

*El debate en torno a la libertad de testar.*

*La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ha organizado en el pasado mes de febrero, un Seminario sobre lo que algunos autores y estudiosos han considerado como un desiderátum que es el establecer la libertad de testar y derogar el derecho de legítimas. El Seminario ha suscitado un extraordinario interés del que queremos también hacernos partícipes, a través de esta crónica.*

### **LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

El pasado 13 de febrero se celebró en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo una sesión sobre «Libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad», en la que actuaron como Ponente la Dra. Teodora Torres García y como Contraponente la Dra. María Paz García Rubio, si bien más que una contraposición de pareceres sobre los temas tratados, ambas se complementaron en la presentación de diversas cuestiones al hilo de la temática tratada.

Con un planteamiento ciertamente original, la estructura de la exposición se construyó a partir de la dicotomía, consagrada por el pensador Isaiah Berlín, entre la libertad en su sentido negativo y la libertad en sentido positivo, que posteriormente han reconocido como válida teóricos del Derecho de la categoría de Dürig, Alexy, Bobbio o Ferrajoli, pero que escasamente ha sido aplicada en el ámbito del Derecho privado. Partiendo de la consideración de la libertad negativa como «no impedimento o no constricción» que es un predicado de la acción, y de la libertad positiva como «autodeterminación o autonomía», su aplicación al ámbito del Derecho sucesorio llevó a las conferenciantes a considerar que la libertad de

testar en sentido negativo consistiría en la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el que podemos considerar patrimonio moral) sin impedimentos o sin imposiciones, para la que reservaron el término «libertad de testar» en su sentido más estricto. Por su parte, la libertad positiva de testar implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean, de suerte que supondría la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la propia voluntad y que, para distinguirla de la anterior, fue denominada «libertad para testar».

En el primero de los sentidos señalados, «libertad de testar», la Dra. Torres tomó como punto de partida la conocida STC de 27 de abril de 2010, que resolvió un recurso de amparo en el que se trataba de dilucidar si se había o no producido una violación del principio constitucional de igualdad en la interpretación realizada por los tribunales ordinarios de una disposición testamentaria en la que se había establecido una sustitución fideicomisaria «*si sine liberis decesserit*», estableciendo que si uno de los potenciales llamados como fideicomisarios premuriera a sus antecesores inmediatos dejando «hijos legítimos» éstos, llegado el caso, se convirtieran en herederos; la cuestión se suscitó porque uno de los llamados como posibles fideicomisarios efectivamente premurió al fiduciario, dejando dos hijas adoptivas que, en la consideración del TSJ de Cataluña, no reunían las exigencias del testador. Por el contrario, el Tribunal Constitucional otorga el amparo y estima que las dos hijas adoptivas han visto violado su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento, consagrados en los artículos 14 y 39 de la Constitución, atribuyendo dicha violación al tribunal que al interpretar la cláusula testamentaria no tuvo en cuenta tales preceptos constitucionales. Con ello el máximo intérprete de la Constitución utiliza la llamada «finta alemana» y evita pronunciarse directamente sobre la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) en materia testamentaria: esto es, sobre si una disposición del testador puede o no ser discriminatoria o, por extensión, contraria a otro derecho fundamental consagrado por la Constitución. La contraponente no se mostró conforme con el criterio del Tribunal Constitucional (tampoco con su precedente en la STEDH de 13 de junio de 2004 –caso Pla&Puncernau vs. Andorra– ni con la más reciente STS de 1 de marzo de 2013, en supuestos semejantes, que no idénticos al analizado) por varias razones, entre las que cabe destacar por un lado, que la libertad de testar es también un derecho constitucional protegido por los artículos 33 y 10 de la CE (en este caso como mani-

festación específica de la libertad genérica que constituye el libre desarrollo de la personalidad) y que como tal, también ha de ser tenido en consideración, al menos para ponderar, en el caso concreto, su peso en relación con del de cualquier otro derecho fundamental y, por otro, porque consideró que los dos preceptos constitucionales utilizados por el Tribunal se refieren a otro tipo de igualdad entre los hijos, en concreto, a la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y que la equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza es una decisión del legislador ordinario que no viene impuesta por la Constitución. Al hilo de las limitaciones a la libertad de testar se preguntaron también las intervinientes si existe o no un derecho subjetivo a testar como se quiera, incluido un modo poco convencional, extraño o irracional, o si por el contrario las exigencias de la moralidad social imponen límites no reglados.

