemos llamados de acuerdo con el ordenamiento jurídico, del mismo modo que el «derecho a la propiedad privada» contemplado en ese mismo precepto únicamente alude a la capacidad de ser propietario, y no al derecho al acceso a la propiedad privada (esto es, a ser propietario de unos determinados bienes). Así pues, lo constitucionalmente reconocido es el propio fenómeno de la sucesión —y

el de la propiedad—, como modo de «garantizar que la propiedad privada se perpetúe más allá de la vida de sus actuales titulares», no el derecho a heredar a alguien en concreto.

Suele identificarse la protección de la familia como fundamento esencial de las legítimas. En este sentido, ALONSO PÉREZ<sup>34</sup> sostiene que «el principio de *solidaridad* entre vínculos inmediatos de sangre o afecto, de *comunidad familiar* más allá de la ruptura física de la muerte, obligan a una protección legitimaria exigida, incluso, por el mismo principio cada día más universal de «lo razonable» (*reasonableness*), próximo a la equidad (art. 3:12 BW neerlandés)»; tanto la razonabilidad como la equidad se hallan fundados —prosigue— en el *bonum et aequum* propio de la jurisprudencia romana. A su modo de ver, la diligencia razonable —la *recta ratio*— impone la legítima como vía idónea para no desatender la solidaridad familiar.

Pero, ¿resultan atentatorios contra tal «razonabilidad» ordenamientos como el navarro o el Fuero de Ayala (además de los anglosajones, por ejemplo, si bien con el matiz de la *family provision*<sup>35</sup>), donde se contempla con favor la libertad de testar?

Varias de las reformas verificadas en ordenamientos extranjeros o forales en los últimos años han configurado la legítima como un derecho de crédito (y no como un derecho a los bienes y derechos *in natura* del causante), han posibilitado la subsistencia de donaciones frente a su inoficiosidad, han aumentado los supuestos de desheredación, han tutelado en mayor medida los intereses del cónyuge viudo, han excluido a los ascendientes de la categoría de los legitimarios, etc.

Estas modificaciones constituyen avances, indudablemente, mas quizás tímidos<sup>36</sup>. Como limitados (aunque valiosos) resultan los esfuerzos interpretativos de nuestra jurisprudencia sobre las causas de desheredación —especialmente, a partir de 2014—<sup>37</sup>, así como los términos de la regulación de las legítimas contenida en la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>38</sup>. Sin ningún género de duda, estas iniciativas se presentan como enormemente útiles, tal y como se halla el escenario normativo de nuestro Código Civil, si bien nos parecen todavía insatisfactorias con la realidad social del s. XXI. Compartimos la reflexión ofrecida por Concepción ARENAL (celeberrima pensadora del s. XIX y catalogada como exponente del Catolicismo social) ya en 1880, cuando rotundamente afirmó: «Se ha limitado el número de estos herederos [se refiere a los forzosos o legitimarios]; pero si el mal tiene menores proporciones, no deja de existir por eso»<sup>39</sup>. En esta misma senda, pero en tiempos muy recientes, VERDERA ha observado que en el caso de reducir el alcance de las legítimas, lo único que se logrará será la restricción de algunos de sus «inconvenientes», si bien no se obtendrá una justificación de su razón de ser y de su cometido. En su opinión, no nos enfrentamos a una cuestión de flexibilización de la figura

de las legítimas, sino a «un problema de la propia institución», que no se remediará «con retoques cosméticos o ajustes parciales»<sup>40</sup>.

A tenor de la visión patrocinada por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en su sentencia de 19 de abril de 2005<sup>41</sup>, la legítima (la *portio debita* o *Pflichtteilsrecht*) se halla íntimamente relacionada con la tutela de la relación entre el testador y sus hijos, garantizada por el artículo 6.1 de la Constitución alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)<sup>42</sup>. A su modo de ver, los rasgos estructurales de la participación de los hijos en la herencia constituyen una expresión de la solidaridad familiar (*Familiensolidarität*) presente de modo fundamentalmente indisoluble entre el testador y sus hijos. El antedicho precepto protege dicha relación entre el testador y sus hijos como una comunidad para toda la vida, donde no solo tienen el derecho, sino también el deber, de asumir la responsabilidad tanto material como personal los unos de los otros. Del mismo modo que acontece en el derecho de alimentos, la legítima se vincula a las relaciones de Derecho de Familia entre el testador y sus hijos, y traslada al ámbito del Derecho de Sucesiones la referida solidaridad entre generaciones, que se cimienta regularmente en la descendencia y se sustenta mayoritariamente en la convivencia familiar. Por consiguiente, sostiene el BVerfG que la libertad de testar se halla constitucionalmente constreñida por los vínculos del Derecho de Familia fundamentados en la filiación. El deber de cuidado integral mutuo justifica que se asegure al hijo una participación económica en el patrimonio del progenitor fallecido, incluso tras el óbito del causante. Como consecuencia de todo ello, la legítima satisface la función de posibilitar la continuación del vínculo ideal y económico entre el patrimonio y la familia una vez fallecido el propietario —con independencia de una eventual necesidad específica del hijo—<sup>43</sup>. Este razonamiento resulta plenamente coherente con la configuración que del patrimonio hace el propio BVerfG en ese mismo apartado, al contemplarlo como integrado por bienes adquiridos, conservados y utilizados conjuntamente de algún modo por el testador y sus hijos<sup>44</sup>.

### 3. PERSPECTIVA CRÍTICA CON LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO SUSTENTO DE LA LEGÍTIMA

Tal argumentación del Tribunal Constitucional alemán, trasladada al Código Civil español, propicia que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿por qué acudimos a esa solidaridad familiar únicamente al morir un parente, y no se comunica a tener una atención especial tanto material como espiritual hacia la familia durante la vida, más allá de las situaciones de necesidad? En cambio, aunque no se presente un escenario de escasez o

insuficiencia de recursos, nos vemos compelidos a «atender» a la familia y a «responsabilizarnos» de ella una vez hemos fallecido, aunque nuestra voluntad sea otra bien distinta, y pese a que quizás no hayamos tenido contacto desde hace décadas con esos beneficiarios accidentales o, incluso, sintamos verdadera repulsión hacia ellos.

Suele aseverarse que esta solidaridad familiar tiene un fundamento «moral»<sup>45</sup>. Mas, ¿nos hallamos frente a una concepción moral que transita en un único sentido y que vincula exclusivamente al testador<sup>46</sup>? En relación con esta cuestión, parece que los más firmes defensores de las legítimas eluden cualquier recurso a esa pretendida «moral» cuando se trata de analizar la conducta de los legitimarios hacia el causante.

Aunque las legítimas puedan responder en abstracto a esa aludida «solidaridad» familiar, en la práctica constituyen una vía sencilla de enriquecimiento sin más mérito ni razón que los lazos de sangre, que se producirá *ex lege*, aun contra la voluntad del propietario del patrimonio vinculado, y sin requerir ningún merecimiento ni situación de necesidad. Según apuntamos con anterioridad, ALONSO PÉREZ hacía alusión, como germen de las legítimas, al criterio de la razonabilidad y a la necesaria satisfacción del principio de solidaridad entre vínculos inmediatos de sangre o afecto. Si dicho afecto se hallara, realmente, en la base de la requerida solidaridad, serían también legitimarios otros familiares que, si bien se hallan más alejados en el grado de parentesco, son más próximos por cuanto al apego del causante se refiere. A nuestro juicio, las legítimas no parecen sustentadas, en absoluto, en el puramente subjetivo afecto, sino en los fríos y objetivos vínculos jurídicos.

Tal circunstancia puede llegar a favorecer una visión «cuasi confiscatoria» a favor de determinados familiares, que patrimonializa sin pudor las relaciones familiares, y que las aleja enormemente de la noción de «familia» delineada por las concepciones éticas o morales que propiciaron el nacimiento de la legítima y que la han sustentado a lo largo de los siglos<sup>47</sup>. Compartimos el parecer de PANTALEÓN, cuando apunta que no encuentra ninguna razón de justicia ni de eficiencia que fundamente el derecho de un sujeto a recibir parte del patrimonio de otro por el simple hecho de ser su familiar próximo, pese a no hallarse en situación de necesidad y ser tal atribución contraria a la voluntad del causante<sup>48</sup>.

Con frecuencia, se enarbola la bandera de la «familia» como institución intocable que ha de ser tutelada a través de la legítima, cuando, al mismo tiempo, el legislador vuelve la mirada hacia otro lado en relación con las familias descompuestas donde no hay relación desde hace años, o en las que —incluso— imperan la enemistad y los enfrentamientos irreconciliables. En nuestra opinión, esta actitud no protege la familia, sino únicamente el *nomen* o lo formal; esto es, el continente. En definitiva, no preserva el con-

tenido, lo sustancial, lo que verdaderamente resulta esencial en la familia y que la hace acreedora de tutela por el ordenamiento: el cariño, el afecto, el apoyo y auxilio tanto físico como espiritual, y el respeto mutuos. Es decir, su concepción como grupo más o menos cohesionado y unido. Las legítimas, tal y como son concebidas en nuestro Código Civil, convierten la vida familiar —según advierte SÁNCHEZ ROMÁN— en un «título para heredar bienes», donde se obvia el amor y el cariño por el que la familia se constituye. En palabras del último autor citado, el sistema legitimario rebaja la dignidad de la familia, al mezclar la noción de los deberes cimentados en el afecto con «mezquinos intereses», que posibilitan —en expresión de LAVELEYE recordada por SÁNCHEZ ROMÁN— la conversión de la familia en una «sociedad mercantil, en una *organización para la sucesión*»<sup>49</sup>.

Por otro lado, lo que cabría eventualmente predicar del sistema de legítimas sería su designio protector de un tipo concreto de familia, no de «la» familia. En el actual estado de la sociedad, la romanista LÓPEZ PEDREIRA manifiesta sus dudas sobre la conveniencia de mantener el sistema legitimario, al no existir en la familia aquella *pietas*, es decir, los vínculos éticos que cimentaron su establecimiento<sup>50</sup>.

Lamentablemente, en la práctica no son infrecuentes los casos donde algunos legitimarios muestran durante años una completa indiferencia hacia el causante (sin llegar a incurrir en causa de desheredación), y, pese a no hallarse en situación de precisar asistencia, aparecen puntual y lacerantemente en el momento de sucederlo, para recibir lo que por cortesía del legislador les corresponde, aun contra la fundada y lógica voluntad del causante<sup>51</sup>. Nos encontramos, pues, con familias carentes de toda suerte de lazo afectivo, cuya unión es concebida por sus protagonistas como meramente formal, legal, accidental y no buscada; en contraposición con los vínculos materiales, espirituales y de apego y afinidad que les unen con otras personas que, a diferencia de lo que acontece con sus familiares, aquellos han ido escogiendo libremente a lo largo de sus vidas.

A nuestro modo de ver, estas hipótesis han de empujarnos a reflexionar en torno a la razón de ser de este escenario: ¿cuál es el verdadero motivo que induce al legislador a defender mecánica e inexorablemente los intereses de quienes han actuado con absoluta indiferencia y olvido frente al causante<sup>52</sup>? La razón debería ser de una considerable entidad, pues la legítima representa una enorme limitación de las facultades del titular de bienes y derechos, y hemos de recordar que el dominio es el derecho patrimonial de mayor relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que sus limitaciones deben ser de interpretación estricta<sup>53</sup>. En la práctica, hay ocasiones donde una sensación de extraordinaria injusticia invade al testador, al ser consciente de que nada puede hacer para impedir que una parte formidable de su patrimonio, posiblemente forjado con su denodado y sufrido esfuerzo

durante toda una vida, vaya a parar a las manos de algún familiar con quien no mantiene relación alguna —lo que CARRASCO denomina «divorcio emocional libremente consentido» entre parientes<sup>54</sup>—, o, incluso, con quien se halla enemistado. No parece razonable que el ordenamiento jurídico, bajo ningún concepto, permita consagrar este escenario, tal y como sucede en nuestro Código Civil<sup>55</sup>.

A nuestro juicio, dista de ser cierto que se alcance la preservación de la familia a través del reconocimiento del derecho a recibir la legítima a todos los inmediatos descendientes —o ascendientes, en su caso—, con independencia de su conducta hacia el testador. Asimismo, la *portio debita* no favorece la reconciliación de los hijos que estaban unidos afectivamente a su padre, a quien apoyaron y ayudaron siempre material y espiritualmente, con el hijo que abandonó la familia bien por enemistad con ese progenitor, bien por simple dejación o desinterés, o bien porque su cónyuge propició su apartamiento absoluto de su familia. Son muy numerosos los ejemplos que podemos encontrar en la realidad familiar actual donde se evidencia que las legítimas no coadyuvan, en absoluto, a un restablecimiento de los lazos afectivos<sup>56</sup>. Ni siquiera a la recuperación del mero contacto entre aquellos hijos.

En algunas ocasiones, el hecho de recibir todos los hijos (u otros descendientes o ascendientes)<sup>57</sup> su legítima por imperativo legal, como consecuencia de la existencia de unos vínculos familiares formales o legales, hace emerger un sentimiento de agudo desasosiego en términos de justicia material, con el simple parangón de las conductas de unos y otros hacia el causante. En estas hipótesis, resulta paradójico aducir la anteriormente mencionada «solidaridad familiar» como cimiento de la legítima, de tal modo que, según nuestro criterio, es el momento de plantearnos si la previsión legal que desemboca en tal escenario debe ser replanteada o, incluso, erradicada.

#### 4. CONCLUSIÓN PERSONAL

Compartimos, en esencia, el análisis brindado por VAQUER, quien concibe la noción de la solidaridad familiar en «sentido bilateral» o recíproco, de tal modo que, en el estado actual de nuestro Código Civil, no podrían cimentarse en ella las legítimas. El texto legal y su interpretación jurisprudencial [aun con los encomiables intentos de flexibilización, como el de la STS de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)] no permiten desheredar a un legitimario por ausencia de solidaridad familiar, ya que no toda transgresión de la misma lleva indefectiblemente inherente el maltrato contemplado en el artículo 853.2.º del Código Civil. Por consiguiente, tal y como señala el mencionado autor, nuestro ordenamiento concibe la legítima como «un deber unilateral del causante, del que apenas cabe librarse por el comportamiento

más grave y ofensivo del legitimario». En suma, se ha dibujado como un derecho virtualmente inviolable de los familiares próximos, aun cuando no hayan satisfecho en vida los deberes consustanciales a la solidaridad en relación con el causante, y que únicamente «de modo muy excepcional puede ser arrebatado»; es decir, se ha consagrado como un derecho legalmente modelado en interés de ciertos parientes, y no como una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional<sup>58</sup>.

No son infrecuentes las hipótesis donde las relaciones de los legitimarios con el causante propician que tratar de sustentar las legítimas en el concepto de «solidaridad familiar» o «intergeneracional» sea, cuanto menos, paradójico. En ocasiones, aparecen determinadas circunstancias que lo hacen, incluso, lacerante.

De hecho, en directa relación con el tema que abordamos, nuestra jurisprudencia ha acogido un criterio hermenéutico flexible en materia de derecho de alimentos, que se muestra permeable a la superación de la estricta interpretación literal de un precepto, en aras a dar respuesta a estos contextos. Como quiera que en el artículo 152.4.º del Código Civil se dispone que la obligación de dar alimentos cesará si «*el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación*», en una primera aproximación a la cuestión, la falta de relación de los hijos mayores de edad con su progenitor no parece gozar de virtualidad suficiente para fundar la extinción del deber de alimentos establecido en una sentencia de separación o divorcio [a diferencia de lo que sí se contempla en los artículos 237-13-e) y 451-17-e) del Código catalán]. Sin embargo, en la STS de 19 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 497), con apoyo en la realidad social, el signo cultural y los valores actuales, se proclama la conveniencia de efectuar una exégesis «flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia [...]», porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad». Ese sustento en la solidaridad familiar [anteriormente evidenciado, asimismo, en las SSTS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562) y 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4443)] lleva a nuestro Alto Tribunal, en la referida resolución de 2019, a extrapolar en materia de alimentos al ordenamiento civil común un razonamiento jurisprudencial vertido en torno a la aplicación del previsor Código catalán: no es razonable ni equitativo que un hijo resulte beneficiado por un instituto jurídico cimentado en los vínculos parentales, cuando previamente ha renunciado a las relaciones familiares y a todo el apoyo y la ayuda a ellas inherentes [cfr. STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1596)]. No obstante, «admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia», el Tribunal Supremo deja sentado que será «de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y

prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo» [siguen esta misma línea jurisprudencial, entre otras, las realmente interesantes SAP de Navarra (Sección 3.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2020 (*AC* 2020, 1782) y SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>) de 17 de marzo de 2022 (*JUR* 2022, 220648)].

A pesar de que el fundamento de las legítimas, en teoría, también descansa en la referida solidaridad, nuestra jurisprudencia todavía no se ha atrevido a dar el paso de trasladar al ámbito legitimario la esencia de esta construcción erigida en torno a la extinción de los alimentos judicialmente establecidos a favor de los hijos mayores de edad. Tal circunstancia no deja de resultar inaudita, pues el propio Tribunal Supremo, según hemos transcritto literalmente, reconoce que admite la extinción de la pensión alimenticia si la falta de relación con el progenitor alimentante es imputable, de manera principal y relevante, al hijo mayor de edad, «por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación» (a las que remite el artículo 152.4.<sup>º</sup> CC). De tal forma que, si bien esta «interpretación flexible» de unas causas aplicables *per relationem* —por una remisión legal— resulta idónea para extinguir los alimentos fijados en sede judicial, no es admitida, por el contrario, en el ámbito objetivo natural de tales causas; esto es, en la privación de las legítimas. Así pues, esta paradoja jurisprudencial propiciará un desconcertante y contradictorio resultado: las hijas mayores de edad a quienes, en la anteriormente referida resolución de Santa Cruz de Tenerife, se privó de la pensión alimenticia en vida de su progenitor alimentante, al hacer el juzgador «una interpretación flexible de las causas de desheredación», gozarán de sus derechos como legitimarias cuando aquel fallezca, aun en el previsible caso de no haber recomposto sus relaciones con él.

Enormemente reveladora de las coordenadas en las que se mueve todavía la legítima en nuestro Código Civil resulta la reciente STS de 24 de mayo de 2022 (*JUR* 2022, 194665). A nuestro juicio, en esta resolución se dibujan perfectamente los contornos del irracional escenario denunciado en párrafos anteriores, en cuya virtud los lazos y la solidaridad familiares constituyen conceptos a los que interesadamente se acude en un único sentido, en aras a limitar el derecho de propiedad y la libertad testamentaria. Por el contrario, tales vínculos y solidaridad son completamente obviados por cuanto se refiere al desenvolvimiento de las recíprocas relaciones durante la vida de los mismos protagonistas, en tanto no se haya presentado un escenario de necesidad. Si durante la vida de una persona su «solidaridad familiar» lo vincula únicamente en supuestos de carencia de, por ejemplo, sus descendientes mayores de edad, ¿por qué se amplía irremediablemente tal solidaridad en el momento de su muerte, sin importar si dichos descendientes se hallan en situación de necesidad, y en una medida que supera

con creces «*lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*» (cfr. art. 142 CC) mientras se prolongue la citada necesidad?

Tal y como expone PARRA LUCÁN —catedrática de Derecho civil y magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo—, como ponente de la última sentencia aludida, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, es «preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legítimo y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.<sup>a</sup> del Código Civil». Es decir, que el mero hecho de no existir —en absoluto— relación afectiva o trato familiar no permite, por sí mismo, entender que nos hallamos frente a una de las «causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador»<sup>59</sup>.

En el caso juzgado en dicha resolución, no quedó acreditado ni maltrato de obra ni menoscabo psicológico producido por el comportamiento de las descendientes desheredadas (nietas), si bien resultó evidenciada la total ausencia de relación familiar y afecto. De hecho, esta ruptura familiar se produjo después de numerosos «desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este». En el marco de ese irreconciliable deterioro familiar, la testadora, después de la separación conyugal de su hijo, había desahuciado judicialmente a sus nietas y a la madre de estas, de tal modo que hubieron de abandonar la vivienda que venían ocupando desde su nacimiento. Es decir, en vida de la causante, la etérea —pero, al parecer, ineludible— noción de «solidaridad familiar» no pudo remediar el desahucio de las nietas por su abuela<sup>60</sup>. Sin embargo, la solución se transformó radicalmente al morir la causante, cuya voluntad de desheredar a sus nietas fue declarada nula, con fundamento en las legítimas (esto es, en la referida solidaridad). Así pues, la ayuda que no tuvieron derecho a recibir en vida de su abuela sí pueden exigirla a su fallecimiento, aunque parece evidente que la causante prefería que su patrimonio lo recibiera cualquier persona, salvo sus nietas.

Si analizamos los hechos narrados desde la perspectiva de las nietas, no sería extraño que, en un ejercicio de síntesis, la situación pareciera reducida a una triste cuestión de paciencia; debían aguardar al óbito de la abuela para, aunque ella se opusiera, recibir una parte importante de su patrimonio, pese a que mientras vivía instó —con éxito— su desahucio judicial.

Como agudamente puso de relieve Concepción ARENAL, la expresión «herederos forzados»<sup>61</sup>, que emplea nuestro Código Civil para referirse a los legitimarios, es un «modo de decir significativo, que expresa perfectamente un hecho contra derecho». Ciertamente, resulta paradójica e, incluso, un contrasentido la solución que nuestro ordenamiento jurídico otorga en el caso descrito, tras haber triunfado el desahucio en vida de la causante.

En el lado opuesto de la doctrina, especialmente contundente en su censura a la visión crítica de las legítimas se muestra DÍEZ-PICAZO<sup>62</sup>, al entender que todavía hoy constituyen una plausible «rampa de lanzamiento» de los descendientes. A su modo de ver, esta función económica de la legítima, donde no tienen trascendencia ni el afecto, ni los criterios de merecimiento y necesidad, ha de limitar indudablemente el derecho de propiedad. De hecho, este autor reconoce que, pese a que en la mayor parte de las ocasiones los patrimonios han sido generados y conservados «por el arte y la pericia del causante», tal circunstancia no justifica que sus titulares hayan de tener la facultad de disponer de ellos «libremente». Parece, pues, superar la simple perspectiva de la *Familien solidarität*, para adentrarnos en la contemplación de las relaciones familiares como una vía de forzosa y gratuita financiación al emprendimiento, sin tomar en consideración si los legitimarios precisan tal auxilio o inyección económica. En cualquier caso, nos parece ciertamente cuestionable erigir una draconiana limitación del derecho de propiedad amparada en el deber de soportar económicamente el emprendimiento de ciertos parientes.

Si aceptamos la solidaridad familiar como fundamento para arrebatar a las personas su poder de disposición, y consideramos que el hecho de haber creado un patrimonio no nos da derecho a disponer libremente del mismo, ¿en qué nos apoyamos para no forzar a esos sujetos a hacer cuantiosas donaciones a sus familiares en vida, aunque no lo precisen, con cimiento en esa misma suerte de solidaridad? La donación y la sucesión comparten la naturaleza de actos jurídicos gratuitos, pero, como bien apuntó Concepción ARENAL, «para la donación (...) se necesita la voluntad del donante, y para la herencia [en alusión a la herencia *forzosa*] no»<sup>63</sup>. Esta diferencia cronológica en cuanto a su eficacia (en vida o tras su muerte), ¿justifica, realmente, que para una liberalidad *inter vivos* se exija el consentimiento del propietario de lo donado, mientras que la liberalidad *mortis causa* se perpetra, incluso, contra su voluntad? Aunque sean negocios jurídicos disímiles, en ambos subyace la gratuitad y se hallan estrechamente conectados, de tal manera que resulta difícil justificar tamaña divergencia.

