

LA LIBERTAD DE TESTAR: ENTRE CONSTITUCIÓN Y FAMILIA

Encarnación ROCA TRÍAS*

Resumen

A lo largo de este texto la autora se pregunta acerca de la función social de la herencia, de las limitaciones jurídicas a la libertad de testar de los causantes y, en última instancia, de la posición constitucional de la legítima.

Palabras clave

Libertad de testar, herencia, testamento, legítima, familia, propiedad, derechos fundamentales.

Abstract

Throughout this text, the author questions the social function of inheritance, the legal limitations on the testamentary freedom of the deceased and, ultimately, the constitutional position of the forced portion.

Keywords

Testamentary freedom, inheritance, testament, forced share, family, property, fundamental rights.

SUMARIO: I. Introducción; II. La herencia como derecho fundamental; III. La función social de la propiedad; IV. La función social de la herencia; 1. La idea constitucional de la función social; a) Pero ¿es que existe una función social propia de la herencia?; 2. Valores e intereses

* Vice-Presidenta del Tribunal Constitucional. Catedrática de Derecho civil.

en la función social de la herencia; a) La protección de determinados aspectos familiares; b) La reversión a la colectividad; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

LA problemática acerca de la libertad de testar se concreta en la vieja cuestión relativa a la participación que los hijos del causante deben tener en los bienes del patrimonio hereditario. Más concretamente, en si deben o no tenerla. ¿Es un derecho natural de los hijos o bien es un derecho reconocido por el sistema jurídico, por lo que puede modularse de acuerdo con las concretas políticas legislativas en cada momento? Este texto no va a estudiar directamente este tema, aunque en algún momento no me quedará otro remedio que hacer alusión al mismo.

Debo advertir de entrada lo que quizá debería ser una conclusión, pero que me parece debe quedar claro desde el principio: los términos en que está planteada la cuestión de la legítima, es decir, la participación de los hijos en un sistema que favorece la transmisión sucesoria entre familiares próximos sin tener en cuenta ninguna de las profundas modificaciones que ha experimentado la familia durante los últimos treinta años parece que es algo ya obsoleto. Como tendré ocasión de argumentar a lo largo de este trabajo, los problemas que tienen los jueces debidos a cuestiones tan complejas como el alejamiento de los legitimarios de sus causantes; el aumento de la esperanza de vida; la escasa cuantía de los patrimonios en general; las inversiones sin retorno de los padres en hijos; los divorcios y las parejas reconstituidas, con la diversificación del origen de los hijos y un largo etcétera, deben ser resueltos por el legislador. Pero caen todos en la mesa de los jueces dada la pereza de este último⁽¹⁾.

Para ello en esta introducción y para centrar el tema y ayudar a reflexionar voy a plantear dos ejemplos y un repaso muy rápido algunos sistemas legitimarios.

a) *El ejemplo de Cataluña (1565)*. Tan lejos como en 1565, en pleno siglo XVI, Felipe III sanciona en las Cortes de Monzón la Constitución *Zelant per la conservació de les cases principals*⁽²⁾ en la que se redujo la cuantía de la legítima a una cuarta parte de la herencia del y permitió al heredero pagarla en bienes o en dinero. Se produjo así una revolución familiar y económica importante en el derecho catalán que desde 1333, en una Constitución aprobada en las Cortes de Montblanch, había impuesto la legítima justiniana, aboliendo la aplicación de la legítima gótica⁽³⁾.

(1) Aunque algunos autores justifican esta «pereza», dado que el cambio de los patrimonios y la forma de gestionarlos produce que muchos efectos se produzcan fuera del sistema sucesorio. Bouckaert (2009), pp. 92-93.

(2) Libro 6, tit 5, const 2 del volumen I de las *Constitucions i altres drets de Catalunya*.

(3) Sobre la cuestión histórica, ver Puig Ferriol-Roca Trias (1980), p. 278.

