

AURELIO BARRIO GALLARDO  
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO CIVIL

# EL LARGO CAMINO HACIA LA LIBERTAD DE TESTAR

De la legítima al derecho sucesorio de alimentos



*Dykinson, S. L.*

	d. El contraargumento: el derecho a quitarles la vida a los hijos .....	72
4.	Las modalidades testamentarias operativas bajo el régimen de las XII Tablas.....	74
	a. Introducción y sugerencia de una tesis.....	74
	b. El <i>testamentum calatis comitiis</i> .....	76
	i. El orden de sucesión abintestato en las XII Tablas.....	76
	ii. El testamento ante los Comicios calados.....	79
	iii. La naturaleza jurídica del calatis comitiis: acto de adrogación.....	80
	iv. El sentido de esta clase de testamento .....	84
B.	EL DERECHO ROMANO CLÁSICO .....	88
	I El Derecho romano clásico: la exigencia de una desheredación expresa.....	88
	1. Introducción.....	88
	2. Interpretatio e instauración de la libertad de testar .....	89
	3. La fórmula para instituir o desheredar.....	92
	4. Desheredación nominatim o inter ceteros.....	97
	a. Distinción entre hijos e hijas y nietos.....	97
	b. Ausencia de motivación en la decisión adoptada.....	99
	c. Las consecuencias en caso de preterición.....	102
	d. Razones que pudieron motivar la aparición de esta exigencia formal .....	104
	5. Arraigo del testamento per aes et libram .....	106
	II. Limitaciones de contenido sustantivo a la libertad dispositiva del causante.....	113
	1. Limitaciones a la libertad de legar.....	113
	a. Introducción.....	113
	b. La legislación republicana represora de las liberalidades excesivas.....	116
	c. La <i>Lex Falcidia</i> .....	120
	2. Limitaciones a la libertad de testar .....	123
	a. Datación temporal de la queja ante el <i>Tribunal de los "Cien Hombres"</i> .....	123
	b. El conocimiento de esta causas por el Tribunal de los <i>Centumviri</i> .....	126
	c. La contravención del <i>officium pietatis</i> .....	129
	i. ¿En qué consistía la vulneración? .....	129
	ii. El concepto de "deber de piedad".....	133
	d. Retórica y presunción de no estar en su sano juicio ( <i>color insaniae</i> ).....	137
	e. Sustanciación del proceso ante el Tribunal .....	144
	f. Cuantificación de la cuota a imitación de la <i>Lex Falcidia</i> .....	148
	III. Estudio de las causas que pudieron motivar la instauración de restricciones a la libertad de testar a partir del último siglo de la República .....	156
	1. Introducción y necesidad del análisis.....	156
	2. La desconfianza en el individuo como fuerza motriz del cambio .....	157
	3. El primigenio y adecuado ejercicio de la libertad de testar .....	159

4.	Las razones convencionales que motivaron la introducción de limitaciones.....	161
a.	Proliferación de casos de desheredación injustificada.....	161
b.	La opinión generalizada entre la doctrina española.....	163
c.	Condicionamientos socio-económicos.....	167
d.	La degradación de las buenas costumbres cuando la República toca a su fin.....	168
e.	Matizaciones que pueden introducirse tras la lectura de la obra de MAINE.....	171
f.	Medidas legislativas para combatir el despotismo familiar.....	172
g.	La concepción actual de la legítima y su entronque con el Derecho romano.....	173