#### IV DESCONEXIÓN DE LAS LEGÍTIMAS CON LAS COORDENADAS ACTUALES

##### 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión no radica, a nuestro modo de ver, en efectuar una aproximación meramente conceptual a la institución de la legítima, e impregnar la discusión de reduccionismo, al limitarse a efectuar una reflexión abstracta y

maniquea sobre la misma: legítima sí, o legítima no. Parece más lógico que el juicio de valor se focalice en el sentido, la necesidad, la justicia y la utilidad de esta figura en la España del s. XXI. No debería centrarse el debate en dilucidar si la *portio debita* ha sido positiva ni en analizar si su imposición durante siglos ha resultado atinada y justificada, y ha satisfecho necesidades dignas de atención<sup>64</sup>. Tal y como certeramente advierte VALLET, la conveniencia o inconveniencia de las normas únicamente puede ser juzgada «con relación al clima moral y social a que se aplica», de tal modo que lo relevante es la reacción que una ley propicia «en el organismo social» al que vincula, y no tanto el juicio teórico que tal norma merece<sup>65</sup>. Y hemos de partir de una premisa inconclusa: el referido clima moral y social es, en esencia, cambiante.

Muchos siglos han transcurrido de riguroso imperio de la legítima en nuestro ordenamiento (no solo los más de 130 años de vigor del Código Civil). Seguramente, resultaba una institución loable y adecuada para la satisfacción de necesidades dignas de tutela hace siglos o, incluso, décadas. Aunque no conviene obviar que, hasta su última época, resultó rechazada en el Derecho Romano, y que en determinados Derechos forales de nuestro país no se instaura tal instituto. Es más, ya nos hemos referido al cuestionamiento doctrinal de la legítima en nuestro país, tanto en el remoto s. XVI como en la época de la Codificación.

Pero, aun si entendiéramos que la legítima gozó del atributo de la oportunidad y que satisfizo necesidades existentes dignas de tutela al ser instaurada en nuestro ordenamiento, es el momento de reflexionar sobre el particular, y preguntarnos hasta qué punto sigue dando cumplida respuesta a las finalidades para las que fue configurada<sup>66</sup>. Como nos recuerda el excelsa jurista, historiador y filósofo del Derecho Helmut COING, la propia Historia del Derecho es conocedora de que los conceptos, sentencias y reglas jurídicas se han construido en aras a solventar concretos «problemas de organización»; así pues, han de comprenderse siempre los orígenes, «y además cuestionar permanentemente si los conceptos tratados son usados en el mismo campo de problemas o si las condiciones de su aplicación práctica y de su función en el ordenamiento total han cambiado». De ello se infiere, según el citado autor, que no cabe preterir o relegar el «significado funcional de la regla»<sup>67</sup>. Hemos de preguntarnos, en definitiva, si como consecuencia de su casi completa falta de modificación, han sufrido las legítimas un proceso de desfiguración, de tal modo que en nada obedece ya su existencia a tan altos propósitos, sino a otros distintos (recordemos que DÍEZ-PICAZO esgrimió su vigente relevancia como «rampa de lanzamiento» para los emprendedores). En íntima relación con esta reflexión, podemos recordar que ALONSO MARTÍNEZ llegó a patrocinar la imposición del régimen de legítimas como barrera frente al socialismo<sup>68</sup>.

En el caso de responder actualmente a otros anhelos, sería razonable deliberar sobre si realmente merecen ser atendidos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de continuar cercenando, con una excepción tan amplia, tanto la autonomía de la voluntad del testador en torno al destino de su patrimonio como la vocación de libertad del derecho de propiedad. Hemos de recordar que se trata de dos de los más relevantes principios generales de nuestro Derecho de Sucesiones y del Derecho Patrimonial.

Según expuso PORTALIS en su discurso preliminar del primer proyecto de *Code Civil*, toda ley nace de un abuso («Toute loi naît d'un abus»)<sup>69</sup>. Por tal motivo, en nuestra opinión, carece de sentido sacrificar el contenido de una norma, y forzar su perenne e irreflexiva pervivencia en el tiempo. En este caso, la legítima germinó para evitar el «abuso» que suponía el olvido de ciertos parientes en una sucesión en aquella época (y así se siguió percibiendo durante numerosos siglos en la mayor parte de nuestro país). Pero el escenario que dio lugar al nacimiento de esta institución se ha transmutado de manera trascendental, especialmente, durante el último medio siglo. Según nuestro criterio, parece una verdad incontrovertible que el Derecho debe servir a la sociedad, y no al contrario.

En este sentido, por ejemplo, la *dos romana* —recibida históricamente en nuestro país como «dote»— respondía a unas necesidades presentes durante decenas de largos siglos. Sin embargo, las circunstancias socioeconómicas, políticas, jurídicas y familiares experimentaron una ineludible y colossal transformación en el último cuarto del s. XX, y al legislador le resultó imposible obviar el nuevo escenario. De tal manera que una figura tan enraizada en nuestro ordenamiento desde tiempos inmemoriales sufrió un lógico e inevitable —pero brusco— destierro, sin añoranzas ni ceremonias.

Estamos absolutamente de acuerdo con GONZÁLEZ PORRAS, cuando asevera que el mundo del Derecho debe ser el mundo de lo útil<sup>70</sup>. De hecho, el ordenamiento jurídico no puede presentarse como un conjunto de normas inamovible, pues son muchas las ocasiones en las que el Derecho transita por detrás de la realidad, y una regulación que no da respuesta a las necesidades de la sociedad que debe regirse por ella no es sino una anomalía que ha de solventarse. Hemos de bosquejar, llegados a este punto, los principales trazos de las coordenadas sociales, familiares y económicas del s. XXI.

## 2. MUTACIÓN DEL ESCENARIO SOCIOECONÓMICO Y FAMILIAR

Incidir en que nuestra sociedad y, en concreto, las relaciones familiares han cambiado drásticamente desde que se introdujeron las legítimas a finales de la República romana, resulta de todo punto innecesario. Tal sentencia

merece, asimismo, tratar de establecer cualquier suerte de parangón con la sociedad visigoda del s. VII<sup>71</sup>.

En realidad, resulta de mayor utilidad, a los efectos de nuestro estudio, volver la mirada a la evolución de la sociedad española de los últimos tiempos<sup>72</sup>. En el marco de esta labor, la fotografía que nos ofrece la Estadística puede resultar especialmente elocuente.

De una primera aproximación al tema se desprende, como apunta MARGARIÑOS<sup>73</sup>, que tanto la casa como las fincas rústicas han perdido gran parte de su valor simbólico como referencia de una familia. Prácticamente, se han extinguido los oficios artesanales y cualificados que se transmitían en el seno de la familia, cimentados en un prolongado y minucioso aprendizaje. En la actualidad, no es común la dedicación laboral o empresarial al taller u oficio de los padres, «de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias». Es una realidad palpable que los progenitores no obtienen la ayuda que en épocas anteriores les brindaban sus hijos en su profesión o empresa. El panorama consolidado hoy resulta diametralmente opuesto: lo habitual es que una porción considerable de los recursos de una persona se destine a la dotación a sus hijos de una «formación independiente y según sus preferencias». Como tangible resultado de lo anterior, en 2017, el 29% de los españoles se situaron por encima de sus padres en la escala social, y más del 45% en relación con sus abuelos<sup>74</sup>.

Si analizamos el contexto inherente al s. XXI, podremos concluir que, lejos de aportar recursos a la economía familiar, lo común es que los hijos no contribuyan en absoluto al «enriquecimiento» de sus progenitores, sino que suponen una carga económica para ellos durante un tiempo considerable. Es verdaderamente frecuente encontrar personas en cuyos hogares aún viven sus hijos mayores de 30 años, a quienes no solo se ha sostenido durante su minoría de edad, sino que también se les ha costeado —directa o indirectamente— su carrera profesional o sus estudios; estos hijos viven en el hogar familiar, donde se les proporciona un alojamiento, comida, limpieza y todos los suministros, sin que cooperen en la satisfacción de la cuota de la comunidad de propietarios o el alquiler, la devolución del préstamo hipotecario, los impuestos inherentes al inmueble, el coste de las reparaciones y obras, la cuantía pagada por los suministros, etc.

Hemos de poner el foco, asimismo, en la relación personal entre parientes, donde también se han verificado sustanciales cambios. La proximidad que ha caracterizado la familia históricamente parece haber dado lugar a otro modelo, en el que la lejanía física y afectiva ha devenido predominante. En ocasiones, estas circunstancias propician la soledad y el abandono de los progenitores de edad avanzada, al contemplarlos como una «carga», o un ingreso en una residencia geriátrica, donde, en lugar de estar integrados afectiva y económicamente con sus parientes más jóvenes, pueden llegar a

verse abocados a un involuntario aislamiento familiar y social<sup>75</sup>. En relación con este aspecto, hemos de observar que el número de personas con una edad superior a 65 años ingresadas en una residencia de mayores se vio incrementado casi en un 25% en un período de tiempo muy corto: desde 2011 a 2019<sup>76</sup>.

Por otra parte, frente a un modelo de familia reconocido y reconocible a lo largo de los siglos, que era el fundado en el matrimonio canónico indisoluble entre hombre y mujer, y en la autoridad y papel preponderante del progenitor varón, hallamos ahora un paisaje profundamente remodelado, donde no cabe hablar de «la familia», sino de un «mosaico de familias» [así se reconoce, entre otras muchas, en la STS de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280); cfr., asimismo, la importantísima STC (Pleno) 11 de diciembre de 1992 (*RTC* 1992, 222)]<sup>77</sup>. La admisión del divorcio en 1981 ha propiciado la existencia, cada vez mayor, de un considerable número de relaciones familiares recomuestas caracterizadas por segundas o sucesivas nupcias, con el consiguiente distanciamiento de los propios descendientes. Mientras que en 1996 los cónyuges que contraían segundas o posteriores nupcias supuso cerca del 6%, en 2019 esta cifra ascendió casi hasta el 20%<sup>78</sup>. Por cuanto se refiere a la custodia de los hijos menores en el caso de divorcio, en el año 2013 las custodias compartidas no llegaron al 18%, mientras que en 2020 superaron el 41%, y en 2021 esta cifra se ha elevado hasta superar el 43% (hemos de recordar que la consagración legislativa de esta modalidad de custodia se verificó con la modificación del artículo 92 del Código Civil en 2005, y los datos han evidenciado que la tendencia es claramente ascendente).

En otro orden de cosas, la incorporación de la mujer al mundo laboral en los últimos 50 años ha sido extraordinaria (solo en los últimos 20 años podemos ver cómo a comienzos de 2002 menos del 38% de la población ocupada estaba formada por mujeres, mientras que a principios de 2022 dicha tasa superaba el 46%; en 1976, suponía un exiguo 28%)<sup>79</sup>.

Además, la celebración de matrimonios ha descendido enormemente en los últimos años (entre 1975 y 2019, se ha reducido prácticamente un 39%), y el matrimonio en forma religiosa ha pasado a ocupar un lugar verdaderamente minoritario (de casi el 71% en el año 2002, a poco más del 16% en 2021)<sup>80</sup>. A ello hay que añadir que se ha retrasado considerablemente la edad a la que se contrae el primer matrimonio (entre 1976 y 2020, se ha retrasado más de 10 años: a los 25 años en 1976, y a los 36 en 2020)<sup>81</sup>; coherentemente con lo anterior, se ha producido un gran retraso en la emancipación de los jóvenes en nuestro país (el porcentaje de jóvenes de entre 16 y 34 años que no está emancipado ha aumentado del 58,1% en 2008 al 65,1% en 2018 —una gran diferencia en solo 10 años<sup>82</sup>—, y en 2020 la edad media de emancipación de los jóvenes en España se retrasó

hasta alrededor de los 30 años)<sup>83</sup>. Asimismo, ello ha desembocado en la postergación del momento en el que se tiene el primer hijo, que en 2021 se situó en los 31 años<sup>84</sup>. De hecho, ha descendido drásticamente el número de hijos que tiene cada española a lo largo de su vida (de los 3,01 de 1964, a 1,24 en 2019)<sup>85</sup>.

Finalmente, no podemos olvidar un aspecto de trascendental relevancia a los efectos de nuestra investigación: la esperanza de vida. En el año 1900 (11 años después de la promulgación del Código Civil), la esperanza de vida al nacer en el hombre en España era de 33,85 años, y de 35,7 años en la mujer<sup>86</sup>. En 2019, estas cifras aumentan hasta los 80,86 años en los hombres, y los 86,22 años en las mujeres<sup>87</sup>. De hecho, en 2020, más del 19% de la población es mayor de 65 años, y supondrá el 26,5% del total en el año 2035, según las previsiones del INE<sup>88</sup>.

Estadísticamente, la riqueza neta va aumentando sostenidamente hasta la jubilación, momento a partir del cual su incremento comienza a ser menor para, pocos años más tarde, comenzar su retroceso<sup>89</sup>. De la combinación de este dato económico con el aumento de la esperanza de vida se desprende, como consecuencia evidente, que al producirse el fallecimiento de una persona, sus hijos deberían hallarse en una posición económica bastante favorable u holgada. En la práctica, son muy frecuentes los casos en los que los hijos se hallan en mejor situación económica que sus progenitores octogenarios jubilados desde hace casi dos décadas. Este panorama lleva a VALLADARES a aseverar que, lejos de servir de modo de transmisión de los medios de sustento familiar de progenitores a descendientes, la herencia representa un mero «bienvenido complemento a la jubilación»<sup>90</sup>. Tal circunstancia se ve favorecida, asimismo, por una realidad sobre la que ya hemos llamado la atención con anterioridad: aproximadamente un tercio de los españoles logra superar a sus progenitores en la escala social.

Tal y como agudamente advierte VAQUER<sup>91</sup>, las transformaciones sociales, económicas y familiares han dado lugar a un escenario paradójico, donde la legítima suele ser percibida en la etapa de mayor riqueza del beneficiado. Esta circunstancia lo lleva a plantear los siguientes interrogantes: «¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional? ¿O, por el contrario, si realmente la solidaridad intergeneracional es el fundamento de las legítimas, debe modificarse el sistema legitimario para adecuarlo a dicha finalidad?».

Todas estas transformaciones, unidas a otras en las que no nos hemos detenido en el ámbito económico, social, político y científico, han propiciado —según GOMÁ— la transmutación de la propia familia, que ha dejado atrás su concepción como «remedio de la necesidad», y representa ahora un «ámbito de libertad» donde priman los intereses y anhelos individuales<sup>92</sup>.

## V. RAZONES PARA PROPONER LA REFORMA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. LA NECESARIA RESPUESTA ANTE DETERMINADOS ESCENARIOS

Desde hace tiempo, los notarios llaman la atención sobre la sensación de injusticia y desamparo que embarga a muchos testadores cuando acuden a sus Notarías con el propósito de otorgar testamento, al ser cumplidamente informados de que el Código Civil les arrebata «a su muerte» el poder de disposición sobre su propio patrimonio del que creían gozar «en vida». Esos testadores, en contra de lo que suponen, tampoco disfrutan de autonomía para disponer de sus bienes y derechos durante sus vidas, ya que las donaciones que libremente hayan ordenado *inter vivos* pueden verse reducidas tras su fallecimiento, por atentar contra las legítimas<sup>93</sup>. Por consiguiente, patrocinar la libertad de testar lleva inherente, indirectamente, preservar la libertad de donar. Hemos de observar que la mayor parte de los donantes y donatarios desconocen, en la práctica, que tal liberalidad pueda llegar eventualmente a ser objeto de reducción.

Así lo evidencia, entre otros, MAGARIÑOS<sup>94</sup>, cuando afirma que en su experiencia como notario ha percibido que lo más habitual es que los cónyuges acudan a la testamentificación con la quimérica intención de dejar todo su patrimonio (normalmente, compuesto por la vivienda, mobiliario, algún vehículo y dinero en cuenta corriente) a su cónyuge. Esto es, a aquella persona con la que estableció, en su día, una comunidad de vida con vocación de permanencia, con cuyas compañía y ayuda ha transitado por su vida, y ha logrado construir el referido patrimonio. Tal ilusión se hace más patente, si cabe, en el habitual caso de encontrarse sus hijos ya emancipados, con su propia pareja e hijos, y con una situación económica más desahogada, incluso, que la del testador. Suele presuponer el causante que nada —o poco— ha de dejar a quien nada precisa.

Es también frecuente, según relata el referido notario, que el causante quiera dejar su patrimonio a aquel de sus hijos que realmente está pendiente de él y «lo cuida», pues los demás descendientes, «ya situados, lo visitan protocolariamente de vez en cuando». Asimismo, se plantean casos en los que no hay hijos en el matrimonio, y uno de los cónyuges quiere dejar a su consorte íntegramente su patrimonio, donde se incluye parte de la vivienda y del negocio erigido conjuntamente por ambos, si bien, al tener ascendientes, el Código Civil constituye un muro infranqueable.

En ocasiones, el testador convive notablemente más con los hijos de un segundo cónyuge que con los suyos propios, y, de hecho, el trato personal con los primeros se acomoda más a la típica relación paterno-filial que con los segundos, que ningún afecto guardan hacia él. Ante este escenario, el

causante suele pretender dejar mayoritariamente su patrimonio a quienes lo han tratado como a un verdadero progenitor durante un tiempo considerable, pese a no serlo, al haber convivido prolongadamente como familia. En estas hipótesis, el actual sistema legitimario del Código Civil únicamente le permitirá atribuirles un tercio del patrimonio, mientras que los restantes dos tercios habrán de ir, forzosamente, a sus hijos, con quienes apenas ha tenido contacto.

También desde el ámbito notarial, GUTIÉRREZ-ALVIZ<sup>95</sup> alerta sobre una posibilidad generada por el propio legislador, al permitir que la esposa, a través de técnicas de inseminación artificial con material genético del marido, dé a luz a un hijo del testador veintiún meses después de su fallecimiento (un año que permite el ordenamiento —*ex* artículo 9.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida—, más los nueve meses de gestación). Tal y como está configurado el sistema legitimario en el Código español, ese hijo tendrá su derecho de legítima sobre el patrimonio de su padre fallecido casi dos años antes de su nacimiento. Al aproximarnos a esta posibilidad legalmente amparada, brotan inmediatamente matices que provocan que hayamos de cuestionarnos si es razonable conceder al recién nacido la condición de legitimario del padre premuerto, cuando se presentan determinadas circunstancias: ¿resulta lógico hacerlo si la madre ha rehecho su vida de pareja, incluso antes de proceder a la inseminación, al ser el nuevo compañero sentimental de la madre quien tratará y criará a ese bebé como a un hijo? ¿qué vínculo indeleble le une con su padre fallecido veintiún meses antes de su nacimiento, más allá del puramente biológico? Desde un punto de vista estrictamente fáctico y objetivo —no jurídico, en el estado actual de nuestro ordenamiento—, cabría considerar que la intervención de su padre resultó en cierto modo parangonable a la del simple donante de material reproductor, de tal forma que en este supuesto resulta muy cuestionable que el fundamento de la legítima se ubique en la celeberrima «solidaridad familiar».

La casuística es bastante más rica, y nos ofrece numerosas hipótesis en las que el Código Civil impone su inclemente y severa regulación en contra de los anhelos del causante, sin importar su voluntad ni si tiene motivos razonables para pretender que su sucesión se estructure de un modo diverso.

En definitiva, frecuentemente resulta una muy ardua labor explicar a un lego en Derecho que no puede decidir el destino del patrimonio que ha generado, con tanto esfuerzo, durante toda su vida. La «enseñanza» que cabe extraer de un sistema legal que impone tales restricciones resulta tan natural, básica y evidente, como exaltadora del individualismo: si alguien tiene motivos para desear que su patrimonio no sea recibido por sus legítimos, habrá de procurar agotar todo lo posible del mismo en vida. En relación con gran parte de lo que no haya consumido carecerá de libertad

de disposición. No obstante, hemos de tener en cuenta que habrá de gastarlo a título oneroso en bienes consumibles y en servicios, pues las adquisiciones de bienes no consumibles y las donaciones efectuadas en vida revertirán finalmente, en parte, en aquellos parientes a quienes no tiene intención de beneficiar.

Esta derrochadora conducta resulta hoy más factible que nunca, dada la virtual erradicación de la milenaria institución de la «prodigalidad»<sup>96</sup> por la Ley 8/2021, de 2 de junio (cfr. el apartado III de su preámbulo); en este sentido, entendemos que se cohonesta mal la referida supresión de la prodigalidad con el pertinaz mantenimiento de las legítimas.

Este escenario resulta desalentador para quien quiera crear un patrimonio importante con su iniciativa y esfuerzo denodado, pues carece de aliciente personal, salvo en el deseable caso de tener una buena relación con los parientes cercanos a quienes dejará un patrimonio importante a su muerte. Sin embargo, ese estímulo familiar también existe en el caso de tener libertad absoluta para testar. En cambio, si no tiene un trato fluido con sus familiares y existen las legítimas, desaparece tal acicate «familiar» (es más, operaría en sentido contrario), y el único «atractivo personal» radicaría en generar riquezas para consumirlas compulsiva e irreflexivamente, de tal modo que consagraría su vida al más crudo egoísmo<sup>97</sup>. Entendemos que tiene razón ROCA TRÍAS<sup>98</sup> cuando afirma que nuestro Derecho de Sucesiones obvia la realidad familiar y social, e incentiva soluciones que obstaculizan la toma de «decisiones económicas racionales».

## 2. EL DERECHO COMO ALGO VIVO Y LA RUPTURA CON LA TRADICIÓN

La intangible y etérea fuerza de la tradición se halla decisivamente presente en el mantenimiento de la regulación de las legítimas en nuestro Código Civil, y parece una pesada losa inquebrantable e inamovible, debido al fuerte valor simbólico que a la regulación de las legítimas atribuye parte de la doctrina. Como advierte VERDERA, en la justificación de la persistencia de las legítimas no se percibe una *ratio*, «sino una historia», que constituye un fundamento jurídicamente inconsistente<sup>99</sup>. A nuestro modo de ver, en realidad, representan un inequívoco símbolo de unas coordenadas socioeconómicas, de una familia y de una concepción de las relaciones familiares absolutamente diversas de las actuales.

Así lo han percibido otros legisladores, al reformar las legítimas y restarles —en mayor o menor medida— relevancia. En nuestro país, tal ha acontecido en ordenamientos sustentados, precisamente, en la «tradición». En este sentido, el legislador catalán ha evidenciado aquello que hemos tratado de plasmar con datos estadísticos: «*la sociedad catalana, como otras*

*del entorno, ha evolucionado y [...] las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación inmediatamente anterior»* (preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Este mismo legislador (en el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) cimienta la reducción de los derechos de los legitimarios en «*la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores»*.

Al tiempo que otros legisladores (incluso, de nuestro país) han comenzado hace algunos años a cuestionar que la tradición se ajuste a las profundamente alteradas características de la sociedad actual, nuestro Código Civil permanece fosilizado en esta materia, más conectado con la sociedad visigoda que con la España del s. XXI<sup>100</sup>.