De los límites que en la situación actual el ordenamiento español impone a la libertad de testar en sentido negativo (o libertad de testar en sentido estricto), las ponentes aludieron, como no podía ser de otra manera, a la cuestión de las legítimas. Plantearon cuestiones como su justificación o no en la sociedad actual, el panorama legislativo comparado, dentro y fuera de nuestro país, el problema de la constitucionalidad o no de su hipotética supresión, conjeturas diversas en relación con la reclamada modificación del Código civil en este punto y sus posibles líneas de futuro. En el coloquio que siguió a la exposición de ambas civilistas, este fue, sin lugar a dudas, el tema más controvertido y el que dio lugar a un más acalorado debate entre los partidarios de la supresión de las legítimas, por estimar que se trataba de una institución poco coherente con la estructura familiar de nuestros días, y quienes consideraban más atinado su mantenimiento, con las necesarias modificaciones. Ponente y contraponente eran más partidarias de esta segunda postura, si bien poniendo de relieve la conveniencia de modificar el Código civil español en la materia; para ello se pueden tomar en consideración las modificaciones operadas en otros sistemas tanto extranjeros (francés o alemán, entre otros) como de Derecho civil autonómico que van en la línea de «adelgazamiento» de la legítima: mantenimiento y disminución de la cuantía de la legítima para los hijos y descendientes, basada en el principio de solidaridad familiar, pero revisión –que no necesariamente exclusión– para otro tipo de parientes, como ascendientes y cónyuge viudo; si se opta por mantener la de este último, excluir su consideración como usufructuario, institución que en las actuales circunstancias puede complicar la sucesión y la relación entre los posibles

descendientes del difunto, que muchas veces no serán parientes del viudo; sustitución de la legítima *in natura* por un derecho de crédito pagadero en dinero, flexibilización de su pago, mayor protección de las donaciones hechas en vida por el causante, sobre todo de las más antiguas, frente a las pretensiones de los legitimarios, así como la conveniencia de admitir la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima que ya ha mostrado buenos resultados en otros ordenamientos nacionales, como el gallego. En el punto de los sujetos legitimarios se analizó también la situación de la pareja de hecho, estimando la contraponente que la libertad de testar exigiría que pudiera excluirse al conviviente de la sucesión por la sola voluntad del futuro causante si necesidad de que concurren causas de desheredación y se haga en forma testamentaria; más que extender sin más los derechos sucesorios del viudo al conviviente superviviente, se trataría de establecer un sistema flexible que permitiera reconocerle derechos reales o personales frente a la herencia en función de las circunstancias del caso, conclusión a la que también llega la STC de 23 de abril de 2013, que declaró inconstitucional una buena parte de la ley Navarra de parejas de hecho, si bien con argumentos diferentes y no compartidos por la Profesora García Rubio. Finalmente, también en materia de legítimas, se analizó el interés de modificar las causas de desheredación y en concreto, se cuestionó la conveniencia o no de introducir una nueva causa para los casos en los que el causante y sus descendientes legitimarios hubieran perdido la relación afectiva propia de la familia, al modo que se ha hecho ya en el artículo 451.17.2 e) del CCCat, si bien se puso también de relieve la más que probable conflictividad de este tipo de situaciones.