Brocá, en 1918, apuntaba las razones de esta revolución, diciendo que «sin duda se pulverizaban los patrimonios con perjuicio de la riqueza general y detrimento de la importancia que la nobleza había de conservar en el organismo político de Cataluña»⁽⁴⁾. Pero son los historiadores los que mejor han entendido las razones y las consecuencias de la decisión tomada en 1565; por ejemplo, Elliott traduce la expresión «Zelant» en el sentido del ansia de la sociedad catalana «de perpetuar el nombre y la riqueza de la familia»⁽⁵⁾ y señala asimismo lo que pocos historiadores y sobre todo, juristas catalanes osan poner de relieve, es decir, las consecuencias sociales que comportó la reducción de la legítima. Efectivamente, dice que «las tres cuartas partes del patrimonio quedaban entonces en manos de un solo heredero» y que «el cabeza de familia trataría, pues, de sacar dinero para proporcionar dotes a sus hijas y establecer a sus hijos antes de deshacer su patrimonio», con la consecuencia adicional que «mientras que el primogénito, al quedar en casa para atender a su patrimonio, contribuyó a proporcionar a la sociedad catalana su fundamental estabilidad, el hermano menor obligado a defenderse por sí mismo, le proporcionó un elemento dinámico», de tal manera que «la vigorosa industrialización de Cataluña en los siglos XVIII y XIX puede ser atribuida en parte a la energía y al talento de los hijos menores, obligados a ganarse la vida por sí mismos»⁽⁶⁾.

b) *La URSS (1918-1922)*. Un caso muy distinto, porque las razones ideológicas difieren radicalmente, es el que tiene lugar en Rusia como consecuencia de la revolución de octubre. En un primer momento se declarará abolido el derecho a la herencia, pero en 1922 y para «frenar el hundimiento económico que había seguido a la revolución de octubre»⁽⁷⁾ se amplió el derecho a la herencia, aunque con una serie de limitaciones. Respecto a lo ocurrido en la URSS, Ascher pone de relieve el fracaso del proyecto inicial y entiende que reducir la herencia (*curtailing inheritance*) puede ser más fácil de decir que de llevar a la práctica⁽⁸⁾.

He puesto estos dos ejemplos para poner de relieve que partiendo de la base del mantenimiento del mecanismo sucesorio, indispensable para resolver el problema de la falta de la titularidad de los bienes que pertenecieron al causante, hay sistemas diversos, con origen en ideologías y finalidades también diversas, pero convergentes en el mismo punto: hay que crear un sistema para organizar los intereses que quedan sin titular por la muerte, pero veremos cuál es el nivel de implicación en la protección de la familia.

Sin embargo, durante el siglo XIX⁽⁹⁾ el propósito del legislador dará un giro radical, ya que el concepto de propiedad cambiará y entonces el problema se cen-

(4) Brocá y Montagut, (1918, ed. facsímil 1985), p. 368.

(5) Elliott (2006), p. 39.

(6) Sin embargo, en épocas de carestía, el sistema de atribución de las legítimas, con el consiguiente pago en bienes o en dinero produjo importantes endeudamientos de esas «cases principals». Ver Ferrer y Alós (1984), *in totum*, en relación a la comarca del Bages.

(7) Pérez Simeón (2016) p. 8. Este autor dice que en el Código de 1922 se mantuvo el límite de un máximo de 10.000 rublos oro; si el patrimonio fuera superior, debe ir al círculo de familiares y dependientes del causante, que sucederían tal como habría dispuesto el testador en su testamento o por partes iguales. Lo que excediera de los 10.000 rublos correspondería al Estado.

(8) Ascher (1990), p. 114.

(9) Clavero, B. (1984), p. 21 dice que «La misma libertad de testar habría inducido entre los catalanes esa grandeza de actividad, ese amor al trabajo, ese espíritu emprendedor y esa persecución en la prosecución de sus negocios que sería en suma consecuencia del régimen liberal sin más», a lo

trará en resolver la participación de la familia en los bienes propiedad del difunto, ya sea porque se trate de bienes que han pertenecido al tronco familiar en patrimonios creados por antepasados del causante y que hasta un momento determinado del s. XIX habían sido mantenidos por medio de los mayorazgos, o bien porque se trate de bienes creados con los nuevos procesos industriales que como bienes implicados en procesos de industrialización, deberá decidirse sobre su destino a la muerte de su creador. De aquí que la discusión sobre la participación o no de los miembros de la familia en este patrimonio es un poliedro con muy diferentes caras: si la política consiste en proteger los aspectos económicos de la familia como medio de incrementar o mantener la riqueza del país, muy posiblemente la técnica a utilizar será la de la libertad de disposición por causa de muerte. Si lo que se prefiere es potenciar los aspectos más personales de la familia, la política será la participación de los hijos y demás parientes en el patrimonio del causante⁽¹⁰⁾.