La tradición no puede constituir un argumento sólido para evitar la modificación de un ordenamiento jurídico; podría ser, a lo más, una razón secundaria o accesoria. De lo contrario, el Poder Legislativo carecería de función, y seguiríamos rigiéndonos por las XII Tablas (que, por cierto, recordemos que contemplaban la libertad absoluta de testar). Una cosa es conocer, respetar y ponderar la tradición, y otra muy distinta es aferrarnos a ella en un tema, además, tan cambiante como la familia. Ciertamente, la familia es «*la única institución social que, de una u otra forma, ha existido y subsistido siempre en la Historia*»<sup>101</sup>, pero es un instituto cuya regulación se ha caracterizado por su volatilidad e inestabilidad; fundamentalmente, desde la Codificación. Es un ámbito del ordenamiento especialmente sensible a la evolución, y —en palabras de CARBONNIER— a la superestructura ética o moral y a la infraestructura social<sup>102</sup>. Baste recordar, por ejemplo, la milenaria institución de la dote, la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital, la admisión del divorcio, la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el reconocimiento de ciertos derechos a las parejas de hecho, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

Sin embargo, si bien el Derecho de Familia constituye, sin ningún género de duda, uno de los sectores de nuestro ordenamiento que mayor evolución ha soportado, el régimen legitimario ha permanecido esencialmente inalterado, con el confesado pretexto de la protección de la familia. Una familia que poco —o nada— se parece a la existente hace más de un siglo<sup>103</sup>.

Con carácter general, ROCA TRÍAS pone de relieve que las instituciones sucesorias resultaron «*pensadas para y por las instituciones familiares*»<sup>104</sup>. En concordancia con esta apreciación, no debemos obviar que, pese a ser una figura sucesoria, el fundamento de la legítima lo ubican sus partidarios

en el ámbito familiar<sup>105</sup>; en concreto, en la *Familiensolidarität* intergeneracional, que resulta pésimamente concebida si sirve de insalvable grillete para cercenar la libertad de testar. Del mismo modo que en Roma no había legítimas hasta que se introdujeron en su última época (en el marco del «*officium pietatis*»), cabría ahora recorrer sin temor el camino inverso<sup>106</sup>.

El Derecho ha constituido tradicionalmente un instrumento de capital utilidad, que ha servido fielmente a la sociedad, al contribuir a asentar y posibilitar sus transformaciones. En cambio, las reticencias en esta materia son, a nuestro modo de ver, exageradas, y se sostienen sin mirar a los ojos a la sociedad actual, con el pretexto de conservar una tradición ya obsoleta e inadaptada al panorama perfilado en el s. XXI. Una sociedad, por otra parte, caracterizada por una imparable heterogeneidad cultural, como directa consecuencia de la creciente inmigración en las últimas décadas, que ha propiciado que en nuestro país tengan su residencia habitual millones de extranjeros y de ciudadanos con doble nacionalidad. Al margen de las transformaciones que, sin ningún género de duda, estas personas han favorecido en nuestra cultura, no podemos obviar el trascendental rol que el *Reglamento Sucesorio Europeo* [«Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo»] confiere a la residencia habitual en un Estado, a la hora de determinar el ordenamiento aplicable a una sucesión. De este modo, el peso de la secular tradición sucesoria puede ver menguada su relevancia, al tiempo que aumentan progresivamente los casos en los que nuestra legislación se aplica a personas con orígenes culturales diversos.

La impresión última que puede dar la actitud recelosa y reacia al cambio es la de configurar las legítimas, sin reconocerlo expresamente, como una institución de Derecho Natural, con cierta proximidad a la concepción patrocinada por un sector doctrinal del Derecho Común (BARTOLO, SOCINO, FULGOSIO, entre otros<sup>107</sup>), y en concordancia con determinadas alusiones efectuadas en las Partidas de Alfonso X<sup>108</sup>.

La inercia no debería ser una opción en relación con las legítimas, cuando el sustrato social que las fundamentaba se ha desvanecido. Como apuntamos con anterioridad, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reconocen explícitamente que ha desaparecido el concepto unívoco de «familia»; por consiguiente, podemos concluir que el sistema legitimario de nuestro Código Civil se funda en una noción trasnochada de la misma, donde se obvian los diversos escenarios afectivos, familiares y económicos que pueden envolver a las personas. Resultaría pernicioso dejarnos guiar por algo tan intangible como el arraigo de la institución, obviar las injusticias

a las que da lugar la legítima, e ignorar las cada vez más numerosas voces que reclaman la libertad de testar. Por otro lado, ese arraigo seguramente sea más doctrinal que social, pues en no pocas ocasiones nos vemos los cívicos empujados a explicar el concepto de legítima a las personas ajenas al mundo de lo jurídico, quienes, a lo sumo, entienden errónea e ingenuamente que pueden desheredar a alguien a su arbitrio, sin alegar motivo alguno<sup>109</sup>.

### 3. BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN LAS SUCESIONES FAMILIARES

Tras tantos siglos de imperio de las legítimas, estimamos que ha llegado el momento de consentir que las personas decidan libremente el destino de su patrimonio, salvo cuando su fallecimiento provoque un importante descenso en el nivel de vida del cónyuge supérstite, o en los casos de necesidad por parte de determinados parientes (v.gr., el menor de edad, la persona con discapacidad), mientras persista tal situación<sup>110</sup>. No obstante, si dichas necesidades están cubiertas de otro modo, parece lógico que el testador pueda conservar su libertad de testar también en estos casos (v.gr., a través de un patrimonio protegido constituido por el propio testador o, incluso, por un tercero)<sup>111</sup>. Por otra parte, quizás uno de los hijos se halle en una situación económica poco holgada y de gran carestía, mientras que el contexto económico del otro se caracterice por la opulencia; en tal caso, lo más ajustado a aquellas pretendidas «moral» y «solidaridad familiar» sería, probablemente, dejar la práctica totalidad del patrimonio —o, incluso, en su integridad— al descendiente afectado por una economía familiar maltrecha, y no al otro. En aras a valorar esta suerte de realidades, así como las conductas de cada uno de sus componentes en relación con la familia como grupo, quien está en mejor posición es, precisamente, el testador<sup>112</sup>.

Con el todavía vigente sistema legitimario no se protege al testador, sino a sus parientes, sin importar si el único interés de estos en relación con sus familiares radica, única y exclusivamente, en su patrimonio. El legislador fraguó el caldo de cultivo idóneo para que los sujetos reciban la mayor parte de los bienes de sus progenitores por el mero hecho de ser sus hijos, pese a no haberse comportado como tales durante la vida de aquellos. En el conflicto de intereses entre el testador y sus parientes más cercanos del que habla ZUBERO al abordar las legítimas<sup>113</sup>, esto es, entre el *dominus* y quienes no lo son, nos resulta llamativo que nuestro legislador todavía hoy se decante ciegamente por estos últimos.

Se acude aún a la noción de la familia como parapeto insalvable tras el que se cobijan seguras las legítimas, pese a que la vida arroja muchos ejemplos donde el empleo del vocablo «familia» constituye un puro tecnicismo sin verdadera consistencia humana ni contenido afectivo o meramente

relacional, y donde las legítimas representan, precisamente, el último y único resollo familiar. En relación con esta cuestión, resulta especialmente certera la terminante frase del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que ya hicimos alusión en un apartado anterior: «No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales»<sup>114</sup>.

Por fortuna, desde un punto de vista estadístico, seguramente las relaciones familiares cordiales, sustentadas en un enorme afecto y cariño, sean las más habituales. En esos casos, rara vez el testador no dejará a sus hijos más, incluso, de lo que les corresponde por legítima<sup>115</sup>, pues, tal y como sentenció PLATÓN, «donde reina el amor, sobran las leyes». Ciertamente, tiene razón CARRASCO cuando afirma que mayoritariamente se cumple la —por él denominada— «ley de la naturaleza», de tal modo que los progenitores suelen dejar su patrimonio a sus hijos, con independencia de la existencia de la legítima de los descendientes<sup>116</sup>. Mas no podemos obviar que los casos de desatención y desinterés por los ascendientes se presentan, lamentablemente, cada vez con una mayor frecuencia<sup>117</sup>. Como directa consecuencia de tal circunstancia, nuestro Alto Tribunal se ha visto forzado a hacer una interpretación extensiva de las causas de desheredación (si bien niega hacerlo, dados los importantes problemas de técnica jurídica que ello plantea), por una evidente razón de justicia material, que se puede encontrar más veces de las deseables<sup>118</sup>. Asimismo, en el marco de la pandemia declarada en marzo del año 2020, se multiplicaron los intentos —exitosos o no— de desheredación, como directa consecuencia del abandono que miles de personas mayores han padecido por parte de sus familiares<sup>119</sup>.

Preservar las legítimas supone desamparar al testador, quien se ve abocado a un reparto patrimonial que potencialmente difiere de su voluntad real, que por lo general no ha resultado captada ni intoxicada, sino que responde inequívocamente a sus concretas circunstancias, que pueden ser penosas. En realidad, el sistema de legítimas únicamente tutela a sus hijos (o ascendientes, en el caso de no tener descendientes), y desdeña por completo al causante.

A pesar de ello, aseveraba ALONSO MARTÍNEZ, de modo lapidario, que la */sic* «naturaleza ha hecho esencialmente iguales á los hermanos, y la hace violencia la ley que les otorga derechos diferentes»<sup>120</sup>. A nuestro juicio, la aplicación indiscriminada de esta solución resulta inicua, ya que coincidimos con la reflexión ofrecida por Joaquín COSTA<sup>121</sup>, cuando denunció que obligar a dejar la misma cuantía a todos sus hijos no es sino una */sic* «igualdad mecánica, algebráica, abstracta, enteramente ilusoria», que vulnera el trato equitativo a aquellos.

Suele proclamarse que lo justo no es dispensar a todas las personas el mismo trato, sino hacerlo con quienes se hallen en las mismas condiciones. Porque otorgar idéntico trato a sujetos que están en situaciones disímiles constituye una enorme injusticia. En suma, es lo que propicia el sistema de legítimas, pues el mismo derecho confiere a un hijo único que cuida y atiende a sus progenitores, que a uno que no conserva relación ni lazo afectivo alguno con ellos (siempre que no llegue al extremo de incurrir en una de las difícilmente alcanzables causas de desheredación). La solución no puede radicar en la institución visigoda de la mejora, que autoriza mostrarse más «generoso» con los descendientes más queridos, ya que, aunque reduce en cierta medida la injusticia, no evita que resulten beneficiados descendientes que quizás nada merezcan; y, como vimos que señalaba Concepción ARENAL en relación con la disminución del número de legitimarios, si bien ello redunda en la reducción de las proporciones del mal, no lo erradica. Por otra parte, obviamente, la figura de la mejora no entrará en juego cuando exista un solo descendiente, así como en el caso de ser legitimarios los ascendientes.

El Código Civil no diferencia escenarios, ni permite al testador distinguirlos, al «petrificar» y convertir absurdamente en idéntico y permanente un deber que la conciencia dibuja como relativo y variable, según explica GINER DE LOS RÍOS<sup>122</sup>. En este inquebrantable marco, la realidad reiteradamente nos muestra innumerables casos de concesión de legítimas estrictas, donde el testador no ha desheredado al legitimario porque, pese a su reprobable actitud, no ha incurrido en una de las rigurosas (y de rígida interpretación) causas de desheredación. Según explica VALLET, el Derecho navarro y el Fuero de Ayala consagran la libertad de testar porque en ellos se presupone que si un progenitor no «deja el caserío» a uno de sus hijos «será por razones muy evidentes o graves»<sup>123</sup>. Compartimos la reflexión del último autor citado, cuando advierte que cuando un progenitor no defiere sus bienes *mortis causa* a sus hijos, habitualmente se debe a la existencia de una «patología en la *pietas familiar*», que no debe ser ficticiamente restaurada por el Derecho<sup>124</sup>.

#### 4. ABANDONO DE LA PERCEPCIÓN DEL TESTADOR COMO PERSONA «INCAPAZ»

Uno de los argumentos que con mayor éxito esgrimen los partidarios de las legítimas es su caracterización como mecanismo infranqueable, en la práctica, frente a la captación de la voluntad de los testadores de edad avanzada<sup>125</sup>. A nuestro modo de ver, tratar al causante como a una persona virtualmente incapacitada con carácter general, supone un atropello conceptual y jurídico. Además, se cohonesta realmente mal con la actual

tendencia a la erradicación de la incapacitación en nuestra legislación, a raíz del Convenio de Nueva York de 2006 y, especialmente, de la Ley 8/2021.

Según nuestra opinión, no parece razonable permitir a las personas celebrar contratos potencialmente poco rentables o perjudiciales, o que carecen de sentido, y, por otra parte, limitar «por su propia seguridad» su libertad de testar (en realidad, por la seguridad de sus legitimarios). En este sentido, por ejemplo, un nonagenario sin carnet de conducir tiene capacidad y poder de disposición bastantes para comprar —quizás con medidas de apoyo— un vehículo deportivo por 120.000 €, cuyo valor disminuirá desde el mismo día en el que sale del concesionario, aun cuando su propia percepción de la vida pueda encontrarse distorsionada. Por el contrario, se priva con carácter general a toda persona de cualquier edad, aun con sus facultades intelectuales intactas, de la facultad de decidir el destino de su patrimonio tras su fallecimiento, con el pretexto de protegerla frente a una eventual captación de su voluntad. Este panorama carece por completo de sentido, especialmente, si tomamos en consideración que mientras que los negocios jurídicos *inter vivos* pueden irrogar un enorme perjuicio a este individuo, su testamento, por definición, jamás podrá menoscabar sus intereses, sino los de sus legitimarios. Gozar de plena libertad para decidir en vida a título oneroso sobre el destino de su patrimonio<sup>126</sup>, y verse amarrado por los rígidos límites delineados por las legítimas parece paradójico, así como una incongruente extensión sobre todos los testadores de un virtual manto de presunción general *iuris et de iure* de falta de capacidad.

Dado que algunas personas pueden ser víctimas de la captación de su voluntad, parece que la solución adoptada consiste en arrebatar la libertad a todos los testadores, pese a que el problema radica en los casos patológicos, que afortunadamente son minoría. Si pretendiéramos ser coherentes con esta desatinada medida de política legislativa, debería también vedarse con carácter general el *ius connubii*, puesto que algunas personas pueden resultar engañadas para contraer matrimonio, cuando el otro contrayente únicamente presenta un interés patrimonial y falta todo afecto conyugal; al menos, a partir de cierta etapa de la vida, o cuando la diferencia de edad entre ambos consortes sea considerable. En definitiva, se propagaría la sombra de la sospecha sobre todos los titulares de cualquier derecho, de tal modo que, en aras a evitar riesgos, la medida escogida sería arrebatar o restringir férreamente el ejercicio de los derechos mismos con carácter general. Tal y como opuso GINER DE LOS RÍOS a los partidarios de las legítimas, vedar la libertad de las personas por temor a la posibilidad de que el testador perpetre abusos «equivale a sustituir una injusticia posible con otra segura»<sup>127</sup>. Lo mismo cabría oponer, según nuestro parecer, frente a quienes patrocinan el mantenimiento de las legítimas con el propósito de impedir la captación de la voluntad del testador.

En realidad, como atinadamente observa MAGARIÑOS<sup>128</sup>, el riesgo de «influencias afectivas» está presente en cualquier ámbito de la vida, de tal manera que en el ámbito testamentario el legislador trata de solventar esta cuestión «con la aplicación generalizada de un instrumento jurídico excesivo e inadecuado», a pesar de que el ordenamiento jurídico contempla «medios equilibrados y apropiados para ello»: v.gr., la indispensable función notarial de asesoramiento y control en la testamentifacción, así como el cauce judicial. En suma, no nos enfrentamos más que a problemas de capacidad y de voluntad viciada, como puede acontecer en cualquier otro tipo de negocio jurídico. Cabría plantear, no obstante, la instauración de un refuerzo del control previo que permitiera asegurar, con mayor certeza, que en el testamento se manifiesta una voluntad libre de todo vicio, si bien únicamente cuando se tratara de personas en situación de vulnerabilidad. El propio ordenamiento jurídico ha ofrecido soluciones *ad hoc* en otros ámbitos, cuya esencia radica, en último término, en situaciones de riesgo paragonables a aquellas sobre las que hemos disertado en los últimos párrafos (v.gr., en materia de adquisición de productos financieros por consumidores).

En definitiva, la legislación debería responder a la contemplación y tutela de los deseos, intereses y necesidades de la mayor parte de los ciudadanos, sin perjuicio de configurar mecanismos singulares y extraordinarios que solventen los supuestos excepcionales<sup>129</sup>.

## 5. LA RELATIVIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA POR EL PROPIO LEGISLADOR

En nuestro Código Civil, el causante resulta prácticamente indiferente, y es reducido a la condición de mero instrumento al servicio de la familia. En este sentido, parece que el vigente régimen legitimario supone la exacerbada plasmación en el ámbito sucesorio de la reflexión que el Emperador romano MARCO AURELIO ofreció en el s. II d.C.: «lo que no es útil para la colmena, no es útil para la abeja». En gran medida, el patrimonio de las personas resulta configurado como familiar por nuestro Código, y no como personal<sup>130</sup>.

A pesar de ello, dentro de las contadas reformas que el sistema de legítimas ha experimentado desde la promulgación del Código Civil, destaca la que permite al testador excluir la atribución de la legítima cuando existan hijos con cierto grado de discapacidad. Así pues, se atenúa la necesidad de dejar a alguien la legítima por el mero hecho del parentesco, y ello puede suponer la apertura de una espita para eliminar la propia legítima *ab radice*. Si se admite obviar la legítima del resto de parientes para atender a los hijos con discapacidad, seguramente quepa dar un paso

más, y prescindir de las legítimas, si bien con su instauración —o de un derecho de alimentos— únicamente cuando existan parientes próximos que las necesiten. Se ha transitado ya la primera parte del camino, que es la trascendental a nivel conceptual y sistemático de política legislativa, y contemplamos una sucesión donde una concreta situación ajena a la conducta del legitimario consiente soslayar su derecho. El peldaño más espinoso ya ha sido ascendido.

Recordemos que en 1981 se introdujo el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, si bien había de ser cimentado en unos concretos motivos legalmente tasados. Pocos años después, en el año 2005, recorrimos legislativamente la senda que separa el divorcio causal de la disolución casi inmediata del vínculo conyugal sin causa. No conviene olvidar nuestra tradición matrimonial y el secular carácter indisoluble de la unión conyugal en nuestro país, que seguramente gozó de un similar o, incluso, mayor y más sólido arraigo que las legítimas<sup>131</sup>. Si nuestro legislador hubiera observado en materia matrimonial la misma conducta que evidencia en relación con las legítimas, el matrimonio seguiría siendo forzosamente canónico, y su indisolubilidad en vida de los consortes constituiría una de sus esenciales características. Las reformas en materia de divorcio hacen patente que el ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible frente a las transformaciones sociales, y, una vez admitido que puede obviarse la legítima cuando existan hijos con determinado grado de discapacidad (para beneficiarlos, *ex art.* 808, párr. 4.<sup>º</sup> CC), no vemos ningún inconveniente insalvable en culminar la evolución legislativa, y admitir que no haya de aducirse una concreta causa para desheredar a un legitimario. No es, en absoluto, un sendero ignoto, pues son varios los ordenamientos donde existe libertad testamentaria, incluso, dentro de nuestro país, y no parece que haya dado lugar a los perniciosos escenarios que presagian los más firmes partidarios del mantenimiento del vigente régimen legitimario.

## VI. LÍNEAS MAESTRAS DE UNA PROPUESTA DE REFORMA

Procedemos, a continuación, a esbozar de modo sucinto los trazos fundamentales de un posible sistema que, a nuestro modo de ver, se ajustaría en mayor medida al contexto y a las necesidades actuales. Asumimos que son numerosas las cuestiones que quedarían por concretar, y lo exponemos con el único ánimo de suscitar una más profunda y minuciosa reflexión que nos guíe, en cualquier caso, a la intensa reforma del actual régimen legitimario.

El punto de partida, desde una perspectiva puramente subjetiva, se hallaría en el reconocimiento de derechos sucesorios a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes.

## 1. DERECHO SUCESORIO CON NATURALEZA ASISTENCIAL A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES

### A) *¿Una opción realmente compleja?*

Con independencia de concebir las legítimas con naturaleza asistencial o alimentaria, en caso de necesidad (a favor de menores, personas con discapacidad, parientes próximos en situación de solicitar alimentos)<sup>132</sup>, si lo que se anhela es proteger las propiedades procedentes de una familia desde tiempos inmemoriales, una posibilidad consistiría en ampliar los supuestos legales de reservas. No obstante, entendemos que, si bien técnicamente sería compatible con la libertad de testar, resultaría sistemáticamente más lógico no incrementar dichas reservas<sup>133</sup>, pues la *ratio* de una eventual reforma habría de estar presidida y guiada por el faro de la autonomía testamentaria.

Como consecuencia de todas las razones hasta ahora expuestas, estimamos que sería deseable bien erradicar las legítimas de los descendientes e introducir un derecho sucesorio de alimentos<sup>134</sup>, o bien, directamente, transformar la propia esencia y naturaleza de la legítima de los descendientes, y dotarla de una naturaleza puramente asistencial o alimentaria<sup>135</sup>.

No falta, no obstante, quien entiende que el sistema de las legítimas previstas para el caso de necesidad, como derecho de alimentos, resulta complejo y puede dar lugar a numerosos pleitos. Efectivamente, esta suerte de régimen exigiría —como atinadamente advierte VAQUER<sup>136</sup>— determinar el momento en el que habría de apreciarse el contexto de necesidad (si al fallecer el causante, o después de cierto tiempo), llevaría inherentes mayores costes de transacción, al propiciar un incremento en las consultas a abogados especialistas, así como una mayor litigiosidad familiar, y forzaría a suministrar pruebas referidas a «detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados».

Hemos de observar que, si bien este sistema implicaría ciertas actuaciones, comprobaciones y cálculos que ahora resultan en parte ajenos al ámbito sucesorio<sup>137</sup>, no constituyen labores distintas de las que procede actualmente desenvolver en materia de derecho de alimentos (como se evidencia, por ejemplo, en los artículos 1368 a 1376 —en especial, en el artículo 1372— del Código Civil Federal de México, donde se contempla un deber de alimentos *post mortem*<sup>138</sup>, en lugar de legítimas) y en los harto frecuentes supuestos de crisis conyugal<sup>139</sup>. Por consiguiente, a nuestro modo de ver, se trata de tareas con las que estamos familiarizados y perfectamente asumibles, de tal forma que no encontramos en ellas razones decisivas para dejarnos caer en la tentación de la simplicidad, con el evidente riesgo de perpetrar y consolidar injusticias.