En el punto relacionado con la libertad positiva de testar o libertad «para testar» como manifestación de la dignidad de la persona y especificación del libre desarrollo de la personalidad, los temas planteados fueron también del máximo interés; la Profesora Torres García analizó el significado del testamento como instrumento de autorrealización del testador, fin al que sirven sus exigencias materiales y formales, recalando especialmente en los requerimientos del testamento de las personas con discapacidad y la necesidad de acomodar totalmente nuestro ordenamiento jurídico, también en esta materia, a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, de la que forma parte España desde 2008 y que entre otras cosas, impide que ninguna sentencia de incapacitación elimine *ex ante* la capacidad para testar y obliga a reconocer la posibilidad de hacer testamento a cualquier persona que pueda

exteriorizar su voluntad por cualquier medio, lo cual exige una interpretación amplia de los requisitos de expresión verbal, oralidad y expresarse por escrito que se exigen en el Código civil para los testamentos notariales; incluso con la asistencia o apoyo de una tercera persona (¿curador?) si fuera necesario.

En atención a esa libertad positiva se pusieron de relieve también las principales salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable en el derecho sucesorio comparado y español, destacando entre ellas en nuestro ordenamiento la intervención del notario como técnico independiente garante de la capacidad y, en su caso, de la integridad y legalidad de la voluntad testamentaria.

Esta libertad positiva se relacionó también con las labores de cuidado y, en concreto, se discutió sobre el testamento hecho a favor de los cuidadores, sean estos del círculo familiar o sean extraños, salvando en este caso las legítimas, de haberlas. El incremento de este tipo de relaciones un mundo en el que cada vez son más numerosos los sujetos que en los últimos años de su vida requieren de asistencia o ayuda que tal vez quieran o piensen en algún momento recompensar en su testamento, pone de relieve el interés del tema. Se puso de manifiesto la prevención que algunos ordenamientos del entorno tienen ante este tipo de disposiciones, como demuestran las modificaciones más o menos recientes del Derecho alemán o francés, que extienden una especie de causa de incapacidad relativa o prohibición de suceder para estos sujetos, o incluso la norma catalana que permite la disposición bajo supervisión notarial (art. 412.5.2 CCCat); se pusieron también de relieve la existencia de normas que, por el contrario, están en la línea de favorecer este tipo de disposiciones, como las contenidas en los artículos 203 y 204 de la LDC-Galicia que parece admitir con carácter general la validez de las disposiciones otorgadas a favor de quien cuida al testador, si bien planteando problemas de determinación del favorecido que no son siempre fáciles de resolver. En este sentido también se puso de manifiesto que la existencia de un mayor ámbito de libertad dispositiva del testador, en el sentido de libertad negativa antes señalado, permite al causante mayor libertad para otorgar beneficios a sus cuidadores. Entre otros temas se suscitó la problemática surgida por la «promesa» de beneficios testamentarios a cambio de las labores de cuidado y los posibles derechos del cuidador cuando el testamento no cumple aquellas promesas.

Por razones de tiempo fueron apenas aludidos otros temas relacionados con la libertad positiva, como el contenido extrapatrimonial del testamento, incluido la decisión sobre la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad y la del llamado «patrimonio

digital» constituido por los datos personales de todo tipo, imágenes, datos médicos, listados de personas, etc, que actualmente se acumulan en cuentas de e-mail, blogs, redes sociales, y otras realidades tecnológicas de creciente uso e importancia y cuya situación jurídica tras la muerte del titular está lejos de ser clara.

Como colofón se hizo también mención a la importancia que para la libertad de testar, en ambos sentidos, positivo y negativo, está destinado a tener el Reglamento (EU) n.º 650/2012, 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; de las varias razones argumentadas destaca por su importancia la novedad de permitir expresamente la inclusión como cláusula testamentaria de la llamada *professio iuris*, o cláusula de elección de ley (art. 22 Reglamento). La exposición terminó con una referencia a las posibles diferencias de género en el uso de la libertad de disponer *mortis causa*.

Para concluir esta reseña es de resaltar que, como sucede con todas las intervenciones organizadas por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, la versión escrita permitirá extenderse y disfrutar con mayor calma y rigor de las muchas e interesantes cuestiones que aquí han sido únicamente pergeñadas. (R.)