Todo ello parte de una muy limitada concepción de lo que debe de ser la participación de los componentes de la familia en el patrimonio hereditario, porque los patrimonios sobre los que recaen las cargas de reservar las legítimas no son siempre los grandes patrimonios sobre los que históricamente y hoy se han planteado las discusiones sobre la libertad de testar: la propiedad de la vivienda ha ampliado el acceso a las sucesiones a colectivos hasta ahora excluidos; el aumento de la esperanza de vida produce que los fines perseguidos por la legítima se tambaleen y la exigencia de que la herencia cumpla con su función social, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 CE produce que haya que enfrentarse a la libertad de testar partiendo de unos parámetros muy distintos a los que se utilizaban en el siglo XIX, que es cuando se configura la actual regulación.

c) *Los sistemas legitimarios europeos.* Vaquer⁽¹¹⁾ recupera la clasificación de los sistemas legitimarios europeos entre aquellos que denomina «clásicos», la *family provision* y las soluciones intermedias. Considera que el panorama legislativo es absolutamente variado. Por ejemplo, la situación en Inglaterra y Gales, a partir de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, reformada por la *Law Reform (Succession) Act 1995*. En estas disposiciones y partiendo de la libertad de testar del causante, se introduce una limitación, la *family provision*, cuando no se efectúe una «atribución económicamente razonable» a favor de quien solicita esta atribución; hay que tener en cuenta que según explica el propio Vaquer, cuando se ha solicitado esta atribución al juez, éste es libre de reconocerla o si la reconoce, determinar su cuantía. Dicho esto, será mejor utilizar el derecho comparado en cada concreta argumentación de este trabajo.

que añadía que «*el sistema de sucesión forzosa es socialista y comunista; hase creído alguna vez que la libertad de testar es una tradición de la aristocracia o de la gran propiedad, pero nada más lejos de la realidad: sería el sistema propio de la sociedad mercantil e industrial, sirviendo a la conservación de las empresas, como sobradamente lo probaría de nuevo, Inglaterra*». El texto en cursiva corresponde a citas de Cadafalch i Buguñá y Rafael Rodríguez de Cepeda, que se encuentran en la nota 55 de la página 21 del trabajo citado.

(10) Bouckaert, B. (2009), p. 92.

(11) Vaquer Aloy (2007) pp. 3-7 y especialmente, notas 4-11. Véase también Arroyo (2010), p. 5 respecto a la reforma de la legítima en Alemania, aunque ésta se refiere a aspectos técnicos de la misma.

II. LA HERENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El art. 33 CE establece lo siguiente:

- «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia».
- «2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

1.º *Los orígenes.* Dejando aparte el concepto de expropiación, contenido en el párrafo 3, que no interesa en este momento, una lectura rápida de lo dispuesto en el art. 33 CE podría llevarnos a concluir que la exigencia de la función social, a la que luego me referiré más ampliamente, deriva pura y exclusivamente de la Constitución.

Es cierto que el concepto moderno de propiedad está íntimamente ligado a que el titular cumpla la función social en el sentido constitucional del término, pero también lo es que la evolución del derecho de propiedad, al que al parecer debe ligarse el de herencia, o por lo menos en el actual sistema, es muy importante a partir del 1789. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aun en vigor en Francia, en su art.17 dice que

- «La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que sí lo requiera claramente la necesidad pública legalmente comprobada y bajo la condición de una indemnización previa y justa».

Esta definición es una pieza esencial del credo burgués y seguirá siéndolo durante todo el siglo XIX y buena parte del XX. La propiedad se identificaba entonces con la libertad, de modo que el poder de disposición sería considerado el aspecto principal de la propiedad. Diez Picazo señalaba que desde el punto de vista dogmático solo puede reconocerse el derecho como tal si incluye los derechos de usar, disfrutar y disponer⁽¹²⁾ y Diez Picazo Giménez dirá que la idea clave es que la libertad no es posible sin la propiedad privada⁽¹³⁾. Esta idea se irá reproduciendo en las Constituciones españolas del siglo XIX a partir de la Constitución de 1812, que reflejaba claramente la misma relación entre libertad y propiedad que la Declaración francesa, cuando en su art. 4 decía que «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Sin embargo, el siglo XX ve nacer el concepto de la función social de la propiedad⁽¹⁴⁾, y se introduce en las diferentes Constituciones europeas, la más importante por su influencia, la de Weimar, de 1919, que fue uno de los primeros textos constitucionales que reconoció derechos sociales⁽¹⁵⁾. El art. 153 de dicha Constitu-

(12) Diez Picazo, Luis (1991), p. 1263.