## CAPÍTULO II. LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL *COMMON LAW* INGLÉS..... 177

A.	EL NACIMIENTO DEL <i>COMMON LAW</i> EN EL BAJO MEDIEVO.....	177
I.	Los padres del Derecho inglés.....	177
1.	Ranulf de Glanville.....	177
a.	Su vida.....	177
b.	Aportaciones principales.....	179
2.	Henry de Bracton.....	182
a.	La prominente trayectoria de Bracton.....	182
b.	Su principal mérito: la construcción de un Derecho nacional.....	184
c.	Una aproximación a " <i>De Legibus</i> ".....	185
i.	Metodología romana sobre materia inglesa.....	185
ii.	La Escuela de Bolonia y Bracton.....	189
iii.	Empleo de la glosa y el comentario por el autor.....	191
iv.	Ordenación sistemática de la obra.....	194
v.	Inferencia a partir de precedentes judiciales.....	195
d.	La impronta latina de los primeros tratados.....	198
II.	La legítima en la Inglaterra de la época: análisis de las fuentes.....	201
1.	"Más Glanville que Bracton".....	201
2.	Explicación de la cita textual de Glanville.....	203
3.	La canalización procesal de las partes razonables.....	207
4.	Asimilación de esta writ a la legítima continental.....	211
a.	¿Fue la libertad de testar consustancial al Derecho inglés originario?.....	211
b.	Constatación de una suerte de legítima en el <i>Common Law</i> medieval.....	214
c.	La uniformidad del régimen sucesorio en Inglaterra y Escocia.....	217
B.	EL DERECHO INGLÉS EN LOS ALBORES DE LA MODERNIDAD. ....	219
I.	Subsistencia fragmentaria del antiguo régimen en los siglos ulteriores.....	219
1.	Progresiva abolición de esta clase de restricciones.....	219
2.	Repercusión de la doctrina de las partes razonables en los abintestatos.....	224

II. Partición tripartita y <i>Common law</i> : una reflexión general.....	227
1. El estado de la cuestión .....	227
2. “Books of Authority” .....	229
3. Opinión de la doctrina.....	231
4. Reflejo en los Anuarios.....	232
5. Posible explicación .....	233
C. EL <i>COMMON LAW</i> DE LA EDAD CONTEMPORÁNEA.....	235
I. La libertad de testar en el marco del liberalismo económico .....	235
1. Las premisas del liberalismo inglés de los S. XVIII y XIX.....	235
a. Liberalismo y autonomía de la voluntad .....	235
b. El sentido genuino de la “ <i>freedom of testation</i> ” .....	238
2. Un régimen sucesorio influenciado por postulados filosóficos .....	240
II. Traslado de este pensamiento político-económico a un contexto jurídico.....	244
1. Preliminar: Distinción entre patrimonio “personal” y “real”.....	244
2. La desaparición de los usufructos viduales a lo largo del S. XIX .....	245
a. Limitaciones a la libre disposición mortis causa del “ <i>personalty</i> ” .....	245
b. Restricciones a la disposición mortis causa del “ <i>realty</i> ”. .....	247
c. Los “ <i>marital estates</i> ”: nota breve sobre su origen y naturaleza jurídica.....	250
3. Caminando hacia la libertad de testar: la época victoriana.....	256
a. Un año clave: 1833.....	256
b. Las extralimitaciones del causante .....	257
D. EL <i>COMMON LAW</i> EN LA ACTUALIDAD: UN EJERCICIO DE PROSPECTIVA .....	260
I. El restablecimiento de las restricciones a la libertad de testar.....	260
1. El calamitoso S. XX: un punto de inflexión .....	260
2. Las antiguas colonias, abanderadas del nuevo modelo.....	263
a. Nueva Zelanda.....	263
b. Australia .....	265
3. Su proliferación en otros países de la “Commonwealth” .....	267
4. Recepción de la “ <i>family provision</i> ” en la metrópoli.....	268
5. Observaciones finales.....	272
II. La libertad de testar en Inglaterra: valoración general y perspectivas de futuro .....	279
1. Una percepción diferente de la realidad.....	279
2. Relativismo de la libertad de testar en el decurso temporal.....	287
3. Invitación a reconsiderar este principio desde la mirada del jurista continental.....	291
4. Epílogo.....	293
CAPÍTULO III. LA PRODICALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: ANÁLISIS DE ESTA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN INTER VIVOS... 297	
A. LA PRODICALIDAD EN EL DERECHO ROMANO.....	297
I. Situación jurídica y definición de pródigo.....	297
1. Alusiones a la prodigalidad en obras de la literatura universal.....	297