El sistema actual no se caracteriza, precisamente, por su sencillez, dada la existencia de diversos aspectos que pueden propiciar una con-

siderable complejidad. Procedemos, a continuación, a aludir únicamente a una pequeña muestra de ellos: en primer término, el artículo 818 del Código Civil impone hacer un cálculo con delicadas actualizaciones de valor, como base de todo el sistema legitimario (el celeberrimo *relictum* más *donatum*, que obliga a computar contablemente todas las donaciones hechas a lo largo de la vida del causante a cualquier persona, con el evidente riesgo de obviar algunas de ellas por falta de documentación); no es extraño que, como consecuencia de varias sucesiones forzosas encadenadas en la misma familia, la pequeña y mediana propiedad —las más habituales— se resientan con los nada desdeñables inconvenientes propiciados por un progresivo mayor fraccionamiento del dominio sobre las mismas cosas, que se pueden traducir en malestar, divisiones, gastos, deudas, liquidaciones y ventas que las «enervan y destruyen»<sup>140</sup>; es posible que haya un usufructo vitalicio —en el caso de estar casado el causante—, que frecuentemente constituye un foco de conflictos<sup>141</sup>; hay diversas facultades de conmutar, que exigen cálculos, valoraciones y acuerdos; puede imponerse una sustitución fideicomisaria de residuo, *ex* artículo 808 del Código Civil, si algún legitimario se halla en situación de determinado grado de discapacidad, con los notables inconvenientes prácticos que de tal figura derivan; también en el caso de la discapacidad, habrá de valorarse la necesidad de quien se halle en tal situación y sea conviviente del fallecido, en aras a conferirle un derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la hipótesis contemplada en el párrafo segundo del artículo 822 del Código Civil; resulta imprescindible efectuar la siempre problemática imputación de liberalidades (cfr. arts. 825 y 828 CC); es necesario llevar a cabo la colación, que se presenta como realmente ardua en el caso de donaciones enormemente alejadas en el tiempo, no solo por la insegura actualización de su valor, sino también por la propia demostración de tales liberalidades; será ineludible determinar cuáles son colacionables, y cuáles son meras liberalidades de uso, según las específicas circunstancias económicas de cada familia; las legítimas pueden dar lugar a la reducción de donaciones por inoficiosas, con la dificultad que ello entraña (especialmente, por cuanto atañe a las donaciones realizadas hace muchos años); asimismo, pueden originar la reducción de legados; son frecuentes las cláusulas testamentarias donde se contiene la célebre «cautela socini», u otras que vulneran la intangibilidad cualitativa de la legítima, y, en ocasiones, nuestra jurisprudencia aprecia cierta coacción<sup>142</sup>; en los últimos años, como sabemos, se ha intensificado la confusa interpretación laxa de las causas de desheredación, de tal forma que se ha impregnado el sistema de inseguridad<sup>143</sup>; puede presentarse el espinoso problema de determinar si la preterición de alguno de los legitimarios es o no intencional, para concretar sus efectos<sup>144</sup>; etc.

Como cabe apreciar, el todavía vigente sistema legitimario de nuestro Código Civil presenta innumerables e intrincadas dificultades de orden tanto teórico como práctico. No en vano, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO —así como O'CALLAGHAN, entre otros— reconocen que en torno a casi todos los aspectos de la figura de la legítima, tal y como se halla configurada en el referido texto legal, impera el desacuerdo, la polémica y la diversidad doctrinal<sup>145</sup>. De hecho, es probable que la adopción de un régimen legitimario asistencial coadyuvara a la decisiva simplificación del actual sistema, que se halla colmado de farragosas y embrolladas cuestiones de capital trascendencia<sup>146</sup>, y que hacen que sea una de las materias más litigiosas del Derecho de Sucesiones. En cualquier caso, si es la sencillez lo anhelado, conviene recordar que el genio jurídico desarrollado durante milenios no ha sido aún capaz de concebir un modelo más simple que el reconocimiento de la absoluta libertad de testar, sin siquiera reconocer la legítima en caso de necesidad. Obviamente, esta última solución traería consigo resultados indeseables, como dejar desamparados a los hijos menores de edad o en situación de discapacidad severa.

*B) La legítima alimentaria o asistencial de los descendientes como tertium genus*

En opinión de VAQUER, la concepción de las legítimas para escenarios de necesidad constituye «un choque excesivo con la tradición judicial española en la materia»<sup>147</sup>. Sin embargo, ya hemos hecho referencia a las enormes transformaciones experimentadas en nuestro ordenamiento en materias atinentes a lo más íntimo, a la familia, que se plasmaron pese a que supusieron una ruptura radical con siglos de tradición jurídica (v.gr., la erradicación del deber de obediencia de la mujer y de la licencia marital; la supresión de la *dos romana*, que estuvo en vigor durante largo tiempo en el seno de nuestro Código; la admisión del divorcio; la equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales; el reconocimiento de derechos a las uniones de hecho; la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; la fecundación y consiguiente paternidad *post mortem*; etc).

Se trata, pues, de una mera cuestión de prioridades, esto es, de política legislativa: ¿quién es merecedor de mayor tutela: la persona que ha generado el patrimonio durante su vida, o la que ha aprovechado esos bienes sin contribuir a su crecimiento? El deber de asistencia o solidaridad familiar, ¿se extiende más allá del óbito de las personas, incluso cuando sus familiares no precisen tal auxilio?

En primer término, hemos de establecer como premisa que la antítesis del sistema legitimario del Código Civil no es la concesión de un derecho

de alimentos a los parientes que lo precisen, sino la adopción categórica e incondicional de la libertad de testar. A nuestro modo de ver, resulta más prudente la visión aristotélica de la libertad, concebida como algo no absoluto o ilimitado, que propicia que el ser humano no pueda escoger, sin matices, lo que le plazca (en cierto modo, esta misma idea subyace en ROUSSEAU, cuando asevera: «Quand chacun fait ce qu'il lui plaît, on fait souvent ce qui déplaît à d'autres, et cela ne s'appelle pas un État libre»)<sup>148</sup>. La cuestión radica, naturalmente, en ubicar la frontera infranqueable por la libertad del causante. El egregio filósofo heleno, con carácter general, entendía que los sujetos no pueden tomar decisiones que contravengan lo dispuesto por las leyes de la Naturaleza, ni aquellas que sean nocivas para otros individuos. Mas, según nuestro criterio, concordante en este punto con el manifestado en la Edad Media por el Abad PANORMITANO y por MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat) a mediados del s. XVIII<sup>149</sup>, las legítimas no vienen impuestas por tales leyes naturales, sino por las normas civiles. ¿Acaso se conducen *contra natura* en los diversos territorios —incluso españoles— donde no existen las legítimas? No parece que quepa ofrecer una respuesta afirmativa a tal interrogante, sino que nos hallamos, simplemente, frente a una cuestión de contingente político legislativa.

El reconocimiento de la libertad de decidir el destino del patrimonio propio, pero convenientemente restringida en los casos donde los parientes cercanos precisen auxilio económico en forma de derecho de alimentos, no solo constituye una incontestable plasmación de la tan manida «solidaridad intergeneracional» [cfr., v.gr., STS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562)]<sup>150</sup>, sino también una tercera vía intermedia, un *tertium genus*, que conjuga los dos antitéticos conceptos de «libertad» y «legítimas»<sup>151</sup>.

Lo más oportuno es, generalmente, aproximarse al justo término medio, donde ARISTÓTELES identificaba la virtud («Virtus est medium vitiorum utrumque reductum», expresó ulteriormente HORACIO en sus *Epístolas*). Determinar dónde se halla ese «justo» término medio constituye una tarea de capital relevancia, y a ella hemos de entregar nuestros esfuerzos (establecer el momento para apreciar la necesidad, el grupo de parientes favorecido, el concepto de «necesidad», la duración de los alimentos, la conducta exigible a quien los percibe, etc). En definitiva, como hemos apuntado en párrafos anteriores, ha de desenvolverse la misma labor que se ha desarrollado en otros ámbitos, como puede resultar el del Derecho de Familia (en concreto, en los casos de crisis en matrimonios donde hay hijos menores). En suma, la solución de conferir este carácter asistencial a la legítima gozaría de la misma inspiración que el derecho de alimentos de los descendientes cuando sus progenitores se separan o divorcian: un derecho que perdura mientras sean personas en situación de discapacidad o menores de edad, que cabe

prolongar hasta que finalicen su formación y puedan ser independientes económicamente.

Como certamente esgrime DÍEZ-PICAZO, 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»<sup>152</sup>. Ya expusimos con anterioridad que se cimentó en el *officium pietatis* y, en definitiva, en la indeterminada noción de la «solidaridad familiar». Según observa BARRIO, el deber de alimentos —que hace siglos recorrió el camino que media entre el deber moral y el jurídico— halla sus cimientos en el cariño y en la caridad en el seno familiar, y su génesis y fundamento no dista demasiado de lo que constituyó la legítima. Esto es, no difería mucho del *officium pietatis*, al que resultaba consustancial un concepto «híbrido» entre deber y piedad, y entre responsabilidad y caridad. De hecho, según pusimos de relieve en un apartado anterior de este trabajo, en nuestro país se ha invocado el principio de solidaridad familiar e intergeneracional como fundamento jurisprudencialmente reconocido del deber de alimentos [cfr., entre otras, SSTS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562), 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4443) y 19 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 497)]. El último autor citado apunta que, pese al actual deslinde conceptual entre la legítima y el derecho de alimentos, al compartir antecedentes históricos, cabe admitir «trasvases conceptuales» entre sendas instituciones y plantear, incluso, una futura fusión fructífera entre las mismas<sup>153</sup>. En esta misma línea, MANRESA puso también de relieve los íntimos lazos entre el derecho de alimentos y la legítima, al aseverar que ambas instituciones representan *[sic]* «dos formas distintas de un solo é idéntico deber: el de la *mutua asistencia* entre padres e hijos». Dado que dicho deber de asistencia se satisface con sendas figuras, este último autor no ve dificultad en sustituir la legítima por un derecho de alimentos durante un tiempo determinado: «¿por qué se ha de privar al legislador de la libertad de combinarlas [las instituciones de la legítima y del derecho de alimentos] como mejor le parezca?»<sup>154</sup>.

A lo largo de este trabajo hemos expuesto nuestro firme convencimiento en torno a la radical transformación de las coordenadas en las que despliega su eficacia una institución que, en nuestro ordenamiento, resultó conceptualmente configurada hace aproximadamente catorce siglos. Dado que realidades más antiguas y con mayor arraigo en la intimidad personal, como pueden ser las relaciones familiares, sentimentales o de pareja, han experimentado intensas mutaciones o evoluciones jurídicas a lo largo de los milenios, como directa consecuencia de los formidables cambios sociales, económicos y culturales desenvueltos a través de la Historia, parece evidente que el mismo concepto de legítima —tan ligado, por cierto, a tales relaciones familiares— debe ser replanteado.

No alcanzamos a comprender la tenaz resistencia al desarrollo de una profunda revisión de una institución que, tal y como hemos apuntado, fue ya firmemente contestada en tiempos pretéritos. Especialmente, si tomamos en consideración que podemos hallar ordenamientos donde tradicionalmente no ha existido la legítima, incluso, dentro de nuestro país, de tal forma que resulta obvio que no se trata de una figura ni mucho menos inconcusa. Si hay legisladores en nuestro país que durante siglos han entendido que las legítimas no constituyen un elemento indispensable o idóneo en aras a alcanzar la solidaridad familiar, ¿qué razón impide transformar la esencia de la propia *portio debita*, para dotarla de una nueva configuración, y propiciar que resulte más útil y razonable para atender las necesidades presentes en el s. XXI? No proponemos, siquiera, su total erradicación, pese a que conceptualmente lo vemos posible, sino su honda transformación y el abandono de las señas de identidad de las que —como ponía de relieve DÍEZ-PICAZO— ha gozado invariablemente en nuestro ordenamiento.

Rechazar, *ab radice*, esta solución por su complejidad, y arrojarse a los brazos del continuismo —acaso con una reducción de las cuotas fijas legitimarias— supondría una burda oda y concesión a la comodidad, aun con el evidente riesgo de provocar una íntima sensación de injusticia no solo en el propio testador, sino también en algunos de sus legitimarios. Estos últimos pueden deducir que tienen los mismos derechos legalmente reconocidos que otros parientes que no lo necesitan, o bien no lo merecen por su conducta en relación con el causante<sup>155</sup>.

A nuestro juicio, a diferencia de lo que propugna el *Bundesverfassungsgericht*, el concepto de *Familiensolidarität* únicamente debería franquear la frontera de la muerte y extenderse más allá de la vida del vinculado por aquél, cuando sus parientes se hallaran inmersos en un escenario de necesidad. Si no se verificaran estas circunstancias, parece más razonable la posición de Concepción ARENAL<sup>156</sup>, quien incluye entre los deberes de los progenitores en relación con sus hijos —como algo altamente filosófico y equitativo— «alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo y *estado competente a su tiempo*», mas no «dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos».

Esta autora manifiesta que extrae expresamente tales ideas del catecismo de la Iglesia Católica, y entiende que dicho mandato resulta «claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a los 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 puedan y quieran trabajar con fruto, y sean hombres honrados, dichosos cuanto es posible, y útiles a la sociedad». De todo ello infiere, como colofón, la siguiente sentencia: «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». En parecidos términos se había manifestado,

durante la Ilustración, el jurista y filósofo galo MONTESQUIEU, en su celeberrima obra «*El espíritu de las leyes*», al proclamar: «La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants; mais elle n'oblige pas de les faire héritiers»<sup>157</sup>.

En relación con estas reflexiones de los mencionados pensadores, cabe advertir que el causante destina durante toda su vida, por la función social inherente a la propiedad, gran parte de sus recursos a la sociedad (a través de impuestos), así como a su familia (como consecuencia del deber de alimentos y del levantamiento de las cargas familiares). No parece razonable, pues, que lo poco —o mucho— que le reste después de cumplir pulcramente todos estos deberes como ciudadano y como perteneciente a un grupo familiar, se halle todavía vinculado, en su mayor parte, a un destino legalmente predeterminado. Ciertamente, los réditos de la actividad a la que un sujeto destina la mayor parte de su tiempo (trabajar) revierten principalmente en la Administración y en su propia familia, pues la persona media consume en el levantamiento de las cargas familiares gran parte de los recursos que le restan tras satisfacer cuantiosas tasas e impuestos. A pesar de ello, si pretende distribuir libremente *mortis causa* su patrimonio remanente, soporta el reproche de parte de la sociedad, que lo califica peyorativamente como «individualista» (así lo hace, entre otros, GIL Y ROBLES)<sup>158</sup>. En este sentido, MIQUEL valora a quienes desacreditan la legítima como «ultra liberales individualistas que promueven la acumulación de la riqueza»<sup>159</sup>. En cambio, según PANTALEÓN, los tradicionales argumentos empleados para sostener la libertad de testar resultan paradójicamente antiliberales, pues se ha sostenido que facilita que se conserven unidos los patrimonios familiares, y que vigoriza la autoridad paterna<sup>160</sup>. En este contradictorio contexto, brota espontáneamente un interrogante: ¿acaso son los navarros<sup>161</sup> y los vascos regidos por el Fuero de Ayala sujetos abominables y egoístas exacerbados, por el hecho de gozar de libertad de testar?

Si observamos con frialdad los deberes que a todo ciudadano afectan durante su vida en relación con su patrimonio, y lo unimos a las enormes limitaciones de disponer del mismo *mortis causa*, la tan proclamada presunción de libertad del derecho de propiedad, así como la facultad de disposición que tiene el propietario se nos presentan prácticamente como una entelequia; como un anhelo inalcanzable en nuestro vigente ordenamiento<sup>162</sup>.

En otro orden de cosas, no conviene finalizar este apartado sin poner de relieve que, tal y como observa BARRIO<sup>163</sup>, la contemplación de un derecho sucesorio de alimentos (o legítima asistencial) en lugar del vigente régimen legitimario no supondría una ruptura radical con nuestra propia tradición jurídica. En relación con esta advertencia, es cierto que en el antiguo artículo 845 del Código Civil<sup>164</sup> se disponía: «*Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales, solo tendrán derecho a los alimentos. La obligación del*

*que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad»* (resultó modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Este precepto no era, en absoluto, de nuevo cuño en la época de la Codificación, sino que se hallaba conectado con las Leyes de Toro<sup>165</sup>.

## 2. EL CÓNYUGE VIUDO

Por cuanto al cónyuge se refiere, resulta llamativa la honda preocupación de la que hace gala el legislador en el Código Civil en relación con los consortes cuando la ruptura de su vínculo conyugal se verifica en vida, en contraste con su sobria mirada hacia ellos como viudos legitimarios<sup>166</sup>. Parecen ser concebidos como sucesores de inferior condición, al ser instituidos como usufructuarios de una porción variable, en lugar de como plenos propietarios; dicho usufructo, por otra parte, podría finalmente recaer sobre una parte escasamente fructífera de los bienes y derechos del finado<sup>167</sup>. Tal actitud habría de llevarnos a cuestionarnos si merece una mayor atención el cónyuge cuando deja de serlo en vida, como resultado de una situación patológica del matrimonio, que cuando el vínculo se extingue por la muerte de uno de ellos, y los consortes han mantenido su matrimonio como *consortium omnis vitae*, de tal forma que se han auxiliado y apoyado material y espiritualmente hasta el final de sus días. En otro orden de cosas, el usufructo del viudo puede llegar a ser de escasa entidad si el supérstite fallece poco después que su cónyuge.

Cabría pensar que si bien al legislador le preocupa la subsistencia del cónyuge con menos recursos si el matrimonio se rompe voluntariamente en vida, cuando este se extingue por la muerte de uno de los consortes, lo que le inquieta es que el viudo no se enriquezca y, sobre todo, que no lo hagan los sucesores del supérstite cuando este posteriormente fallezca.

En aras a aproximarnos a la coherencia sistemática, en los casos de fallecimiento de una persona casada, una posible solución radicaría en establecer una suerte de «pensión compensatoria», más que una legítima propiamente dicha, cuando esta muerte coloque al viudo en un nivel inferior al que mantenía en vida del finado. En definitiva, esta compensación trascendería del concepto de mero alimentista por razón de la necesidad (si bien tal escenario también debería ser atendido), pero no concedería un derecho patrimonial incondicional completamente ajeno a las circunstancias económicas tanto del matrimonio como del viudo<sup>168</sup>. De hecho, podemos identificar en nuestro país un ejemplo de este sistema de legítimas conyu-

gales: la *cuarta vidual* catalana (que, en cierta medida, tiene su fundamento en la Novela LIII-cap. VI de JUSTINIANO)<sup>169</sup>.

A nuestro modo de ver, esta solución se compadece, desde el punto de vista lógico y sistemático, con las consecuencias patrimoniales de la ruptura del vínculo conyugal en vida, y con la compensación a la que potencialmente tienen derecho los miembros del disuelto matrimonio: se aproximarían las consecuencias de todas las hipótesis de ruptura del vínculo conyugal. Esta proposición, junto con la concepción de la legítima de los descendientes (y ascendientes) con carácter alimentario, nos llevan a pensar que quizás las respuestas más razonables o justas las ofrezca el Derecho de Familia<sup>170</sup>. Concretamente, las soluciones construidas en el marco de las consecuencias económicas de la separación y del divorcio. No conviene obviar que, a pesar del carácter sucesorio del derecho de legítima, se trata de un instituto jurídico sustentado en el voluble concepto de «familia», que se encuentra íntimamente sometido al impetuoso embate de las transformaciones sociales y culturales.

A nuestro juicio, esta solución tutelaría satisfactoriamente los intereses del cónyuge viudo, quien vería garantizado no descender el nivel de vida del que venía disfrutando durante la vigencia de su matrimonio. Por otra parte, se evitarían situaciones poco razonables, en las que el viudo recibiría «forzosamente» una parte del patrimonio de su cónyuge premuerto, a pesar de gozar de una situación económica considerablemente mejor que la de este.

No obstante, ROCA TRÍAS<sup>171</sup> se muestra contraria, incluso, a esta concepción de la legítima del viudo, pues entiende que este ya ha participado en vida en la riqueza generada constante matrimonio, de conformidad con las normas del régimen económico matrimonial que rigiera dicha unión conyugal, con independencia de si ha contribuido o no el supérstite en la generación de tal patrimonio. No solo en el caso de los regímenes de comunidad (v.gr., gananciales), sino también en las hipótesis de separación de bienes con compensación del trabajo doméstico (cfr. art. 235-5 CC catalán, que confiere dicho derecho, incluso, cuando la extinción del régimen se verifica por el fallecimiento de uno de los consortes). En todo caso, esta autora entiende que no es «moralmente explicable» que quien ha obtenido la mitad de lo adquirido durante un régimen de comunidad, tenga derecho como cónyuge viudo, además, «a una especie de pensión compensatoria en forma de legítima vidual» (solo lo admitiría, eventualmente, cuando la riqueza no tenga su origen en el trabajo de su consorte, sino en bienes ajenos a la comunidad de bienes conyugal, «porque en realidad el régimen de bienes no ha producido la participación del otro cónyuge»).

Por consiguiente, esta construcción erradica toda clase de derecho legítimario, sea cual fuere su configuración, a favor del cónyuge viudo. Si atendiéramos cumplidamente la fundamentación ofrecida por la mencionada autora, la congruencia impondría, paralelamente, la supresión total de la pensión compensa-

toria en las hipótesis de ruptura o relajación del vínculo matrimonial en vida (salvo si la riqueza no procedía del trabajo del otro esposo). No parece lógico negar todo derecho al viudo sobre el patrimonio de su cónyuge premuerto, por el mero hecho de haber recibido ya parte del mismo (común) al liquidarse el régimen matrimonial, mientras se le concede a un esposo una pensión compensatoria en el caso de una crisis conyugal, pese a haber recibido en igual medida parte del patrimonio de su consorte en la consiguiente liquidación. No sería razonable ni justo dispensar peor trato a quien involuntariamente ve roto su vínculo matrimonial por el fallecimiento de su consorte, que a la persona cuyo matrimonio se ha disuelto o relajado como consecuencia de una crisis conyugal que directamente ha hecho desaparecer la *affectio maritalis*. En definitiva, si excluimos la legítima del viudo concebida para evitar la disminución de su nivel de vida, debería también desterrarse la propia institución de la pensión compensatoria en las hipótesis de ruptura o relajación del vínculo matrimonial. Si bien es cierto que en nuestra práctica jurisprudencial son progresivamente más frecuentes los pronunciamientos donde la mencionada pensión resulta muy limitada cuantitativa y temporalmente, y, por lo tanto, la relevancia de tal institución ha decaído de modo sensible, el artículo 97 de nuestro Código Civil supone todavía una barrera infranqueable para su abolición.

En tanto dicho precepto continúa vigente, entendemos que la congruencia no autoriza la eliminación de la legítima vidual, si bien sí consiente su disposición con los referidos tintes compensatorios. En cualquier caso, nada hace presagiar que esta configuración supondría en la práctica un perjuicio para los cónyuges, ya que entendemos que no alteraría la tradicional tendencia en materia testamentaria, en cuya virtud lo habitual es que los consortes anhelen atribuirse recíprocamente lo máximo posible *mortis causa*. En este sentido, el testamento más frecuente actualmente, según pone de relieve el propio Consejo General del Notariado, es el vulgarmente conocido como: «Del uno para el otro, y después para los hijos»<sup>172</sup>.

La transformación de la legítima del viudo en una eventual «pensión compensatoria» no provocaría que los causantes casados obvieran a sus cónyuges en sus testamentos, sino que aquellos continuarían la línea secularmente seguida, y tratarían de dejar lo máximo posible a su consorte. En realidad, si concibiéramos la legítima de los descendientes y ascendientes con carácter alimentario en caso de necesidad, «lo máximo posible» aumentaría de manera sobresaliente<sup>173</sup>.