(13) Diez Picazo Giménez (2008), p. 528.

(14) Sea cual sea su inicio, que algunos ven en la doctrina social de la Iglesia católica. Ver los autores citados en la nota 37.

(15) Según Hattenhauer (1987), las circunstancias económicas consecuencias de la primera guerra mundial, originaría desplazamientos en la teoría de la propiedad, de donde surge el art. 153; según este autor (p. 123), los socialistas destacaban que el párrafo que «sometía a regulación legal no solo los límites de la propiedad, sino su contenido» comportaba que «ahora era el estado el que fijaba por ley el modo en que el propietario tenía que usar de su libertad».

ción introdujo un último párrafo en el que se decía que la propiedad obliga y que su uso servirá al mismo tiempo al bien común. Artículo que se repite casi literalmente en el art. 14 de la Constitución vigente que establece que «la propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes». (2) «La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común». A su vez, el Art. 42 de la *Constitución de la República italiana* (trad. propia) dice que «La propiedad es pública o privada [...]. La ley reconoce y garantiza la propiedad privada, determina los modos de adquisición, de goce y los límites con la finalidad de asegurar la función social y hacerla accesible a todos. [...] La ley establece las normas y los límites de la sucesión legal y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia».

La fórmula de la obligatoriedad de la propiedad, es decir la imposición de cargas está todavía lejos del reconocimiento de la función social. Hay que reconocer, por tanto que la cláusula contenida en el art. 42 de la Constitución republicana de 1931, resultaba mucho más avanzada; el art. 42. 2 decía que «La propiedad privada está reconocida y garantizada por la Ley, la cual determina sus formas de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos». Es decir, la Constitución de 1931 se adelantó a la de 1978 en la que, como veremos, la función social no consiste en la delimitación del contenido de la propiedad por medios externos o por una causa que obliga al propietario, sino que forma parte de su configuración constitucional como integrante del derecho de propiedad, por lo que no implicará la indemnización (STC 227/1988, de 29 de noviembre, ley de Aguas).

2.º Propiedad privada y herencia. Al parecer la protección constitucional de la herencia deriva de la Constitución de Bonn, cuyo art. 14, como ya se ha visto, garantiza la propiedad y el derecho a la herencia⁽¹⁶⁾. El art. 42. 4 de la Constitución republicana de 1931 decía que «la Ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia». Igual ocurre en el art. 33.2 CE, aunque con una formulación distinta.

En consecuencia, la problemática principal se desarrolla ahora en torno a si debe entenderse la herencia como derecho fundamental, derivada o no del derecho a la propiedad, según establece el art. 33.1 CE.

Dice Angel López⁽¹⁷⁾ que en la herencia se encuentran subyacentes tres tipos de intereses: a) los patrimoniales del difunto, es decir lo que el autor cualifica como «orden individual patrimonial», que está relacionado «con la posibilidad de, determinar más allá de la muerte el destino de los bienes, junto al correspondiente a sus acreedores; b) el orden familiar, es decir, según el propio autor, «los correspondientes a los que en una relación de tal carácter hubieran mantenido con el causante que componen un círculo más o menos amplio» y que «por razones fácilmente explicables, ostentan un interés en la distribución del patrimonio del fallecido», y c) los de orden colectivo, «correspondientes a la sociedad organizada», en la que el causante «ha desenvuelto su existencia». Por su parte, Sánchez⁽¹⁸⁾ dice que la «diversidad

(16) Hattenhauer, p. 182.

(17) López López (1994), p. 31.

(18) Sánchez González (2018), p. 25, aunque después de referirse a diferentes interpretaciones constitucionales relativas al concepto de familia (p. 32 ss) y la igualdad (p. 36), no acaba de pronun-

de regulaciones» existente en España lleva a concluir que «la concreta configuración que de las mismas hace el Código civil no parece formar parte de ese «contenido esencial» del derecho a la herencia», porque si ello fuera así, se dejarían fuera de la constitucionalidad todas aquellas regulaciones que no coinciden con la del Código civil.