2.	El concepto de pródigo en el Derecho romano.....	299
II.	Introducción a la evolución histórica de la figura.....	300
III.	La prodigalidad en las XII Tablas.....	301
1.	La regulación de la prodigalidad en la Ley Decenviral.....	301
2.	El fundamento de la prodigalidad en las XII Tablas.....	303
3.	¿Pero por qué sólo el patrimonio en el que el pródigo ha sucedido abintestato?.....	307
4.	La tesis minoritaria de Xavier D'ORS.....	308
IV.	La prodigalidad en el Derecho clásico y justiniano.....	309
1.	El cambio de fundamento del instituto habido durante el Derecho clásico.....	309
2.	Consecuencias en la regulación de dicho cambio de la orientación.....	310
3.	¿Existen tesis intermedias o eclécticas?.....	312
4.	La opinión de UBBELOHDE y AUDIBERT.....	313
5.	La controversia acerca de la condición jurídica del pródigo.....	315
V.	La incidencia de la prodigalidad en el ámbito sucesorio.....	317
1.	El decreto de interdicción del magistrado.....	317
2.	La capacidad de obrar en los negocios jurídicos mortis causa.....	317
B.	LA DEFINICIÓN DE LA PRODIGALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	321
I.	La dificultad de pergeñar el concepto.....	321
1.	Una cuestión tradicional en el debate científico.....	321
2.	La primera jurisprudencia del TS: identificación con sentido usual.....	324
3.	La STS de 25 de marzo de 1942.....	326
4.	DE CASTRO Y BRAVO y CASTÁN TOBEÑAS: el concepto técnico-jurídico.....	327
5.	Definiciones doctrinales más recientes.....	329
C.	LOS MODELOS ABSTRACTOS DE PRODIGALIDAD SEGÚN EL INTERÉS PROTEGIDO POR LA INSTITUCIÓN.....	334
I.	El interés protegido por la institución.....	334
1.	La protección de un interés público: de la protección de la economía nacional a la defensa de la persona del pródigo.....	334
a.	El modelo de corte germánico: La tutela de la economía nacional.....	334
b.	Refutación del antiguo modelo germánico.....	336
c.	El modelo alemán o romano-germánico moderno.....	337
d.	La influencia –transitoria– del modelo en nuestro país.....	338
2.	La protección de otro interés público: Evitar cargas excesivas al Estado.....	344
a.	El modelo del <i>Common Law</i> , URSS y parcialmente de Iberoamérica.....	344
b.	El interés crematístico “oculto” o subyacente en la prodigalidad.....	347
3.	La protección del interés privado: el modelo español en abstracto.....	349

D.	EL MODELO CONCRETO ESPAÑOL DE DECLARACIÓN DE PRODICALIDAD .....	352
I.	La prodigalidad previa a la codificación.....	352
1.	Protección de los herederos forzosos: expectativas legitimarias .....	352
2.	La constatación de un interés exclusivamente privado.....	355
a.	No cabe la prodigalidad ante la ausencia de legitimarios.....	355
b.	Breve inciso sobre la polémica acerca del concreto interés jurídico protegido .....	358
c.	Cesa también cuando desaparecen los legitimarios.....	362
d.	Libertad de gasto –o de malgasto– ante la ausencia de cónyuge y legitimarios .....	363
II.	El cambio de criterio tras la Ley de 24 de octubre de 1983 .....	365
1.	Líneas generales de la reforma.....	365
2.	El tránsito hacia el nuevo interés protegido por la prodigalidad.....	371
3.	Escasa variación tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuicia- miento Civil.....	379
4.	La reproducción del mismo sistema o estructura, sustituyendo legítima por alimentos.....	381
5.	Conclusión: La prodigalidad no se ha establecido nunca en bene- ficio del propio pródigo.....	383
III.	Crítica de los aspectos técnicos de la reforma de 1983 .....	390
1.	Planteamiento del problema: la esfera patrimonial-familiar del pródigo .....	390
2.	El silencio del legislador de 1983 .....	391
3.	Propuestas actuales de solución.....	394
E.	¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE UN INSTITUTO COMO LA PRODICALIDAD?.....	401
I.	Debate y acuerdo transaccional en 1983 .....	401
1.	Introducción .....	401
2.	El contexto del debate en 1983 .....	402
3.	Su plasmación en los distintos proyectos normativos.....	403
4.	La opinión posterior de los autores.....	405
II.	La crítica de la institución en España entre 1889 y 1983 .....	409
III.	La crítica de la prodigalidad a partir de la Ley 13/1983.....	411
F.	VALORACIÓN DEL FUNDAMENTO Y EXISTENCIA DE LA PRODICALIDAD .....	414
I.	Objeciones a la existencia de la figura: estado de la cuestión .....	414
1.	El contexto del debate en abstracto.....	414
2.	Las posiciones favorables a la prodigalidad y sus argumentos.....	417
3.	Posturas favorables a la supresión de la figura .....	421
a.	Las tesis neoliberales.....	421
b.	La opinión de Pablo SALVADOR CODERCH.....	424
4.	Opiniones defensoras de su mantenimiento.....	426
a.	Tesis del abuso del derecho de propiedad o ejercicio antisocial del mismo .....	426
b.	La crítica de estas últimas tesis .....	429
II.	Valoración personal de la figura .....	430
1.	La función familiar del patrimonio individual.....	430