### 3. ¿DEBE SUPRIMIRSE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIOS DE LOS ASCENDIENTES?

Por cuanto a los ascendientes del finado se refiere, resulta notorio que la mayor parte de la doctrina propugna su exclusión del grupo de legitimarios.

Incluso, muchos de los defensores de la propia institución de la legítima, pese a mostrarse tenazmente renuentes a la honda modificación de nuestras normas atinentes a la sucesión forzosa, acceden a la supresión de su cualidad de legitimarios<sup>174</sup>. Por consiguiente, a tenor de este criterio mayoritariamente defendido, los ascendientes resultarían excluidos del régimen de legítimas, si bien ello no sería óbice para que conservaran el derecho de reversión reconocido en el vigente artículo 812 del Código Civil y, eventualmente, su condición de reservatarios a tenor del artículo 811 del mismo cuerpo legal.

Esta opción de política legislativa no parece incoherente en el marco de las posturas restrictivas o, incluso, supresoras de las legítimas. A pesar de adscribirnos con convicción a dicha línea doctrinal, entendemos que los datos estadísticos que expusimos en un apartado anterior de este trabajo invitan, al menos, a efectuar una reflexión en torno a la razonabilidad y conveniencia de prescindir de los ascendientes en el elenco de legitimarios. En este sentido, según apuntamos, la Estadística evidencia que, lejos de beneficiarse del trabajo y de la contribución económica de sus descendientes, es muy habitual que los progenitores sostengan y costeen los estudios y la carrera profesional de sus hijos más allá de los treinta años. Así pues, el esfuerzo de los progenitores supera con enorme amplitud la barrera de la mayoría de edad de sus hijos.

Tal circunstancia provoca que nos cuestionemos si la completa supresión de los ascendientes del sistema legitimario resulta razonable, incluso, cuando se hallan en situación de necesidad. A nuestro modo de ver, el referido sacrificio por procurar formación a los hijos (en palabras del legislador catalán en el preámbulo de la Ley 10/2008 transcritas en un apartado anterior) y por sostenerlos mucho más tiempo del legalmente exigible, se compadece mal con su exclusión como titulares de un derecho en la sucesión de sus descendientes cuando se encuentran en situación de necesidad. Por consiguiente, entendemos que habría de configurarse una legítima similar a la que proponemos para los descendientes, es decir, con naturaleza asistencial.

No obstante, en nuestra opinión, este derecho de los ascendientes en la sucesión de un descendiente no debería gozar de virtualidad en el caso de haber otros alimentantes vivos (*ex art. 143 CC*) y con posibilidad económica de prestar alimentos. Por lo tanto, esta suerte de derecho sucesorio tendría carácter subsidiario. En la práctica, consideramos que, así configurada, la legítima de los ascendientes gozaría de poca trascendencia, pues debería agotarse primero la vía del derecho de alimentos *inter vivos* regulada en nuestro Código (cfr. arts. 142 y sigs. CC). Asimismo, si bien es cierto que no podemos (ni debemos) obviar los casos de situación económicamente angustiosa de algunas personas mayores, también es patente que resulta bastante habitual que las personas con edad avanzada hayan satisfecho ya por completo el precio de su vivienda, y sean beneficiarias del sistema de

previsión social, de tal forma que sus necesidades se encuentran satisfechas. De este modo, para que entrara en juego la legítima de los ascendientes que proponemos, habrían de concurrir las dos circunstancias: la situación de necesidad no cubierta por el sistema, y la inexistencia de alimentantes vivos y con posibilidad económica de prestar alimentos.

Por lo tanto, este tipo de legítima tendría una virtualidad práctica bastante limitada, sin necesidad de arrebatar la condición de legitimarios a los ascendientes, mientras que, por otra parte, no dejaría abandonados a su suerte en caso de necesidad a esos ascendientes que, a tenor de los datos estadísticos, seguramente habían destinado una parte muy importante de su esfuerzo al sostenimiento y formación del descendiente causante durante más años de los exigibles. El deber de alimentos se extingue, en virtud de lo preceptuado en el artículo 150 del Código Civil, «*con la muerte del obligado*», de tal modo que un ascendiente que carezca de otros potenciales alimentantes, quedaría absolutamente desamparado si no le reconocemos un derecho de alimentos en la sucesión de su descendiente.

En el caso de concurrir con los descendientes y con el cónyuge viudo del causante, entendemos que lo más adecuado sería aplicar un sistema parcialmente inspirado en el trazado por nuestro legislador en el tercer párrafo del artículo 145 del Código Civil, en sede del deber de alimentos (*inter vivos*), aunque con ciertas diferencias. No debería tratarse, por consiguiente, del exacto trasunto *post mortem* del derecho de alimentos *inter vivos* regulado en los artículos 142 y sigs. del Código Civil.

En primer término, según nuestra propuesta, si el patrimonio del causante resultara bastante, podrían exigir su legítima asistencial, al mismo tiempo, tanto los descendientes como los ascendientes que se encuentran en situación de necesidad, siempre que no gocen de otro modo de atender tales carencias. En esta misma línea, PANTALEÓN —firme partidario de las *legítimas de alimentos*— estima que estas deberían gozar del contenido y cuantía que se recogen en los artículos 142 y 146 del Código Civil, y que la de los descendientes no excluiría forzosamente el derecho alimentario de los ascendientes<sup>175</sup>. Incluso, si el caudal relicito todavía lo permitiera, también debería poder solicitar el cónyuge viudo la compensación *mortis causa* que hemos propuesto en el apartado anterior. Es decir, nos parece más lógico atender, en primer término, las situaciones de penuria de los descendientes y ascendientes, si el patrimonio del causante no admitiera la plena satisfacción de las mismas y de la eventual compensación al consorte supérstite. Pero, ¿qué ocurriría si el cónyuge viudo se hallase, asimismo, inmerso en un escenario de severa insuficiencia patrimonial, y no en un mero descenso de su nivel de vida anterior? A nuestro modo de ver, si carece de otra vía para solventar tal situación, debería también poder exigir su derecho sucesorio asistencial, con preferencia, en todo caso, sobre los ascendientes del

causante. En las hipótesis de coincidencia de la situación de necesidad del viudo y de los descendientes, entendemos que lo razonable sería dar preeminencia, con carácter general, al cónyuge; si bien, en similares términos a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 145 del Código Civil, si la necesidad del viudo concurre con la de un hijo sujeto a la patria potestad o —añadimos— en una situación de discapacidad considerable, debería considerarse preferente el derecho de este último.

En suma, si el patrimonio puede atender tanto la situación de necesidad de los descendientes y de los ascendientes que no pueda ser resuelta por otra vía (v.gr., por el derecho de alimentos de los arts. 142 y sigs. CC), como la compensación del cónyuge que ha empeorado en su nivel económico como consecuencia de haber enviudado, debería afrontarlo. En el caso de no haber suficiente caudal relicto para cubrir dichos derechos, únicamente habrían de cubrirse los estados de necesidad, y, solamente si hubiera un excedente, satisfacer en lo posible la compensación a la que pudiera eventualmente tener derecho el viudo. En relación con los contextos de estricta precariedad e insuficiencia, hemos precisado que lo razonable sería que se trataran de cubrir, con carácter prioritario, las necesidades de los hijos sometidos a la patria potestad o que se hallen en una situación de discapacidad importante. A continuación, habrían de ser atendidas las del consorte viudo; posteriormente, las del resto de descendientes, y, en último lugar, las de los ascendientes. En cada uno de estos dos últimos casos, habrían de gozar de primacía los de grado más próximo sobre aquellos cuyo parentesco sea más lejano.

## VII. COLOFÓN

Pese a que, como hemos evidenciado, había voces autorizadas que cuestionaban la institución legitimaria ya en siglos anteriores, en el momento actual es realmente sencillo constatar lo obvio: las coordenadas han variado sustancialmente en nuestro país, y no lo han hecho en un sentido favorable a las legítimas. Incluso, los más firmes defensores de esta figura llegan a admitirlo, y un sector importante de ellos contempla la posibilidad de abordar la modificación de su regulación en el Código Civil, a imagen de lo que ha acontecido en otros ordenamientos. Hemos de recordar, una vez más, la libertad de testar que existe ya en algunos territorios españoles (Fuero de Ayala y Navarra), que nos enseñan que poco hay que temer.

Naturalmente, es posible no mostrarse satisfecho con los cambios experimentados en la sociedad y, como efecto directo de ello, en la familia; cabe apreciar, en esta línea, que son numerosas las personas que sienten cierta añoranza por algunas de las señas de identidad o circunstancias inherentes

tanto a la sociedad como a la familia de hace treinta o cuarenta años. Pero resulta de todo punto inconcebible negar tales transformaciones. Como consecuencia del nuevo escenario, tampoco parece tener sentido rehusar la necesidad de modificar el régimen de legítimas de nuestro Código Civil. Ni tan siquiera postergar su reforma.

Sin embargo, nuestro legislador sigue dando muestras de desidia y de una exasperante inercia, de tal forma que consiente la pervivencia de un régimen milenario desfasado y actualmente injusto, en un flagrante incumplimiento de la labor que se le ha confiado mediante lo que ROUSSEAU denominó el «contrato social»<sup>176</sup>. Sin ningún género de dudas, nos hallamos frente a un régimen obsoleto en nuestro Código Civil, cuyo vigor no descansa ya en una incontrovertible *opinio iuris*, sino que carece del respaldo social que debería precisar la «plena juridicidad sustantiva de una norma jurídica»<sup>177</sup>. No podemos desdeñar la concepción del Derecho como «el arte de lo justo» —o equitativo—, definido por CELSO (y asumido por ULPIANO; D. 1, 1, 1) como «*ars boni et aequi*».

## VIII. CONCLUSIONES

I. La autonomía privada de la voluntad constituye uno de los cimientos del Derecho Privado, como institución estrechamente vinculada a la propia idea de «libertad». Su plasmación en el ámbito sucesorio se halla representada por la autonomía testamentaria. No obstante, las restricciones al testador impuestas en el Código Civil español son numerosas y vigorosas, de tal modo que resulta quimérico hablar de autonomía testamentaria. Históricamente, las legítimas han representado la limitación más importante en el marco del *Civil Law*, mas, pese a su eventual idoneidad a lo largo de numerosos siglos, no parece coherente mantener tamaña restricción a la voluntad *mortis causa* en una época en la que se trata de dotar al individuo del mayor abanico posible de libertades personales.

II. La legítima no es un instituto de Derecho Natural, y ha sido fuertemente contestada a través de los siglos; por ejemplo, emergieron elevados debates en torno a esta figura en la época del *ius commune*, así como durante la Codificación. En los últimos tiempos se ha intensificado la polémica sobre esta controvertida figura, y hallamos el caldo de cultivo propicio para un profundo replanteamiento de esta materia. Incluso, a dicha labor se instó desde el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación en 2019.

III. La Historia actúa siempre de maestra, para bien o para mal, pero ello no debe hacernos sentir perennemente atados por las razones y soluciones sabiamente perfiladas hace siglos. De hecho, la legítima surgió en

una época tardía del Derecho Romano, sustentada en el *officium pietatis*, tras una tradición secular de libertad testamentaria. El sistema legitimario de nuestro Código Civil es el producto de un largo proceso de decantación de materiales jurídicos históricos de raigambre romana, germánica y canónica. Aunque ha habido lógicas y necesarias reformas posteriores, las líneas maestras de nuestro régimen de legítimas fueron culminadas por los visigodos en el s. VII.

IV. Las legítimas no tienen, en nuestro país, fundamento constitucional (ni en el artículo 33.1 ni en el artículo 39 CE). En caso contrario, el Derecho navarro y el Fuero de Ayala resultarían inconstitucionales, al consagrarse la libertad de testar.

V. La mera reducción del número de sucesores forzados o de la cuantía de las legítimas supondría un simple retoque cosmético, pues haría que el mal tuviera menores proporciones, pero seguiría presente.

VI. La protección de la familia, así como la solidaridad familiar e intergeneracional son tradicionalmente aducidas como fundamento de las legítimas. Sin embargo, sus patrocinadores parecen olvidar la ineludible exigencia de esos mismos cánones a los legitimarios en vida del causante. Obviar esta reciprocidad supone, en realidad, patrimonializar impudicamente las relaciones familiares, y alejar la noción de «familia» de la delineada por las concepciones éticas o morales que coadyuvaron al nacimiento y mantenimiento de las propias legítimas. No hay razón de justicia ni de eficiencia que justifique que una persona tenga derecho a exigir parte de un patrimonio en contra de la voluntad de su titular, única y exclusivamente, por ser un pariente próximo, aun cuando no se halle en situación de necesidad. Las legítimas, tal y como están todavía configuradas, solamente defienden el *nomen* de la familia, pero no su sustancia y esencia, ni la *pietas* que las engendró. De tal manera que la familia queda reducida a un mero título para heredar bienes y derechos, como tristemente sucede con frecuencia en la práctica sucesoria.

VII. Nuestro Alto Tribunal admite la extinción de la pensión alimenticia (judicialmente fijada en un proceso matrimonial) como consecuencia de la ausencia de relación con el progenitor alimentante, cuando tal circunstancia es imputable principal y relevantemente al alimentista mayor de edad. Y lo lleva a cabo «por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación», a las que remite el artículo 152.4.º del Código Civil para fundar el cese de la obligación de dar alimentos. Sin embargo, la jurisprudencia no aplica esa misma elasticidad en el ámbito objetivo propio y natural de esas «causas de desheredación», y no consiente la privación de la legítima en un escenario idéntico: cuando la inexistencia de relación es atribuible al sucesor forzoso (a diferencia de lo que acontece en el Código catalán).

VIII. El debate no debe girar en torno a la propia noción abstracta de la *portio debita*, o a su idoneidad y oportunidad a lo largo de los siglos, sino en relación con el sentido, necesidad, justicia y utilidad de esta figura en la España del s. XXI. No cabe, pues, relegar lo que COING denomina el «significado funcional de la regla»; en nuestro caso, de las legítimas.

IX. La fotografía que brinda la Estadística es elocuente, y evidencia las drásticas mutaciones experimentadas en las últimas décadas. En este sentido, se constata que los hijos ya no contribuyen al enriquecimiento de sus progenitores, sino que suponen una carga económica durante un tiempo considerable. Asimismo, de la familia fundada en el matrimonio religioso indisoluble entre hombre y mujer, donde el papel preeminente correspondía al progenitor varón, se ha transitado a un «mosaico de familias». La evolución de la esperanza de vida al nacer y de la riqueza neta a lo largo de los años, así como el hecho de ser frecuente que los hijos superen a sus ascendientes en la escala social, propician que sea cuestionable que las legítimas sigan respondiendo a la solidaridad familiar o intergeneracional.

X. La práctica notarial refleja que los testadores frecuentemente se ven amarrados por las férreas cadenas de las legítimas, de tal forma que confeccionan un testamento que no se corresponde con su voluntad, pues se ven forzados a dejar una parte considerable de su patrimonio a parientes que no lo precisan, y con los que carecen por completo de relación o, directamente, la misma es pésima. Resulta imprescindible dar respuesta a determinados escenarios poco razonables.

XI. El estado actual de nuestra legislación constituye un desaliento al ahorro y a la actividad económica, así como una invitación al derroche y al egoísmo del testador, cuando la conducta de los legitimarios no les haga merecedores de sus derechos sucesorios.

XII. En la justificación habitual de la pervivencia de las legítimas no parece encontrarse una *ratio*, sino la tradición, que supone un fundamento jurídicamente fútil. Aunque la propia noción de familia y el Derecho de Familia han evolucionado decisivamente, el régimen legitimario ha experimentado pocas modificaciones, con el paradójico pretexto de tutelar la familia.

XIII. Cuando las relaciones familiares son correctas, es excepcional que el progenitor no deje a sus hijos más, incluso, de lo que le impone el ordenamiento (PLATÓN: «donde reina el amor, sobran las leyes»). Resulta injusto dispensar el mismo tratamiento legal a quienes no se hallan en la misma situación ni se han comportado de modo parangonable en relación con el causante.

XIV. Limitar la libertad testamentaria indiscriminadamente para proteger a los testadores cuya voluntad puede ser captada supone cercenar la libertad de todos como consecuencia de los minoritarios casos patológicos, que, por otra parte, no aparecen únicamente en materia testamentaria. No

debemos presumir *iuris et de iure* que todo testador es una persona débil y carente de capacidad.

XV. Ha llegado el momento de transformar las legítimas para dotarlas de un carácter asistencial en caso de necesidad, o bien de erradicar las legítimas e instaurar un derecho de alimentos *post mortem*. Entre el implacable régimen de legítimas vigente y la absoluta libertad de testar, parece que la opción más razonable podemos hallarla en este *tertium genus*, que supone un término medio. No podemos obviar que las legítimas y el derecho de alimentos comparten antecedentes históricos, y que sus fundamentaciones son muy próximas.

XVI. Las complejidades inherentes al sistema de concesión de la legítima en caso de necesidad no son desconocidas por nuestro ordenamiento, ya que los conceptos y las operaciones que han de llevarse a cabo resultan muy similares a las que podemos hallar en los frecuentes casos de crisis conyugal. El Derecho de Familia puede ofrecernos las soluciones más adecuadas. Por otra parte, el vigente régimen de legítimas se caracteriza, precisamente, por su elevada dificultad técnica y por los innumerables aspectos intrincados que lo rodean.

XVII. Durante toda su vida, el causante destina la mayor parte de sus recursos a la sociedad (v.gr., impuestos) y a su propia familia (v.gr., levantamiento de las cargas familiares). No parece razonable que la mayor parte de lo que le reste, tras cumplir escrupulosamente aquellos deberes, se halle vinculado a favor de ciertos parientes, aunque no lo necesiten ni hayan tenido un comportamiento correcto hacia el causante.

XVIII. El Derecho de Familia ofrece una solución que podría ser idónea en el caso del cónyuge viudo, de tal forma que se aproximarían las consecuencias de la ruptura del vínculo matrimonial en vida y por la muerte de uno de los consortes. Tal respuesta radicaría en la concesión de una suerte de «pensión compensatoria» si el cónyuge viudo se hallare en un nivel económico inferior al que mantenía en vida del causante. Esta solución es acogida en el Derecho catalán (la *cuarta vidual* que, en cierto modo, tiene su cimiento en JUSTINIANO).

XIX. Pese a que la mayor parte de la doctrina —incluso muchos de los defensores de la pervivencia de las legítimas— sostiene que los ascendientes no deberían gozar de la condición de legitimarios, a nuestro juicio, habrían de conservar tal posición, si bien como titulares de un eventual derecho sucesorio de naturaleza asistencial en caso de necesidad. Son razones de justicia y coherencia las que nos mueven a proponer tal medida de política legislativa, en una época en la que la Estadística hace patente que los progenitores, lejos de beneficiarse del trabajo y de la contribución económica de sus hijos, suelen sostenerlos y costear su formación más allá de los treinta años.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 31 de mayo de 1981 (1980, 2724)
- STC (Pleno) de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 222)
- STS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562)
- STC de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) 19 de abril de 2005
- STS de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280)
- STS de 21 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1635)
- STS de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)
- STS de 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4443)
- STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1596)
- STS de 19 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 497)
- SAP Navarra (Sección 3.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2020 (*AC* 2020, 1782)
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>) de 17 de marzo de 2022 (*JUR* 2022, 220648)
- STS de 24 de mayo de 2022 (*JUR* 2022, 194665)

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MARTÍNEZ, M. (1884). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Establecimiento tipográfico de P. Núñez.
- ALONSO PÉREZ (2001). El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo. En: E.M.<sup>a</sup> Martínez Gallego (coord.), *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 11 a 30.
- (2015). Reseña bibliográfica a *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*, de T.F. Torres García y M.<sup>a</sup> P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015, Varia, 177 a 192.
- ARENAL, C. (1895). La cuestión social. Vol. II (Cartas á un señor). En: *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal*, T. VIII. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Ed. Dykinson.
- BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> edic. alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. Lacruz Berdejo. Barcelona: Ed. Labor.
- CADAFALCH Y BUGUÑÁ, J. (1862). *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?*, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid: Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos.
- CAÑIZARES LASO, A. (2014). Legítimas y libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 245 a 269.

- CARBONNIER, J. (1961). *Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares*, traducción de la 1.<sup>a</sup> edición francesa por M. M.<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz. Barcelona: Ed. Bosch.
- CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te ‘ningunean’ tus hijos? ¡Desherédalos! *AJA*, núm. 896/2014, Opinión [En línea], BIB 2014\4447, disponible en <https://insignis-aranzadigital-es>.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, vol. 2.<sup>o</sup>, 8.<sup>a</sup> edic., revisada y puesta al día por J. Batista Montero-Ríos, J.M.<sup>a</sup> Castán Vázquez y J.B. Vallet de Goytisolo. Madrid: Ed. Reus.
- CICERÓN, M.T. (1849). In Verrem. En *Opera omnia*, T. III. Leipzig: Sumtibus et Typis Caroli Tauchnitii.
- COING, H. (2019). *El sentido del Derecho y otros escritos*, edición al cuidado de C.A. Agurto González, S.L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca, trad. esp. por A. Merchán Álvarez. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- COSTA MARTÍNEZ, J. (1883). La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 11. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia. *RCDI*, vol. 734, noviembre-diciembre de 2012, 3149 a 3194.
- DE AZCÁRATE GÓMEZ, G. (1883). Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa. T. III, Estado actual del derecho de propiedad en Europa. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 12. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2011). El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-303, 18 de julio de 2011 [En línea], disponible en <https://diariolaleylaleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1CTEAAkMzU1NzM7Wy1KLizPw8WyMDQ0MDcwNTkEB mWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOk4rjc1AAAWKE#I33>.
- DESCARTES, R. (1904). *Meditations et Principes*. En: *Oeuvres de Descartes*, publiées par Charles Adam & Paul Tannery, traduction française, T. IX. París: Léopold Cerf, Imprimeur-Éditeur.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2015). Reseña bibliográfica a *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*, de T.F. Torres García y M.<sup>a</sup> P. García Rubio (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014). *ADC*, T. LXVIII, fasc. II, 555 a 562.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*. Madrid: Ed. Reus, Madrid.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima? En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 451 a 478.