2. La prodigalidad y el aseguramiento de los deberes familiares .....	432
3. Desproporción entre el interés protegido y el cauce jurídico empleado para su protección.....	434
4. Tesis de Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Pablo SALVADOR CORDERCH .....	436
III. Una reflexión final .....	438
CAPÍTULO IV. HACIA UNA MAYOR LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO SUCESORIO DE ALIMENTOS.....	441
A. LA ACTUALIDAD DEL TEMA.....	441
I. Estado de la cuestión y reapertura del debate.....	441
1. Introducción. Disensiones en el seno de la Comisión de Codificación.....	441
a. El período de la codificación española.....	441
b. Las fórmulas transaccionales.....	443
c. La discusión en el seno de la Comisión General de Códigos.....	444
d. Incidencia de la “cuestión regional” en el debate.....	447
2. Reavivación de la polémica en nuestros días.....	449
II. Necesidad de un cambio: consideraciones sociológicas de carácter general .....	451
1. El primer cambio estructural: el incremento de la esperanza de vida.....	451
a. El aumento de la esperanza de vida en nuestro país .....	451
b. Reapertura del debate en España: vuelve a cobrar actualidad el tema. ....	453
c. Valoración o crítica general: la institución ha cambiado de cometido .....	458
2. La segunda modificación estructural: la variación en la fuente del enriquecimiento personal.....	463
a. Cambios en el origen de la mayoría de las fortunas y consecuencias sobre las restricciones a la libre disposición.....	463
b. Las tesis de VALLADARES RASCÓN: un cambio de paradigma en el modelo económico.....	467
c. El origen del patrimonio individual: el trabajo.....	469
d. Transmisión de empresas familiares y “huida” del Derecho hereditario .....	471
i. La crisis y la huida del Derecho de sucesiones.....	471
ii. Los sucedáneos del testamento .....	475
e. Enlace con el instituto de la prodigalidad y su reforma en los años 80.....	478
f. Hacia la equiparación de restricciones a la libertad de disposición <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .....	481
B. UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO SUCESORIO DE ALIMENTOS .....	483
I. Creciente importancia de la estadística en las propuestas <i>de lege ferenda</i> .....	483

II. Algunos muestreos y estudios estadísticos acerca de la libertad de testar .....	484
1. Descripción de las encuestas y sus resultados .....	484
a. El cuestionario distribuido entre los miembros de la ASPC.....	485
b. La encuesta de la Asociación de Notarios “Joaquín Costa” .....	486
c. Otros muestreos de de ámbito más reducido: la Comunidad Autónoma de Aragón.....	487
2. La opinión del colectivo notarial a través de las publicaciones científicas .....	489
a. La voluntad más usual entre los matrimonios .....	489
b. La propuesta del colectivo notarial “negro sobre blanco” .....	494
III. Opinión de las Cátedras acerca de las modificaciones propuestas .....	496
IV. La “redimensión” de la legítima .....	498
C. EL ENCAJE DE LA PROPUESTA EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE .....	500
I. Libertad para testar: ¿Se puede prescindir de la legítima? .....	500
1. Introducción: fundamento y existencia de la legítima en el Derecho español .....	500
2. Legítima y Derecho natural.....	501
a. La legítima en la tradición jurídica española.....	501
b. Opiniones concordantes de otros países europeos de Derecho continental .....	503
c. El período inmediatamente anterior y posterior al Código civil español .....	504
d. Valoración: posible sentido actual de esta concepción <i>iusnaturalista</i> .....	510
3. Legítima y Derecho constitucional .....	511
a. Planteamiento inicial del problema: ¿son las legítimas un derecho consagrado en la Constitución española? .....	511
i. Propiedad privada, herencia y Constitución .....	512
ii. El término “herencia” en el art. 33.1 de la CE.....	518
iii. El silencio clamoroso de la jurisprudencia .....	521
iv. La corriente minoritaria: las legítimas son una exigencia constitucional .....	523
v. La opinión doctrinal común o mayoritaria.....	525
a. Pronunciamiento tácito.....	525
b. Pronunciamiento expreso .....	527
vi. Conclusión: La Constitución no impone un determinado modelo sucesorio.....	529
a. La propia coexistencia de Derechos forales entraña su admisión .....	531
b. El derecho sucesorio de alimentos en los Derechos civiles forales o especiales.....	533
4. Reflexión general a la vista de lo expuesto.....	536
II. Un mínimo indisponible: el derecho de alimentos .....	538
1. El fundamento constitucional del débito alimentario .....	538
a. Introducción: su antiguo origen en el Derecho natural.....	538
b. Su actual exigencia constitucional.....	541

i.	Interpretación de la jurisprudencia.....	541
ii.	Digresión doctrinal: ¿Hasta dónde alcanza la protección constitucional de los descendientes?.....	542
c.	Los alimentos de los hijos mayores de edad .....	545
i.	El régimen general bajo el Código civil.....	545
ii.	Su repercusión en la propuesta de reforma .....	549
iii.	Otro elemento de juicio interesante: el Derecho aragonés .....	550
2.	Valoración general.....	553
III.	Una atribución legal híbrida entre legítima y alimentos: el derecho sucesorio de alimentos.....	555
1.	Discusión del fundamento de la obligación de alimentos.....	555
2.	Unas notas acerca de la conexión histórica legítima-alimentos.....	564
3.	La "legítima en alimentos" en la reciente tradición jurídica hispánica .....	568
a.	Introducción: La previsión recogida en los arts. 2266 y ss. Proyecto de 1836 .....	568
b.	La legítima de los antiguos hijos ilegítimos no naturales.....	570
i.	Introducción .....	570
ii.	Discriminación por razón de nacimiento y derechos legítimos.....	571
iii.	Naturaleza jurídica de la figura.....	574
iv.	Su nota más peculiar e interesante .....	576
c.	Valoración e interés al objeto de la propuesta <i>de lege ferenda</i> .....	577
D.	EL DERECHO LATINOAMERICANO: UN ÚLTIMO APUNTE DE DERECHO COMPARADO .....	580
	CONCLUSIONES .....	585
I.	CONCLUSIÓN: <i>El cambio de circunstancias socio-económicas</i> .....	585
II.	CONCLUSIÓN: <i>Régimen unificado con la prodigalidad</i> .....	587
III.	CONCLUSIÓN: <i>La prestación: descripción del crédito</i> .....	588
IV.	CONCLUSIÓN: <i>La convergencia dentro del contexto europeo</i> .....	589
V.	CONCLUSIÓN: <i>Libertad relativa de testar y salvaguarda de un mínimo indisponible</i> .....	591
VI.	CONCLUSIÓN: <i>La propuesta concreta y algunas de sus ventajas</i> .....	593
	BIBLIOGRAFÍA .....	597
	Capítulo I. Las restricciones a la libertad de testar en el Derecho romano .....	597
	Capítulo II. Las restricciones a la libertad de testar en el <i>Common Law</i> inglés.....	607
	Capítulo III. La prodigalidad en el derecho español: análisis de esta restricción a la libertad de disposición inter vivos.....	635
	Capítulo IV. Hacia una mayor libertad de testar en el código civil: el derecho sucesorio de alimentos .....	643