- FUNDACIÓN BBVA (2019). La emancipación de los jóvenes en España. *Esenciales Fundación BBVA-Ivie*, núm. 32/2019 [En línea], disponible en [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA\\_Esenciales\\_32.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA_Esenciales_32.pdf).
- FUNDACIÓN «LA CAIXA» (2021). Estado del bienestar, ciclo vital y demografía, Indicadores sobre economía intergeneracional. *El Observatorio Social*, Dossier 10, noviembre de 2021, 16 [En línea], disponible en [https://elobservatoriosocial.fundacionlaicaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10\\_CAST%20%2823%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2](https://elobservatoriosocial.fundacionlaicaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10_CAST%20%2823%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2).
- GACTO FERNÁNDEZ, E. (1984). El marco jurídico de la familia castellana: Edad Moderna. *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 11, 37 a 66.
- GAGO SIMARRO, C., y ANTUÑA GARCÍA, P. (2021). La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?. *RCDI*, vol. 784, marzo-abril de 2021, 1208 a 1240.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. II, Apéndice núm. 7. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial.
- GIL Y ROBLES, E. (1902). *Tratado de Derecho Político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, T. II. Salamanca: Imp. Salmanticense, á cargo de B. de la Torre.
- GINER DE LOS RÍOS, F., y CALDERÓN Y ARANA, A. (1926). Resumen de Filosofía del Derecho. Vol. II. En: *Obras completas de Don Francisco Giner de los Ríos*, T. XIV. Madrid: Imprenta de Julio Cosano.
- GOERLICH GISBERT, F.J., y PINILLA PALLEJÀ, R. (2006). Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística. *Documentos de Trabajo*, 11, Fundación BBVA, 1 a 35.
- GOMÁ LANZÓN, I. (2019). ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 61 a 76.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *RCDI*, vol. 775, septiembre-octubre de 2019, 2603 a 2624.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2002). Notas a BIONDI, B. *Las servidumbres*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> edic. y notas por J.M. González Porras. Granada: Ed. Comares.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P. (2009) La legítima no es intocable. *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 24, marzo-abril 2009, n. 3 [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>.
- KANT, I. (1785). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Sechste Auflage. Leipzig: Verlag von Felix Meiner [En línea], disponible en [https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung\\_zur\\_Metaphysik\\_der\\_Sitten.pdf](https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung_zur_Metaphysik_der_Sitten.pdf).
- LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, 3.<sup>a</sup> edic., ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por J. Vicente y Caravantes. Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores.
- LÓPEZ PEDREIRA, A. (2015). Legítimas o libertad para testar: una reflexión desde el Derecho romano. En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dir.), M.<sup>a</sup>M.

- Heras Hernández (coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 981 a 996.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Defensa de la libertad de testar. En: *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, T. XXVIII, conferencia pronunciada el 12 de Junio de 2017 en el Acto de clausura del Curso Académico 2016/2017. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 235 a 256.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.<sup>a</sup> (1911). *Comentarios al Código Civil español*, T. VI. 4.<sup>a</sup> edic. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- MERLINO, M. (1626). *De legitima. Tractatus absolutissimus*, Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 5. Venecia: Haeredem Damiani Zenarij.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.<sup>a</sup> (2014). Reflexiones sobre la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 983 a 1001.
- MONTESQUIEU (1844). *Esprit des lois*, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan, etc. París: Librairie de Firmin Didot Frères.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). Comentario al artículo 814 del Código Civil. En: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.<sup>a</sup> edic. Madrid: La Ley.
- (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, núm. 8592, Sección Columna, 29 de julio de 2015 (LA LEY 3814/2015).
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2003). Legítimas de alimentos. *Escritura Pública*, núm. 21, mayo-junio 2003, 13.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup>Á. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 481 a 554.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1131 a 1153.
- POE, E.A. (1899). Eureka: an essay on the material and spiritual universe. En: *The Works of Edgar Allan Poe*, Standard Edition, Vol. III, Poems and Essays. Londres: John H. Ingram, A. & C. Black.
- PORTALIS, J.E.M. (2004). *Discours préliminaire du premier Projet de Code civil*, discurso pronunciado el 21 de enero de 1801. Burdeos: Éditions Confluences.
- ROCA TRÍAS, E. (2014). Una reflexión sobre la libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1245 a 1266.
- (2020). La libertad de testar: entre Constitución y familia. *AFDUAM*, núm. 24, 13 a 46.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho de Sucesiones*, T. II, 2.<sup>a</sup> edic. Barcelona: Ed. Bosch.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> E. (2016). Legítimas y libertad de disposición del causante. *Diario La Ley*, núm. 8865, Sección Doctrina, 17 de noviembre de 2016 (LA LEY 8637/2016).

- ROUSSEAU, J.J. (1762). *Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey.
- (1764). *Lettres écrites de la montagne*, Vol. 2, Huitième Lettre. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey.
- RUBIO GARRIDO, T. (2019). Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima. En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 141 a 161.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, Derecho de Sucesión («mortis causa»), 2.ª edic. Madrid: Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra».
- SÉNECA, L.A. (54-55). *De clementia*, Lib. XIV, 1 [En línea], disponible en <https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.clem.shtml>.
- SILLERO CROVETTO, B. (2021). Desheredados en tiempos de pandemia. *RCDI*, vol. 785, mayo-junio 2021, 1781 a 1814.
- TORRES GARCÍA, T.F. (2006). Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema). En: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 173 a 227.
- (2017). La necesaria reforma del Derecho de Sucesiones. En: R.M.ª Moreno Flórez (dir.), *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico*. Madrid: Ed. Dykinson, 11 a 28.
- TORRES GARCÍA, T.F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). La legítima en el Código Civil (I). En: T.F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 21 a 86.
- TORRES GARCÍA, T.F., y GARCÍA RUBIO, M.ªP. (2014). *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*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- VALLADARES RASCÓN, E. (2004). Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 4893 a 4902.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1955). Apuntes de Derecho Sucesorio, III. Atribución de la legítima por actos intervivos (conclusión). *ADC*, Estudios Monográficos, vol. 8, núm. 2, 269 a 460.
- (1966). Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. *ADC*, vol. 19, núm. 1, 3 a 44.
- (1972). Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas. *ADC*, vol. 25, núm. 1, 3 a 151.
- VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret* [En línea], 3/2007 julio de 2007, 1 a 25, disponible en [https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf).

- (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *InDret* [En línea], 4/2017 octubre 2017, 1 a 28, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf>.
- VÁZQUEZ LEMOS, A. (2019). *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. (2022). La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes. *RDC*, vol. IX, núm. 2, Estudios, abril-junio 2022, 227 a 264.
- VERDERA SERVER, R. (2021). *Contra la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el día 22 de octubre de 2021, Cuaderno núm. 94. Valencia: Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.
- ZUBERO QUINTANILLA, S. (2017). Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil. *RDC* [En línea], vol. IV, núm. 2, Estudios, abril-junio 2017, 55 a 81, disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/253>.

## NOTAS

<sup>1</sup> KANT, I. (1785). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Sechste Auflage. Leipzig: Verlag von Felix Meiner [En línea], 67, disponible en [https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung\\_zur\\_Metaphysik\\_der\\_Sitten.pdf](https://www.bard.edu/library/pdfs/archives/Kant-Grundlegung_zur_Metaphysik_der_Sitten.pdf).

<sup>2</sup> DESCARTES, R. (1904). *Meditations et Principes*. En: *Oeuvres de Descartes*, publiées par Charles Adam & Paul Tannery, traduction française. T. IX. París: Léopold Cerf, Imprimeur-Éditeur., 46: «Car elle consiste seulement en ce que nous pouvons faire une chose, ou ne la faire pas (c'est-à-dire affirmer ou nier, poursuivre ou fuir), ou plutôt seulement en ce que, pour affirmer ou nier, poursuivre ou fuir les choses que l'entendement nous propose, nous agissons en telle sorte que nous ne sentons point qu'aucune force extérieure nous y contraigne».

<sup>3</sup> ROUSSEAU, J.J. (1764). *Lettres écrites de la montagne*, Vol. 2, Huitième Lettre. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey, 77.

<sup>4</sup> ALONSO PÉREZ, M. (2015). Reseña bibliográfica a 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, de T.F. Torres García y M.<sup>a</sup> P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015, Varia, 179.

<sup>5</sup> *Vid.*, entre otros, ALONSO PÉREZ (2015, 180), quien concibe la autonomía testamentaria como la «piedra angular» del Derecho de Sucesiones, si bien pone de relieve que la identificación de la libertad de testar como manifestación de la autonomía privada de la voluntad dista de ser pacífica; en este sentido, hay quien escinde —como categorías diferentes— la autonomía privada de la voluntad, concebida como libertad contractual, de la libertad de testar.

<sup>6</sup> GOMÁ pone de manifiesto una posible «discriminación legislativa» hacia los ciudadanos de Derecho común, pues da la impresión de que el legislador estatal estima poco atractivo abordar modificaciones de gran calado, pero que son comprometidas y poco vistosas; por el contrario, los legisladores forales han percibido la excelente oportunidad de evidenciar sus diferencias y su diversidad regional característica, «y obtener con ello cierta relevancia política». GOMÁ LANZÓN, I. (2019). ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 75.

<sup>7</sup> ROCA-SASTRE la define, asimismo, como «una institución de Derecho necesario». ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho de Sucesiones*, T. II, 2.<sup>a</sup> edic. Barcelona: Ed. Bosch, 35.

<sup>8</sup> GOMÁ (2019, 74) también lo entiende de este modo, y ofrece ejemplos de nuevas libertades y derechos (matrimonio entre personas del mismo sexo, absoluta libertad de unión y de divorcio, etc).

<sup>9</sup> Como advierte TORRES GARCÍA, en los últimos años proliferan las reformas legislativas en materia de legítimas, y se ha intensificado el debate doctrinal en torno a las mismas en la doctrina tanto patria como extranjera. *Vid.* TORRES GARCÍA, T.F. (2017). La necesaria reforma del Derecho de Sucesiones. En: R.M.<sup>a</sup> Moreno Flórez (dir.), *Problemas actuales del Derecho civil y del desequilibrio económico. Convergencias entre los sistemas jurídicos de España y Puerto Rico*. Madrid: Ed. Dykinson, 16.

<sup>10</sup> ALONSO PÉREZ (2015, 186).

<sup>11</sup> GINER DE LOS RÍOS, F., y CALDERÓN Y ARANA, A. (1926). Resumen de Filosofía del Derecho. Vol. II. En: *Obras completas de Don Francisco Giner de los Ríos*, T. XIV. Madrid: Imprenta de Julio Cosano, 27 a 29.

<sup>12</sup> COSTA MARTÍNEZ, J. (1883). La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 11. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 500 a 531. En la parte final de su discurso (1883, 530), sentencia *[sic]*: «...es preciso, dicen, que la familia deje de ser una cárcel para el espíritu y una pequeña inquisición para el derecho, donde no le sea lícito al padre pensar acerca de sus deberes más de lo que el legislador ha pensado, so pena de que se le considere como ilegal y demente, irrita y menospreciada su última voluntad, y en más ó en menos infamada su memoria; hay que secularizar el gobierno de la familia, como se ha secularizado el gobierno del municipio y de la nación; hay que reintegrar al padre en la plenitud de su soberanía». Por su parte, Gumersindo DE AZCÁRATE se mostró también especialmente contundente en su rechazo de la institución legitimaria: *[sic]* «las legítimas limitan indebidamente el derecho del propietario, estorban el ejercicio de la patria potestad, fomentan el egoísmo de familia, impiden el cumplimiento de deberes sociales á que el hombre está obligado y autorizan las pretensiones de los que aspiran á que la ley convierta estos de morales en jurídicos». DE AZCÁRATE GÓMEZ, G. (1883). Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa. T. III, Estado actual del derecho de propiedad en Europa. En: *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles*, vol. 12. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 82.

<sup>13</sup> Muy interesante resulta la exposición de SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.<sup>o</sup>, Derecho de Sucesión («mortis causa»), 2.<sup>a</sup> edic. Madrid: Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 719 a 752.

<sup>14</sup> ALONSO MARTINEZ, M. (1884). *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Establecimiento tipográfico de P. Núñez, 50 a 60 y 105 a 117. Enormemente interesante resulta la lectura del resumen de los argumentos esgrimidos por unos y otros autores en el marco de la Codificación, en torno a la espinosa cuestión de las legítimas, ofrecido por VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1966). Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. *ADC*, vol. 19, núm. 1, 11 a 34.

<sup>15</sup> VALLADARES RASCÓN, E. (2004). Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 4895.

<sup>16</sup> V.gr., SONNEKUS, J.C. (2005). The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 84 [cit. por VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Indret* [En línea], 3/2007 julio 2007, 3, n. 2, disponible en [https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf)].

<sup>17</sup> ALONSO PÉREZ (2015, 187).

<sup>18</sup> POE, E.A. (1899). *Eureka: an essay on the material and spiritual universe*. En: *The Works of Edgar Allan Poe*, Standard Edition, Vol. III, Poems and Essays. Londres: John H. Ingram, A. & C. Black 95.

<sup>19</sup> Sobre los principales aspectos de la institución de la legítima en el seno del Derecho Romano, *vid.* ALONSO PÉREZ (2015, 183, 185 y 186); asimismo, cfr. MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Defensa de la libertad de testar. En: *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, T. XXVIII, conferencia pronunciada el 12 de Junio de 2017 en el Acto de clausura del Curso Académico 2016/2017. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 238 a 240.

<sup>20</sup> Cfr. *Tabula V.3* de las XII Tablas (s. V a.C.). Si el *paterfamilias* disponía en torno a sus propios bienes y la tutela de sus cosas, «así sea derecho»; es decir, su voluntad gozaba de valor legal. No obstante, un importante sector doctrinal considera que las XII Tablas no consagraban la libertad de testar, sino que esta fue alcanzada a partir de los ss. IV-III a.C., al intensificarse el desarrollo económico comercial de Roma, que generó riqueza no necesariamente procedente del patrimonio familiar. *Vid.* LÓPEZ PEDREIRA, A. (2015). Legítimas o libertad para testar: una reflexión desde el Derecho romano. En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dir.), M.<sup>a</sup>M. Heras Hernández (coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 986.

<sup>21</sup> Marco Tulio CICERÓN (1849). In Verrem. En *Opera omnia*, T. III. Leipzig: Sumtibus et Typis Caroli Tauchniti. Act. II. Lib. I, secciones 104 a 114. En el Cap. XLIV, sección 112 (p. 211) se aprecia esta creciente sensibilidad (si bien en relación con un asunto no atinente a las legítimas, sino a la vulneración por el pretor Verres, bajo el pretexto de la prohibición que afectaba a las mujeres en la Lex Voconia, de la voluntad testamentaria de un padre que nombraba heredera a su hija): «Atque ego non dubito, quin, ut mihi, cui filia maxime cordi est, sic uni cuique vestrum, qui simili sensu atque indulgentia filiarum commovemini, res haec acerba videatur atque indigna. Quid enim natura nobis iucundius, quid carius esse voluit? quid est dignius, in quo omnis nostra diligentia indulgentiaque consumatur?» (Y no tengo duda de que, como a mí, cuya hija está más en mi corazón, así a cada uno de ustedes, que están conmovidos por el mismo sentimiento y cariño de las hijas, esto puede parecer cruel e indigno. Porque ¿qué hay en la naturaleza más gozoso y precioso para nosotros? ¿Qué es más digno de recibir toda nuestra atención y bondad?). Otro ejemplo lo hallamos, poco después (a mediados del s. I d.C.), en el cordobés Lucio Anneo SÉNECA (54-55). *De clementia*, Lib. XIV, 1 [En línea], disponible en <https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.clem.shtml>: «Numquid aliquis sanus filium a prima offensa exheredat? nisi magnae et multae iniuriae patientiam evicerunt, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorum stilum; multa ante temptat, quibus dubiam indolem et peiore iam loco positam revocet; simul deploratum est, ultima experitur. Nemo ad supplicia exigenda pervenit, nisi qui remedia consumpsit» (¿Acaso alguna persona cuerda deshereda a sus hijos a la primera afrenta? A no ser que hayan agotado su paciencia numerosos e importantes agravios, a no ser que sea más lo que teme que lo que condena, no recurre a la firma definitiva. Antes intenta muchas cosas para que reaccione ese carácter vacilante, ya colocado en mal lugar. En cuanto lo da por perdido, pone en práctica soluciones extremas. Nadie llega a exigir el castigo más que cuando ha agotado los remedios).

<sup>22</sup> Excede del objeto de nuestra investigación profundizar sobre materias relacionadas con esta *querella* en torno a las cuales no existe unanimidad en la doctrina, tales como las diferentes etapas evolutivas de esta institución. No obstante, nos parece interesante transcribir ciertos fragmentos romanos: a) MARCELO (D. 5, 2, 3): «*Inofficium testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, quem falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant, vel praeterent*» (Decir que el testamento inoficioso es esto, alegar la razón por la que no haya debido desheredarse

o preterirse; lo que la mayoría de las veces acontece cuando los padres, instigados por alguna falsedad, desheredan, o no mencionan a sus hijos); b) GAYO (D. 5, 2, 4): «*Non este nim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti*» (Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de las madrastras).

<sup>23</sup> MARCIANO (D. 5, 2, 2): «*Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*».

<sup>24</sup> *Vid. Praefatio de la Novela XVIII de JUSTINIANO: «Deum vero semper considerantes, et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adinvenire semper et naturae consequens, et quod possit priora corrigeremus».* En las Novelas se menciona la *debita portio* (*vid.*, Novela CXII, Cap. III) para aludir a la *legitima portio*, cimentada en los vínculos familiares de sangre, y cuya transgresión propiciaba que los testamentos fueran declarados *inofficiosi*. Algunas directrices del sistema legitimario pergeñado por JUSTINIANO las podemos hallar, v.gr., en las Novelas XVIII (Caps. I y III), XLI (Cap. I), CXII (Caps. III, IV y V), y CXIII (Cap. I).

<sup>25</sup> MAGARIÑOS (2018, 239).

<sup>26</sup> En relación con la contraposición entre el Derecho Romano y el germánico, así como sobre su evolución, *vid.* BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> edic. alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. Lacruz Berdejo. Barcelona: Ed. Labor, 289 y 290.

<sup>27</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., en las notas a BINDER (1953, 291).

<sup>28</sup> Cfr. VÁZQUEZ LEMOS, A. (2019). *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 219, 220, 560 a 562.

<sup>29</sup> *Vid. el comentario a las Leyes 17 y 18 de las Leyes de Toro ofrecido por LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, 3.<sup>a</sup> edic., ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por J. Vicente y Caravantes. Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, 317 a 346. En la antedicha Ley 18 se contempla explícitamente la facultad de mejorar a los nietos —y descendientes sucesivos—, aunque vivan todavía sus progenitores, que, a su vez, son hijos del testador y, por consiguiente, legitimarios. Llama la atención que en torno a este aspecto surgieran dudas en relación con nuestro vigente Código Civil, y que un sector doctrinal sostuviera que un abuelo no puede mejorar a su nieto si su progenitor (hijo del causante) todavía vive, mientras que en las Leyes de Toro el régimen era literalmente más flexible; afortunadamente, hoy no hay dudas al respecto, y es unánime la respuesta jurisprudencial que sostiene una solución parangonable a la dispuesta en la referida Ley 18 de las Leyes de Toro.

<sup>30</sup> Según explica GACTO, mientras que el Fuero Real se halló impregnado de la tradición gótica —en la que se limitaba fuertemente la libertad de testar, pero se recogía la mejora—, y limitó la libre disposición a 1/5 del caudal relicto, las Partidas reproducían el Derecho justiniano, y, al margen de desconocer la figura de la mejora, establecieron un régimen menos restrictivo y más flexible, donde se establecían las legítimas en función del número de hijos: 1/3 de la herencia si no superaban los cuatro hijos, y 1/2 en el caso de ser cinco o más (Partida VI, Tít. I, Ley XVII). Se produjo esta divergencia, pese a ser ambos textos promulgados por Alfonso X en el s. XIII. Sin embargo, GACTO apunta que en este punto la norma de las Partidas «no fue aplicada», y que la regulación del Fuero Real fue definitivamente ratificada en las Leyes de Toro de 1505; dicha solución resultaba «más ajustada a la tradición netamente castellana y que (...) había sido siempre la observada en la práctica». GACTO FERNÁNDEZ, E. (1984). El marco jurídico de

la familia castellana: Edad Moderna. *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 11, 56 y 57. A esta misma falta de vigencia de esa norma de las Partidas referida a las legítimas alude, asimismo, GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. II, Apéndice núm. 7. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-editorial, 328.

<sup>31</sup> *Vid.* la espléndida exposición con la que nos obsequia BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Ed. Dykinson, 511 a 538. Asimismo, resulta interesante ROCA TRÍAS, E. (2014). Una reflexión sobre la libertad de testar. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1253 a 1258; y (2020). La libertad de testar: entre Constitución y familia. *AFDUAM*, núm. 24, 17 a 23.

<sup>32</sup> En este sentido, *vid.* PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup>Á. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 500. En su opinión, estos ordenamientos españoles impiden considerar las legítimas «como de orden público».

<sup>33</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2011). El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte. *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-303, 18 de julio de 2011 [En línea], disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkMzU1NzM7Wy1KLizPw8WyMDQ0MDcwNTkEBmWqVLfnJZUGqbVpiTnEqAOk4rjc1AAAWKE#I33>.

<sup>34</sup> ALONSO PÉREZ (2015, 187).

<sup>35</sup> *Vid.* la interesante exposición sobre el sistema de *family provision* ofrecido por VAQUER, (2007, 5 y 6). Cfr., en Gran Bretaña, la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975.

<sup>36</sup> En esta misma línea, *vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, núm. 8592, Sección Columna, 29 de julio de 2015 (LA LEY 3814/2015).

<sup>37</sup> Un interesante análisis sobre la jurisprudencia referida al artículo 853.2.<sup>º</sup> del Código Civil tras el año 2014 lo hallamos en GAGO SIMARRO, C., y ANTUÑA GARCÍA, P. (2021). La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?. *RCDI*, vol. 784, marzo-abril 2021, 1208 a 1226.

<sup>38</sup> En los artículos 467-1 y sigs. de esta *Propuesta* se contempla un régimen, a grandes rasgos, muy similar al actual, pero con una minoración de las cuotas. Asimismo, llama la atención que se retorne a un sistema paragonable al acogido en las Partidas de Alfonso X por cuanto se refiere a la variabilidad de la cuota legitimaria en función del número de descendientes legítimos (cfr. art. 467-3): si existe solo uno, su legítima abarca 1/3, mientras que alcanzará 1/2 del caudal relicto cuando haya más descendientes (en esta última hipótesis, la mitad de esa cuota legitimaria —1/4 del total de la masa hereditaria— gozará del carácter de mejora). Sobre esta *Propuesta de Código Civil*, *vid.* VERDERA SERVER, R. (2021). *Contra la legítima*. Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el día 22 de octubre de 2021, Cuaderno núm. 94. Valencia: Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 90 a 97.

<sup>39</sup> ARENAL, C. (1895). La cuestión social. Vol. II (Cartas á un señor). En: *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal*, T. VIII. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 336.

<sup>40</sup> VERDERA (2021, 46 y 306).

<sup>41</sup> *Vid.* la interesante crítica de esta resolución ofrecida por VAQUER (2007, 12 y 13).

<sup>42</sup> Artículo 6.1 GG: «*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*» (El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal).

<sup>43</sup> «Die strukturprägenden Merkmale der Nachlassteilhabe von Kindern sind Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht. Artículo 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht knüpft —wie das Unterhaltsrecht— an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliegt damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern [...]. Hieran anknüpfend hat das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen».

<sup>44</sup> «Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruht in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen); auch die Nutzung des Familienvermögens geschieht weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder» [La adquisición y conservación del patrimonio en la comunidad familiar suele basarse en las aportaciones no materiales o económicas tanto del causante como de sus hijos (educación, apoyo financiero, cooperación, hábitos de consumo, cuidados); el uso del patrimonio familiar también se realiza en gran medida de forma conjunta entre el testador y sus hijos].

<sup>45</sup> En contra de esta concepción, ROCA TRÍAS (2014, 1263) indica que la legítima puede considerarse un «derecho legal, pero no moral», sustentado únicamente en su reconocimiento por una ley (ya que quien no ha participado en la adquisición de unos bienes no se halla legitimado para exigir su titularidad).

<sup>46</sup> Asevera, atinadamente, ECHEVARRÍA DE RADA que la unidireccionalidad de la solidaridad del causante hacia los legítimarios supone «la negación de la idea misma de solidaridad», ya que esta lleva inherente la reciprocidad. ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*. Madrid: Ed. Reus.

<sup>47</sup> Resulta interesante el escenario plasmado por COSTA (1883, 515) */sic*: «Obra, con efecto, la legítima á manera de un disolvente; con ella, el hogar es como los nidos de las aves, que solo sirven para una generacion; la familia parece una simple sociedad mercantil, que llegado el plazo fatal se disuelve, declarándose en liquidacion: parece como si los hijos estuvieran aguardando que muera uno de los gerentes, para reclamar al otro cuenta de su gestión y retirar su parte».

<sup>48</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (2003). Legítimas de alimentos. *Escritura Pública*, núm. 21, mayo-junio 2003, 13.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ ROMÁN (1910, 723).

<sup>50</sup> Tal y como recuerda LÓPEZ PEDREIRA (2015, 995), la concepción de la familia «desde la ética cristiana», que hizo que desde el s. IV d.C. los emperadores contemplaran el matrimonio como sacramento y con unas causas muy tasadas de disolución, partía de la existencia de unos firmes lazos de solidaridad, que propiciaban la presencia de la *portio legitima* cimentada en el parentesco. En cambio, por ejemplo, CANIZARES cree que la legítima goza de una larga tradición que todavía está vigente, de tal modo que la solidaridad intergeneracional en el seno de la familia continúa como fundamento de aquella. CAÑIZARES LASO, A. (2014). Legítimas y libertad de testar. En: A. Domínguez

Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 267.

<sup>51</sup> Tal y como expresa GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, dado que la ausencia de relación familiar colisiona contra el fundamento de la legítima, al vulnerar la propia noción de «solidaridad intergeneracional», goza de suficiente entidad en aras a ser contemplada por nuestro legislador como causa autónoma de desheredación en el Código Civil; a imagen de lo que acontece en la legislación catalana. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *RCDI*, vol. 775, septiembre-octubre 2019, 2614.

<sup>52</sup> En el supuesto de no haber requerido nunca auxilio el causante, pues si sufrió abandono en caso de necesidad, podría plantear una desheredación.

<sup>53</sup> Ex artículo 348 del Código Civil y de conformidad con la doctrina liberal burguesa que inspiró el *Code* francés y, por extensión, el español.

<sup>54</sup> CARRASCO PERERA, Á. (2014). ¿Te 'ningunean' tus hijos? ¡Desherédalos! *AJA*, núm. 896/2014, Opinión [En línea], BIB 2014\4447, disponible en <https://insignis-aranzadidigital-es>.

<sup>55</sup> En parecidos términos, *vid.* GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (2019, 2614). Según explica RUBIO GARRIDO, la falta de asimilación de estas coordenadas se halla muy extendida, y propicia en la práctica, lógicamente, que las personas exploren diversos cauces «para incumplir *de facto*, y oblicuamente, el respeto obligatorio, normativamente hablando, a las legítimas». *Vid.* RUBIO GARRIDO, T. (2019). Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima. En: F. Capilla, M. Espejo y F.J. Aranguren (dir.), J.P. Murga y C. Hornero (coord.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 142.

<sup>56</sup> Según evidencia GOMÁ (2019, 74), la libertad de testar —aun restringida con una legítima de alimentos— no va en contra de la familia actualmente. Antes al contrario, evitaria el desinterés para con los progenitores mayores, al no tener sus descendientes garantizada la percepción futura de gran parte de sus patrimonios.

<sup>57</sup> Aludimos a los hijos, por ser la hipótesis más habitual; si bien sabemos que puede tratarse de otros descendientes más alejados (cfr., arts. 761 y 857 CC), o de ascendientes. Por cuanto al cónyuge se refiere (también legitimario), carece de lógica extender sobre este el manto de nuestro razonamiento, pues el causante puede evitar unilateralmente que lo suceda a través de la separación y del divorcio.

<sup>58</sup> VAQUER (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *InDret* [En línea], 4/2017 octubre 2017, 12 a 21, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf>.

<sup>59</sup> Según se concluye en esta sentencia: «...la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación...». En torno a la insuficiencia, como causa de desheredación, de la mera ausencia de relación afectiva entre el testador y el legitimario, *vid.* GAGO y ANTUÑA (2021, 1224). Según estos autores, en el estado actual de nuestro Código Civil, es imprescindible que tal falta de relación se halle acompañada por una conducta, por acción u omisión, dolosamente destinada a menoscabar injustificadamente la salud mental del causante; por este motivo, aquellos propugnan la reforma de nuestro Derecho Sucesorio, en aras a debilitar la figura de la legítima.

<sup>60</sup> Sobre las facultades del propietario de una vivienda para ejercitar el desahucio de los precaristas, aun en los casos de existir una sentencia firme en un procedimiento judicial de separación o divorcio donde se atribuya el uso del inmueble a sus nietos (junto con su nuera o yerno), y el cambio jurisprudencial afortunadamente experimentado, *vid.* CUADRADO PEREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia. *RCDI*, vol. 734, noviembre-diciembre 2012, 3174 a 3187.

<sup>61</sup> ARENAL (1895, 336). En opinión de esta autora (1895, 335 y 336), la supresión de los mayorazgos constituyó «un gran paso hacia la justicia, pero no se llegará á ella hasta suprimir los *herederos forzosos*».

<sup>62</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2015). Reseña bibliográfica a 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, de T.F. Torres García y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (2014. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo). ADC, T. LXVIII, fasc. II, 558 y 559.

<sup>63</sup> ARENAL (1895, 336).

<sup>64</sup> Señala ROCA TRÍAS (2014, 1266) que, dadas las enormes transformaciones experimentadas a lo largo de los siglos, la sucesión tradicional carece ya de sentido, de tal modo que ha devenido un «sistema obsoleto» que requiere una profunda revisión, pues «las necesidades han cambiado a todos los niveles».

<sup>65</sup> VALLET (1955). Apuntes de Derecho Sucesorio, III. Atribución de la legítima por actos intervivos (conclusión). *ADC*, Estudios Monográficos, vol. 8, núm. 2, 458. Parece asumir tal reflexión CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, vol. 2.º, 8.<sup>a</sup> edic., revisada y puesta al día por J. Batista Montero-Ríos, J.M.<sup>a</sup> Castán Vázquez y J.B. Vallet de Goytisolo. Madrid: Ed. Reus, 491. En parecidos términos, VERDERA (2021, 145). Señala este autor que todo análisis jurídico ha de tomar en consideración, indefectiblemente, «la realidad socioeconómica sobre la que se proyecta».

<sup>66</sup> Según VERDERA (2021, 45 a 47), la inclusión de las legítimas en nuestro decimonónico Código Civil se halló estrechamente ligada a la ideología burguesa imperante en aquel momento. A través de las legítimas se trataba de dividir los patrimonios, en aras a evitar la conservación del poder de la aristocracia terrateniente; asimismo, se pretendía evitar que el causante beneficiara a los hijos extramatrimoniales o de parejas de hecho, en detrimento de las expectativas sucesorias de los integrantes de su familia matrimonial; finalmente, se buscaba robustecer «una clase social de propietarios que se opusiera a las ideas socialistas». Dado que tales propósitos han perdido todo vigor en pleno s. XXI, y que el Estado del bienestar cumple gran parte de los cometidos (educativos, asistenciales, etc) tradicionalmente adscritos a la familia, hemos de plantearnos las funciones que pueden hoy satisfacer las legítimas.

<sup>67</sup> COING, H. (2019). *El sentido del Derecho y otros escritos*, edición al cuidado de C.A. Agurto González, S.L. Quequejana Mamani y B. Choque Cuenca, trad. esp. por A. Merchán Alvarez. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 78. Tal conclusión de dicho autor se debe a que, como él mismo asevera (2019, 76), el Derecho no evoluciona «por sí mismo», sino que toda transformación jurídica viene provocada y desenvuelta por seres humanos.

<sup>68</sup> ALONSO MARTÍNEZ (1884, 175) *[sic]*: «Es, á mis ojos, evidente, que con él [referido al régimen de legítimas] no hay el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni, por tanto, se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdidere Italianam*. (...) Y, por último, paréceme palmario que con la division del patrimonio entre los hijos, no puede ménos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, porque solo multiplicando los poseedores de inmuebles é interesando á una masa considerable de ciudadanos en la defensa del derecho de propiedad, es como puede construirse un dique bastante poderoso á detener el torrente devastador de las ideas socialistas». En la plasmación del sistema de legítimas en la Codificación, ve CAÑIZARES (2014, 253) la distribución de la riqueza —en oposición a los mayorazgos—, la igualdad entre los hijos, así como la repulsa a la vinculación de los bienes en las manos de uno solo de los sucesores. En contra de la opinión de esta autora, PANTALEÓN (2003, 13) entiende que las legítimas adquirieron frente a la libertad de establecer mayorazgos «un halo democrático poco merecido».

<sup>69</sup> PORTALIS, J.E.M. (2004). *Discours préliminaire du premier Projet de Code civil*, discurso pronunciado el 21 de enero de 1801. Burdeos: Éditions Confluences, 83. Los padres del *Code civil* francés fueron: Jacques de MALEVILLE y Jean Etienne Marie PORTALIS (expertos en el Derecho Escrito), así como Félix Julien Jean BIGOT DE PRÉAMENEU y François Denis TRONCHET (expertos en Derecho de Costumbres).

<sup>70</sup> GONZALEZ PORRAS, J.M. (2002). Notas a BIONDI, B. *Las servidumbres*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> edic. y notas por J.M. González Porras. Granada: Ed. Comares, 305.

<sup>71</sup> En el Derecho visigodo, tras recibir las moderadas legítimas romanas, fagocitadas por la idea de la comunidad consustancial a las culturas germánicas y matizadas con la admisión de la *propria portio* (cuyo germen fueron los legados *pro anima* de inspiración eclesiástica), se introdujo la peculiar parte de «mejora».

<sup>72</sup> Es interesante la exposición de ROCA TRÍAS (2014, 1247 a 1253), que versa, fundamentalmente, sobre el cambio de circunstancias económicas en las familias actuales. Ofrece una extraordinaria descripción de los cambios experimentados en las realidades social, política, económica y —especialmente— familiar en nuestro país a lo largo de la Historia, GOMÁ (2019, 67 a 73). *Vid.*, asimismo, la exposición de VERDERA (2021, 99 a 103 y 145 a 148).

<sup>73</sup> MAGARIÑOS (2018, 243 y 244). Como indica VALLADARES (2004, 4895), la estructura social actual dista enormemente de responder a una sociedad agraria, pues en el s. XXI, los bienes de producción se concentran en un grupo reducido de sujetos, y predominan las grandes empresas de servicios; asimismo, esta autora destaca que una parte importante de la población es propietaria de bienes que, si bien gozan de cierta relevancia económica, no resultan productivos.

<sup>74</sup> FUNDACIÓN «LA CAIXA» (2021). Estado del bienestar, ciclo vital y demografía, Indicadores sobre economía intergeneracional. *El Observatorio Social*, Dossier 10, Noviembre 2021, 16 [En línea], disponible en [https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10\\_CAST%20%283%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2](https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/445909/Dossier10_CAST%20%283%29.pdf/893a4106-8133-1b11-400f-51fecf7309c2).

<sup>75</sup> MAGARIÑOS (2018, 244).

<sup>76</sup> Dadas las desgraciadas distorsiones propiciadas por la situación pandémica en los últimos años, hemos preferido fijar el dato en una fecha anterior al inicio de la misma. Información extraída de <https://digital.csic.es/bitstream/10261/240875/1/Estimaci%C3%B3n%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20que%20vive%20en%20residencias.pdf> (recurso electrónico accesible el 20 de junio de 2022).

<sup>77</sup> STS de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3280): «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

<sup>78</sup> Información extraída de [www.ine.es](http://www.ine.es).

<sup>79</sup> Información extraída de [www.ine.es](http://www.ine.es).

<sup>80</sup> La tendencia cambió en el año 2009, pues hasta ese año era mayoritaria la forma canónica de celebración del matrimonio. Desde 2009 ha bajado el porcentaje de manera abrupta (información extraída de [www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>81</sup> Los hombres, de 26 a 37 años, y las mujeres, de 24 a 34 años, aproximadamente (información extraída de [www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>82</sup> FUNDACIÓN BBVA (2019). La emancipación de los jóvenes en España. *Esen- ciales Fundación BBVA-Ivie*, núm. 32/2019 [En línea], disponible en [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA\\_Esenciales\\_32.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/01/FBBVA_Esenciales_32.pdf).

<sup>83</sup> Cfr. <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/edn-20210812-1?etrans=es>.

<sup>84</sup> En 2021, a los 31,54 años; ya en 2019, con anterioridad a la situación pandémica, se había llegado a los 31,10 años (información extraída de [www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>85</sup> En 2020 descendió a 1,19 esta cifra. Cfr. la evolución del índice de fecundidad en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/españa>.

<sup>86</sup> En cómputo global, sin distinción por razón del género, era de 34,76 años. Datos extraídos de GOERLICH GISBERT, F.J., y PINILLA PALLEJÁ, R. (2006). Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística. *Documentos de Trabajo*, 11, Fundación BBVA, 11, 22 y 23.

<sup>87</sup> Sin distinción entre géneros, en 2019 la esperanza de vida al nacimiento era de 83,58 años (información disponible en [www.ine.es](http://www.ine.es)).

<sup>88</sup> Cfr. [https://www.ine.es/prensa/pp\\_2020\\_2070.pdf](https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf) (recurso electrónico accesible el 21 de junio de 2022).

<sup>89</sup> Cfr. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/ICV/dim1/l0/&file=13102.px> (accesible el 21 de junio de 2022).

<sup>90</sup> VALLADARES (2004, 4900).

<sup>91</sup> VAQUER (2007, 10).

<sup>92</sup> GOMÁ (2019, 71).

<sup>93</sup> Sobre este particular, *vid.* el trabajo de VELA SÁNCHEZ, A.J. (2022). La libertad del causante de disponer *inter vivos* de todos sus bienes. *RDC*, vol. IX, núm. 2, Estudios, abril-junio 2022, 227 a 264. Este autor pone de relieve (2022, 259) que si bien las disposiciones a título oneroso en vida del causante se hallan «presididas por el principio de libertad», pueden ser objeto de escrutinio a su fallecimiento, en aras a determinar si han resultado fraudulentas y, por consiguiente, atentatorias contra las legítimas. Asimismo, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ºE. (2016). Legítimas y libertad de disposición del causante. *Diario La Ley*, núm. 8865, Sección Doctrina, 17 de noviembre de 2016 (LA LEY 8637/2016).

<sup>94</sup> MAGARIÑOS (2018, 245).

<sup>95</sup> GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P. (2009) La legítima no es intocable. *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 24, marzo-abril 2009, n. 3 [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>.

<sup>96</sup> Cfr. ULIPIANO en D. 27, 10, 1.

<sup>97</sup> CADAFALCH Y BUGUÑÁ, J. (1862). ¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid: Imprenta del Colegio de sordo-mudos y de ciegos, 134 [sic]: «Al promulgarse una ley que lleva consigo la division, desaparece sin tardanza la armonía que pudiese antes existir entre la tierra y sus propietarios, porque la familia es considerada como cosa vaga é incierta desde el momento en que uno no puede perpetuarse en ella ni imprimirlle el sello de sus sentimientos. Impidiéndose así al hombre la conservación de un patrimonio en que aquella viviría, se despierta en su corazón el egoísmo con todas sus aviesas aspiraciones, que borran de su mente la idea de lo futuro. Lejos de esforzarse este hombre en adquirir ó conservar, tiende más ó menos tarde á vender los bienes raíces, para proporcionarse capitales con que satisfacer sus pasiones momentáneas. (...) No solo dificulta la ley de sucesión á las familias la conservación del mismo patrimonio, sino que las aparta del deseo de intentarlo, empujándolas silenciosamente á labrar su ruina».

<sup>98</sup> ROCA TRÍAS (2020, 43).

<sup>99</sup> VERDERA (2021, 47).

<sup>100</sup> Como certamente observa RUBIO GARRIDO (2019, 143), el régimen legítimo de nuestro Código Civil, como toda obra humana sometida al transcurso del tiempo, muestra importantes «fisuras y puntos de cuarteamiento».

<sup>101</sup> ALONSO PÉREZ (2001). El Derecho de Familia, entre lo viejo y lo nuevo. En: E.M.ª Martínez Gallego (coord.), *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 11.

<sup>102</sup> CARBONNIER, J. (1961). *Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Situaciones familiares y quasi-familiares*, traducción de la 1.<sup>a</sup> edición francesa por M.M.<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz. Barcelona: Ed. Bosch, 12.

<sup>103</sup> Como atinadamente asevera GOMÁ (2019, 73), resulta «bastante obvio» que el sistema de legítimas debe modificarse, dado que la familia, que es la realidad sobre la que se desarrolla el mismo, se ha transformado drásticamente.

<sup>104</sup> ROCA TRÍAS (2014, 1247).

<sup>105</sup> Reconoce CAÑIZARES (2014, 249) que muchas instituciones del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia «muestran una especial unidad» (entre otras, pone como ejemplo las legítimas), y que no cabe hablar de «independencia ni separación» entre sendas ramas del Derecho civil. Por su parte, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO insisten en que todavía hoy continúa la secular e íntima relación entre el Derecho de Sucesiones y el Derecho de Familia, de tal forma que el cambio de paradigma que se advierte en las últimas décadas en torno a la familia o las familias ha de traer consigo relevantes transformaciones en materia sucesoria. *Vid.* TORRES GARCÍA, T.F., y GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup>P. (2014). *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*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 157 y 158.

<sup>106</sup> En este mismo sentido, BARRIO (2012, 567).

<sup>107</sup> Sobre la opinión de estos autores, *vid.* MERLINO, *Mercuriale* (1626). *De legitima. Tractatus absolutissimus*, Lib. V, Tít. I, Quaest. VI, nn. 1 a 5. Venecia: Haeredem Damiani Zenarij 493. Estos autores consideraban que la legítima se subrogaba en la posición de la obligación de alimentos, pero el Abad PANORMITANO (sigs. XIV y XV), que pertenecía al sector de la doctrina que defendía que la legítima no era una institución de Derecho natural, sino meramente impuesta por el Derecho civil (y, por consiguiente, prescindible), se opuso a esta configuración; a su modo de ver, si se tratara del subrogado de los alimentos, el ascendiente únicamente debería la legítima al descendiente al que, asimismo, debiera alimentos, de tal modo que la madre y la abuela no estarían obligadas a dejarle la legítima cuando el padre estuviera todavía vivo («...ex quo sequeretur, quod mater, vel auia non tenerentur relinquere legitimam filio, ex quo filius vivente patre ab auia, et matre non est alendum, sed a patre...»), ni tampoco tendría derecho a ella el hijo industrioso («Et ideo quamvis filio industrioso alimenta non debeantur»). En relación con la discusión en el Derecho común en torno a si la legítima es debida por Derecho natural o por disposición del Derecho positivo, *vid.* VALLET (1972). Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas. *ADC*, vol. 25, núm. 1, 6 a 11. En opinión manifestada por el propio VALLET (1966, 38), resultaría más exacto sostener que responden al Derecho natural los deberes que representan «la substancia de la legítima», y no la legítima misma, pues aquellos pueden satisfacerse a través de otras vías, «sin que las legítimas existan». En caso contrario —prosigue—, los ordenamientos de Navarra y Ayala quebrantaría el Derecho natural.

<sup>108</sup> Partida VI, Tít. I, Ley XVII: «E a esta parte legitima, dizen en latin, parte debita iure nature». Partida VI, Tít. XI, Ley I: «...debe aver la su parte legitima, a que llaman en latin, debitu iure nature».

<sup>109</sup> En contra de nuestra apreciación, TORRES GARCÍA considera que se halla arraigada en la conciencia social la idea en cuya virtud el causante no está facultado para excluir de su sucesión —al menos— a sus descendientes, sin mediar razón suficiente. *Vid.* TORRES GARCÍA (2006). Legítima, legítimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema). En: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 220.

<sup>110</sup> Una solución que responde a estas coordenadas la hallamos en Estados Unidos, en el artículo 1493 del *Louisiana Civil Code*: «*A. Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or*

*younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent. (...) E. For purposes of this Article «permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent» shall include descendants who, at the time of death of the decedent, have, according to medical documentation, an inherited, incurable disease or condition that may render them incapable of caring for their persons or administering their estates in the future».*

<sup>111</sup> CARRASCO (2014) considera que únicamente deberían corresponder derechos «legitimarios» a los descendientes que al fallecer el causante fueran acreedores actuales (no posibles) de alimentos frente al finado.

<sup>112</sup> Como expone COSTA (1883, 522) *[sic]*: «Solo 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 á unos de otros hijos, y por otra parte, la naturaleza de los bienes, rústicos, urbanos, fábricas, crédito, clientela, etc.; solo ellos pueden combinar estos y aquellos datos, y reducirlos á 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 ingénito y connatural á su regla: yerra porque no puede menos de errar». En términos más generales, *vid.* GINER DE LOS RÍOS (1926, 28 y 29). Aunque GARCÍA GOYENA (1852, 332) se manifiesta como un firme partidario del régimen castellano de legítimas, reconoce (1852, 329) que los progenitores son quienes se hallan en mejor situación para valorar la situación *[sic]*: «*Por qué se ha de interponer el cálculo frío de la ley donde obran los dulces e inestinguibles sentimientos de la naturaleza? El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos: estos serán mas afectuosos y obedientes cuando nada tengan que esperar sino del amor paterno.*

<sup>113</sup> ZUBERO QUINTANILLA, S. (2017). Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil. *RDC* [En línea], vol. IV, núm. 2, Estudios, abril-junio de 2017, 56, disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/253>.

<sup>114</sup> STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1596). Hemos de precisar que este razonamiento lo ofrece como fundamento de la modificación verificada en el ordenamiento jurídico catalán, donde se añade la falta de relación familiar como causa de desheredación: «*De este modo no solo se modifica la redacción de alguna de las causas de desheredación recogidas antes en el Código de sucesiones (así la causa 451-17. 2 c), en la cual se suprime que el maltrato deba ser de obra y se amplía el ámbito subjetivo de los afectados: *El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador* sino que se añade otra, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último.*

El legislador, en el preámbulo del libro IV, ya constata la posibilidad de que la norma sea una fuente de litigios pero destaca frente a ese riesgo, *el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente*. Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomentan desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación». Sobre esta causa de desheredación plasmada en el ordenamiento catalán, y los problemas que la misma suscita, *vid.*, entre otros, FARNOS AMOROS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima? En: A. Domínguez

Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 451 a 478. Propone firmemente la inclusión de esta causa de desheredación en nuestro Código Civil PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.ªP. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 1151 a 1153 del Código Civil.

<sup>115</sup> En este mismo sentido, PANTALEÓN (2003, 13), quien, asimismo, acusa de tener un «muy pobre concepto de sus ciudadanos» al legislador que no considera evidente que son muy pocos los casos en los que las legítimas evitan resultados que un buen padre de familia estimaría intolerables.

<sup>116</sup> CARRASCO (2014).

<sup>117</sup> ECHEVARRÍA (2018, 20) denuncia que la sociedad actual se distingue por su falta de respeto hacia los mayores, así como por la merma en los cuidados hacia ellos, de tal modo que esta autora estima necesario abordar la modificación del sistema legitimario.

<sup>118</sup> STS de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900): el maltrato psicológico debe encuadrarse en el maltrato de obra contemplado en el artículo 853.2.º del Código Civil. Declara justamente desheredados a los hijos del testador que lo habían maltratado psíquica y reiteradamente en los últimos 7 años. El menosprecio y abandono familiar (el causante se hallaba enfermo, atendido por su hermana, sin que sus hijos mostraran interés por él ni tuvieran contacto) es «del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación». Aunque las causas de desheredación son tasadas legalmente y, por lo tanto, no cabe interpretación extensiva ni analogía de las mismas, ello no implica que una causa legal deba ser interpretada con excesivo rigor, según nuestro Alto Tribunal. La dignidad de la persona exige que el menoscabo a la salud mental de la víctima sea considerado «maltrato de obra», a efectos de desheredación.

<sup>119</sup> SILLERO CROVETTO, B. (2021). Desheredados en tiempos de pandemia. *RCDI*, vol. 785, mayo-junio 2021, 1782 y 1783.

<sup>120</sup> ALONSO MARTINEZ (1884, 139).

<sup>121</sup> COSTA (1883, 521). Por el contrario, GIL Y ROBLES defiende que la imposición de la legítima —que califica como función «circunstancial del poder supremo», no esencial— se cimienta en */sic/* «la necesidad, demostrada ó determinada por la experiencia de los abusos que contra la justicia y la piedad cometan con habitual frecuencia padres desnaturalizados». GIL Y ROBLES, E. (1902). *Tratado de Derecho Político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, T. II. Salamanca: Imp. Salmanticense, á cargo de B. de la Torre, 36.

<sup>122</sup> GINER DE LOS RÍOS (1926, 29). En opinión de este autor, nadie está obligado en conciencia a dejar siempre su fortuna a sus hijos u otras personas (ni por partes iguales, ni por partes desiguales), pues tal deber emerge únicamente cuando se presentan determinadas circunstancias que ni el legislador ni el juzgador se encuentran «en situación de juzgar con acierto».

<sup>123</sup> VALLET (1966, 37).

<sup>124</sup> CARRASCO (2014).

<sup>125</sup> V.gr., por todos, TORRES GARCÍA (2017, 19).

<sup>126</sup> Hemos de recordar que las donaciones que realice en vida, pese a producir efecto desde el primer momento, podrán verse reducidas cuando fallezca, precisamente, como consecuencia de las legítimas. Ello puede propiciar, como sabemos, que la parte de libre disposición del testamento carezca, finalmente, de eficacia.

<sup>127</sup> GINER DE LOS RÍOS (1926, 29). En esta misma línea, VALLET (1966, 18) señala que el «excepcional mal uso no puede afectar al normal buen uso, en el cual ha de inspirarse la norma común».

<sup>128</sup> MAGARIÑOS (2018, 251). Vid., asimismo, GOMÁ (2019, 74 y 75), quien ofrece los datos estadísticos de su actuación profesional como notario en Cataluña (donde hay

más libertad de testar), y sentencia con esta concluyente frase en torno al contenido de los testamentos por él autorizados: «Escasa arbitrariedad, ninguna locura».

<sup>129</sup> En este mismo sentido, VALLADARES (2004, 4900). Según explica VALLET (1966, 17), mientras que los ordenamientos forales, normalmente, parten de la idea del buen progenitor, el Código Civil habitualmente piensa primordialmente en la posibilidad de abusos, esto es, en los casos patológicos, «aunque sean excepción».

<sup>130</sup> CADAFALCH (1862, 133) denuncia que al verse convertido el progenitor por el sistema legitimario del Código Civil en un *[sic]* «miserio usufructuario de sus bienes bajo las prescripciones de una ley que los transfiere en propiedad á los hijos, sin que se hayan hecho siquiera dignos de su posesión por el trabajo ó por sus merecimientos. ¿podrá el labrador, el comerciante, el industrial sentirse animado para no abandonar nunca sus negocios? ¿podrá inclinar sus hijos al trabajo, aconsejarles que sigan su profesion ú otra distinta, ni alimentar la esperanza de elegir entre ellos un socio, y mas tarde un sucesor?».

<sup>131</sup> Por cuanto al carácter disoluble del matrimonio se refiere, se aprecian alteraciones fundamentales, según las concepciones éticas y morales imperantes en cada etapa de la Historia. En este sentido, en el Derecho Romano —especialmente, en la etapa clásica— se reconocía la facultad de disolver el matrimonio si desaparecía la *affectio maritalis* de los esposos (cfr. ULPIANO: D. 24, 1, 32, 13; D. 50, 17, 30; D. 24, 1, 32, 13). En cambio, con posterioridad, el ordenamiento canónico aplicable durante muchos siglos en los países occidentales vedó esta posibilidad. Como reacción frente a las concepciones eclesiásticas (cuyo germen podemos ubicar en la Reforma protestante y en la Escuela de Derecho Natural Racionalista), las legislaciones europeas comenzaron a evolucionar en esta materia a partir de la Edad Moderna, de tal modo que ciertos filósofos de la Ilustración rehusaron la indisolubilidad del vínculo conyugal, y patrocinaron la admisión del divorcio (que en Francia se plasmó a raíz de la Revolución). En España, sin embargo, esta figura no gozó de la misma acogida, y —hasta la trascendental reforma de 1981— su único reflejo normativo fue efímero: la Constitución de 1931, que fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939.

<sup>132</sup> BARRIO (2012, 577) propone una «legítima de alimentos» o un «derecho forzoso de alimentos». En contra, por ejemplo, CANIZARES (2014, 265 y 266). Por su parte, ZUBERO (2017, 76), si bien combinado con un derecho de legítima colectiva, propone un régimen de alimentos *post mortem* a imagen del contenido en los artículos 298 y 515 del Código del Derecho Foral de Aragón.

<sup>133</sup> Hemos de apuntar que en el caso de excluirse las legítimas, la reserva del artículo 811 del Código Civil quedaría reducida al supuesto de la sucesión intestada, ya que sería el único modo en el que el ascendiente (reservista) podría haber *adquirido por ministerio de la ley* bienes y derechos de su descendiente. En cualquier caso, debemos recordar que, de conformidad con el todavía vigente Código Civil, si esos bienes se los atribuye gratuita y voluntariamente el descendiente al ascendiente (o a alguien extraño a la familia), pero no en cumplimiento de ningún deber legal (esto es, no los adquiere *ministerio legis*), no concurren los presupuestos de la reserva troncal, y el mencionado ascendiente no está obligado a reservarlos. En definitiva, como es coherente en un ordenamiento que rehúsa la amortización de la propiedad, no puede hallarse garantizado que un bien permanezca en la misma familia generación tras generación.

<sup>134</sup> BARRIO (2012, 594 a 596) propone una prolongación del deber legal de alimentos entre progenitores e hijos que trascienda la muerte de los primeros, en aras a que los segundos hayan podido alcanzar las condiciones necesarias para poder tener acceso a una fuente de ingresos propia. Extiende este autor dicho crédito alimentario a las hipótesis en las que la situación de necesidad del hijo resulte sobrevenida, si bien no achacable al mismo: «Estas consideraciones llevarían al resultado, a su vez, de que si los hijos son mayores de edad, han concluido con éxito su período de aprendizaje o no habiendo completado sus estudios, gozan de una fuente de ingresos propia que les permita cubrir sus necesidades más apremiantes o, en cualquier caso, si han alcanzado ya los 26 años

de edad y no se hallan inmersos en una situación de necesidad que ellos mismos hayan contribuido a generar, salvo que se produjeran hechos sobrevenidos que les condujeran al infortunio, no tendrán más derecho sobre la herencia de sus padres que aquel que el afecto o el cariño de estos últimos les pudiera haber movido a dictar» (2012, 595).

<sup>135</sup> Según ROCA TRIAS (2020, 40 y 44), únicamente podría admitirse una legítima de tipo alimentario, en aplicación de los principios constitucionales recogidos en los artículos 39.3 y 49 CE. Esta suerte de legítimas satisfaría «la función social exigida».

<sup>136</sup> VAQUER (2007, 15).

<sup>137</sup> No obstante, no resultan por completo extrañas estas actuaciones al vigente ámbito de las legítimas, dados los términos en los que se expresa el segundo párrafo del artículo 822 (desde su reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aunque su actual redacción obedece a los términos introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio), al aludir expresamente a la situación en «*que lo necesite*».

<sup>138</sup> El ordenamiento mexicano ofrece una solución que nos parece más razonable que la todavía vigente en nuestro Código Civil, si bien resulta cuestionable, a nuestro modo de ver, su enorme amplitud por cuanto se refiere a los posibles alimentistas (ya que incluye a ascendientes, hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, sin tener en cuenta si dependían económicamente del causante mientras este se hallaba todavía con vida); por el contrario, entendemos que el texto mexicano resulta demasiado restrictivo al fijar los dieciocho años como edad límite de los descendientes no «*imposibilitados de trabajar*» para poder exigir tales alimentos.

<sup>139</sup> En similares términos, BARRIO (2012, 595).

<sup>140</sup> CADAFALCH (1862, 189).

<sup>141</sup> Para TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014, 162) las transformaciones sociológicas habidas en las familias contemporáneas, así como los nuevos modelos de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, incluidas las dificultades técnicas que pueden presentarse al concurrir en una misma sucesión propietarios y usufructuarios, invitan a optar por la propiedad y no por un derecho de goce.

<sup>142</sup> *Vid.*, v.gr., STS de 21 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1635).

<sup>143</sup> Sobre este particular, *vid.* GAGO y ANTUÑA (2021, 1225).

<sup>144</sup> Plantea O'CALLAGHAN el problema que surge si se ha preterido erróneamente a un descendiente, cuando a uno de los hijos se le nombra heredero, mientras que al resto los designa el causante legatarios en la misma cuantía; si aplicamos literalmente el artículo 814.2.<sup>º</sup> del Código Civil, primero se anula la institución del nombrado heredero, y luego —si no resulta suficiente— los legados. En cambio, entiende el referido autor más razonable «que la porción del preterido deberá extraerse reduciendo por igual todas y cada una de las atribuciones patrimoniales a favor de los demás hijos sin tener en cuenta el título de atribución». O'CALLAGHAN (2008). Comentario al artículo 814 del Código Civil. En: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.<sup>a</sup> edic. Madrid: La Ley, 814 y 815.

<sup>145</sup> TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012). La legítima en el Código Civil (I). En: T.F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 21. O'CALLAGHAN (2015).

<sup>146</sup> En contra, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.<sup>a</sup> (2014). Reflexiones sobre la legítima. En: A. Domínguez Luelmo y M.<sup>a</sup>P. García Rubio (dir.), M. Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Liber Amicorum T.F. Torres García. Madrid: La Ley, 987. Entiende este autor que el vigente sistema de la legítima «es más simple y económico» que el régimen de la *Family Provision Act*.

<sup>147</sup> VAQUER (2007, 15). En contra de la configuración de un derecho de alimentos como el que proponemos se manifiesta expresamente TORRES GARCÍA (2006, 224). Aduce, en este sentido, que la legítima se debe incondicionalmente, mientras que en las diversas modalidades de derecho de alimentos contempladas en nuestro Código Civil, por el contrario, unas veces la necesidad del alimentista es presupuesto imprescindible, y en otras ocasiones no lo es (v.gr., arts. 964 y 1408 CC). No alcanzamos a apreciar el

obstáculo identificado por la referida autora, pues, en primer término, como la propia TORRES GARCÍA reconoce, «estos alimentos citados [que no requieren necesidad] muy poco tienen que ver con los establecidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil». Por otra parte, lo que proponemos es la sustitución por completo del régimen legitimario de los descendientes por una suerte de derecho de alimentos conceptualmente próximo, precisamente, al regulado en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, si bien con las requeridas adaptaciones, salvedades y especificidades, que lo caracterizarían frente a los alimentos actualmente plasmados en nuestro Código; es decir, pese a gozar de un fundamento común, como vías para solventar hipótesis de necesidad en el ámbito familiar, constituirían dos institutos nítidamente diferenciados y, como tales, autónomos. En definitiva, frente a la observación de TORRES GARCÍA, lo que proponemos es, justamente, un abandono de férreas estructuras milenarias, de tal modo que se reformulen instituciones o se engendren otras nuevas, e, incluso, se rompa con conceptos que seguramente han resultado de gran utilidad durante siglos, pero que ya no se ajustan a las actuales coordenadas. Es decir, a nuestro modo de ver, los conceptos y las soluciones tradicionales no deberían suponer ningún escollo para la admisión de la solución propuesta, pues lo que patrocinamos es, exactamente, la superación de tales estructuras.

<sup>148</sup> ROUSSEAU (1764, 77).

<sup>149</sup> MONTESQUIEU (1844). *Esprit des lois*, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan, etc. París: Librairie de Firmin Didot Frères, 401. Según este autor, todo lo atinente a la sucesión no puede haber sido regulado más que por la sociedad, y, por consiguiente, por las leyes políticas o civiles; no por el Derecho natural (se aleja, pues, de las concepciones del Derecho común a las que hicimos alusión con anterioridad).

<sup>150</sup> STS de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2562): «Ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia».

<sup>151</sup> Afirma ROCA-SASTRE (1997, 18) que no debe plantearse el problema como una dicotomía *libertad desenfrenada-restricción casi absoluta*, sino como la búsqueda de un punto intermedio donde los legitimarios puedan condicionar legalmente la libertad de disponer de la que goza el causante.

<sup>152</sup> DÍEZ-PICAZO (2015, 558 y 559).

<sup>153</sup> BARRIO (2012, 561 a 563). Este mismo autor ofrece una excelente revisión de la conexión histórica existente entre la legítima y los alimentos (2012, 564 a 568).

<sup>154</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M.<sup>a</sup> (1911). *Comentarios al Código Civil español*, T. VI. 4.<sup>a</sup> edic. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 573.

<sup>155</sup> A mediados del s. XIX, CADAFALCH (1862, 132 y 133) ponía el foco de atención en la conducta que pueden llegar a observar los legitimarios, sabedores de la segura recepción de sus legítimas en el futuro *[sic]*: «Resalta tanto mas la necesidad de un sistema libre, cuando se toman en cuenta los gravísimos perjuicios que, en general, irroga á la sociedad el de sucesión forzosa. Desorganiza la familia. Sabiendo los hijos ya en edad temprana que el nacimiento les asegura cierta porción del haber paterno, creen en sus juveniles años y en su inesperiencia que podrán atender con ella á sus necesidades, sin que deban temer jamás al monstruo de la miseria. Empiezan así á vivir en la indiferencia, á cobrar aversión al trabajo, de suyo repugnante, y acaban por entregarse á la desidia. Se ha justificado de este modo la opinión de que los hijos de familias ricas, no obstante los medios de que disponen, apenas salen de la esfera de la medianía. Débense casi exclusivamente, segun M. Le Play, los esfuerzos hacia lo verdadero, lo justo y lo bueno á hijos de familias pobres que lo llevan á cabo, por decirlo así, á título individual, sin el auxilio de una fortuna anterior, de padres ilustrados y de buenas tradiciones, ó, en otras palabras, faltos absolutamente de los principales medios en que se fundan los progresos

de las sociedades. No solo se distinguen los hijos de familias acomodadas por su indiferencia y desidia; distínguense también á veces por su falta de respeto y obediencia hacia sus padres, y mas tarde hacia la autoridad pública. Así debe acontecer cuando se relajan los vínculos de la familia con la seguridad de tener los hijos un lote independientemente de la voluntad del padre».

<sup>156</sup> ARENAL (1895, 336 y 337).

<sup>157</sup> MONTESQUIEU (1844, 401). En nuestra moderna doctrina patria, VALLADARES (2004, 4901) no halla razón alguna para limitar la facultad de disposición *mortis causa* a los progenitores, toda vez que ya han satisfecho en vida sus deberes paternofiliales.

<sup>158</sup> GIL Y ROBLES (1902, 36, n. I) habla del «individualismo más absurdo».

<sup>159</sup> MIQUEL (2014, 986).

<sup>160</sup> PANTALEÓN (2003, 13).

<sup>161</sup> No parece que así sea, cuando quien impuso su visión castellana de las legítimas en el Código Civil reconocía que hay pocas legislaciones que sean tan subordinadas como la navarra al principio de familia (ALONSO MARTÍNEZ, 1884, 108). A pesar de ello, auguraba (*op. cit.*, 116) en el s. XIX un lúgubre y desalentador porvenir a la libertad de testar en Navarra [*sic!*]: «Ya el Sr. Morales, en la Comision de Códigos, si bien defendió con tesón el mantenimiento en Navarra de la libertad de testar, reconoció que el desarrollo de la riqueza, el contacto y frecuente trato con otros pueblos merced á la rapidez y baratura de las comunicaciones, la preponderancia cada dia creciente de los intereses materiales y otras causas, podian influir para que, relajada la severidad de las costumbres y soliviantada la opinion por la repeticion de abusos hasta aquí por todo extremo raros, los mismos naturales de Navarra, en un plazo no lejano, soliciten con ahínco la reforma de su legislacion en sentido restrictivo y renuncien de buen grado á esa libertad que todavía hoy aman con frenesí». Transcurridas ya más de dos décadas del s. XXI, podemos aseverar, sin temor a equivocarnos, que no ha llegado tal día, y que el presagio asumido como propio por ALONSO MARTÍNEZ no parece en absoluto próximo.

<sup>162</sup> Señala GOMÁ (2019, 74) que el vigente sistema legitimario colisiona con la tendencia de favorecer la individualización y el desarrollo personal.

<sup>163</sup> BARRIO (2012, 570 a 574).

<sup>164</sup> En coherencia con el párr. 2.º del artículo 143 del Código Civil (concordante con el art. 139 CC) vigente en aquel momento, donde se disponía: «*Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio*».

<sup>165</sup> Ley 10 de Toro: «*Mandamos, que en caso quel padre o la madre sean obligados a dar alimentos a alguno de sus hijos ylegítimos, en su vida o al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ylegítimo. De la qual parte, despues que la oviere el tal fijo, pueda en su vida o en su muerte hacer lo que quisiere o por bien toviere. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos o descendientes legitimos, mandamos quel padre le pueda mandar iustamente, de sus bienes, todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos*».

<sup>166</sup> En la sucesión en general, realmente. No podemos obviar que en el orden sucesorio intestado el cónyuge viudo se halla relegado a un cuestionable tercer lugar, tras los descendientes y los ascendientes.

<sup>167</sup> ZUBERO (2017, 76 y 77) propone la adopción en nuestro Código Civil de un amplio usufructo de viudedad similar al derecho de viudedad aragonés (arts. 283 a 302 Código del Derecho Foral de Aragón). Por otra parte, estima conveniente equiparar los derechos sucesorios conyugales a los de las meras parejas de hecho estables.

<sup>168</sup> En nuestra opinión, esta solución salvaría la crítica manifestada por PARRA (2009, 505), cuando señala que quienes sostienen la concepción de la legítima como un derecho de alimentos a favor de los descendientes necesitados adolecen de incoherencia «con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento». Según nuestra propuesta, los descendientes únicamente tendrían derecho a la legítima en caso de necesidad (en todo caso, los menores y descendientes en situación de discapacidad mientras tales circunstancias perduren, si bien cabría ampliar su duración a imagen de lo que acontece en el ámbito de las crisis matrimoniales), pero el consorte viudo no gozaría en todo caso de ella, pues entendemos que habría de hacerse depender de su situación económica y de la capacidad para mantener el mismo nivel de vida del que disfrutaba en vida de su cónyuge premuerto.

<sup>169</sup> Artículo 452-1 del Código Civil Cataluña: «*1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3. 2. Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicito, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.*

<sup>170</sup> Una perspectiva similar a la nuestra sostiene O'CALLAGHAN (2015), pues aboga por la libertad de testar limitada únicamente por dos derechos de otras personas propios del Derecho de Familia: el derecho de alimentos de los descendientes —este autor incluye, además, el de los ascendientes—, y el derecho a una eventual compensación patrimonial del viudo, que habría de «articularse a semejanza de lo que se plantea por el divorcio, que es una causa, como la muerte, de disolución del matrimonio».

<sup>171</sup> ROCA TRÍAS (2014, 1264 y 1265).

<sup>172</sup> *Vid.* <https://www.notariado.org/portal/-/los-notarios-explican-las-ventajas-de-hacer-testamento-1> (recurso electrónico accesible el 1 de julio de 2022).

<sup>173</sup> Si el causante tuviera la intención de salvaguardar, asimismo, los intereses sucesivos de sus descendientes, tendría a su disposición —por ejemplo— la facultad de establecer sustituciones fideicomisarias sin las actuales restricciones legitimarias. Sobre la posibilidad de mejorar la situación jurídica del viudo si se establece un derecho sucesorio de alimentos a favor de los descendientes, *vid.* BARRIO (2012, 595 y 596).

<sup>174</sup> TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014, 145, n. 233) consideran, por su parte, que establecer un derecho sucesorio a favor de los familiares en situación de necesidad o dependencia es contradictorio con el hecho de suprimir la legítima de los ascendientes.

<sup>175</sup> PANTALEÓN (2003, 13).

<sup>176</sup> ROUSSEAU denunció que donde las leyes se debilitan con el paso del tiempo, esto es, envejeciendo, se evidencia que ya no hay más Poder Legislativo y que el Estado ha dejado de existir; a nuestro modo de ver, las sucesivas reformas plasmadas no solo en nuestro entorno, sino —principalmente— también en el seno de varios de los ordenamientos de nuestro país, ponen de relieve dicho «envejecimiento» del sistema legitimario de nuestro Código Civil y, por consiguiente, la quiebra de la labor del Poder Legislativo. *Vid.* ROUSSEAU (1762). *Du contrat social, ou Principes du Droit Politique*. Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey, 201. El autor helvético describió del siguiente modo a las personas que encarnan dicho Poder (1762, 85): «Le législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l'Etat. S'il doit l'être par son génie, il ne l'est pas moins par son

emploi. Ce n'est point magistrature, ce n'est point souveraineté. Cet emploi, qui constitue la république, n'entre point dans sa constitution: C'est une fonction particulière et supérieure qui n'a rien de commun avec l'empire humain; car si celui qui commande aux hommes ne doit pas commander aux loix, celui qui commande aux loix ne doit pas non plus commander aux hommes; autrement ses loix, ministres de ses passions, ne seroient souvent que perpétuer ses injustices, et jamais il ne pourroit éviter que des vues particulières n'altérasent la sainteté de son ouvrage» (El legislador es en todos los aspectos un hombre extraordinario en el Estado. Si lo ha de ser por su talento, no lo es menos por su empleo. Este no es ni magistratura, ni soberanía. Este empleo, que constituye la república, no entra en su constitución: es un ministerio particular y superior que nada tiene de común con el imperio humano; porque si el que manda a los hombres no debe mandar a las leyes, tampoco el que manda a las leyes debe mandar a los hombres; de lo contrario sus leyes, instrumentos de sus pasiones, no harían más que perpetuar sus injusticias, y nunca podría evitar que sus miras particulares alterasen la santidad de su obra). Este mismo autor (1762, 123) recuerda que el poder de legislar pertenece al Pueblo, y que a nadie más puede pertenecer.

<sup>177</sup> RUBIO GARRIDÓ (2019, 142).

*(Trabajo recibido el 3 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de abril de 2023)*