La cuestión a mi modo de ver, no debe tomar como punto de partida las instituciones de derecho civil ⁽¹⁹⁾, sino las normas constitucionales. ¿Por qué en determinadas constituciones se protege la herencia a continuación de la propiedad? ¿Es una garantía institucional, como afirma López ⁽²⁰⁾? ¿O bien se trata de un derecho embebido en la propiedad, consecuencia de la misma y que tiene la misma naturaleza y las mismas limitaciones que la propiedad?

Ciertamente, el fundamento por decirlo así, primordial de la herencia es prejurídico, como lo es también la familia; porque es una consecuencia de que un hecho biológico, la muerte, va a producir efectos en el ámbito jurídico: dejar a los familiares más cercanos bien provistos para el caso en que el titular de los bienes desaparezca, asegurándoles su porvenir; resolver los problemas de las relaciones jurídicas del causante con terceras personas, como son los acreedores e incluso en el supuesto que ninguna de estas circunstancias existiera (persona sin hijos ni familiares y sin deudas), determinar quién va a ser el titular de aquellos bienes que forman su patrimonio, entre otros. Además debe decidirse si la comunidad, por medio del Estado, va a tener derecho a participar en estos bienes, hasta qué punto y de qué manera. En todo este entramado de relaciones hay que tener presente una cuestión previa: que en realidad, toda la problemática del derecho a la herencia una vez decidido el papel que juegan todos elementos referidos, aparte del derecho de propiedad. Volvamos a imaginar el personaje hipotético que no tiene hijos y no tiene deudas; si tampoco tuviera una propiedad, por pequeña que sea, la cuestión de la herencia tampoco se plantearía. Y entonces aparecen diversas preguntas, que creo son las que ahora debo responder, siempre en la interpretación del art. 33 CE:

- La primera consiste en determinar si la herencia constituye un derecho fundamental y si lo es, cuál es su grado de autonomía respecto a la propiedad.
- La segunda consiste en determinar quién es el titular de este hipotético derecho.
- La tercera, una vez resueltas las anteriores, será estudiar los límites intrínsecos de la herencia, de acuerdo con la aplicación o no de exigencia de la función social.

a) *¿Es la herencia un derecho fundamental?* Los autores que analizan esta discutida cuestión aportan diversos testimonios que analizan esta tan traída y tan llevada cuestión. Ascher ⁽²¹⁾, por ejemplo, cita a Bentham, para quien restringir el derecho a la herencia de hijos adultos por medio de impuestos, no restringe el goce del propietario actual; Bentham plantea el problema respecto al aumento de los ingresos, y entiende que la herencia para los hijos adultos es algo así como una

ciarse sobre lo que debería considerarse como «función social» de la herencia.

(19) Como hace, por otra parte, Rogel (2017), a partir p. 53.

(20) Y también Rogel (2017), 49, ss.

(21) Ascher, (1990), p. 92-93 y notas 123 y 125.

suerte inesperada y que más o menos y debido a ello, no van a tener ningún problema en pagar los impuestos correspondientes.

Si examinamos las soluciones (pocas), de derecho comparado, podemos concluir que existe una diversidad de opiniones en los Tribunales constitucionales que se han ocupado del problema. En USA, dejando aparte las decisiones de cortes inferiores hasta 1942 ⁽²²⁾, el Tribunal supremo decidió en el caso *Irving Trust Co v. Day* ⁽²³⁾ que en la Constitución federal nada prohíbe al legislativo de un estado limitar, condicionar incluso abolir el poder de la disposición testamentaria sobre la propiedad dentro de su jurisdicción.

La Constitución rusa de 1993 ⁽²⁴⁾, juntamente con la regulación constitucional de la propiedad privada, garantiza el derecho a la herencia: «4. The right of inheritance shall be guaranteed» (art 35.4). Según afirma Pérez Simeón ⁽²⁵⁾, la sentencia del Tribunal Constitucional ruso 209-O, de 9 de diciembre de 1999 «se pronunció declarando qué concepto de legítima resulta compatible con los derechos constitucionales a la herencia, a la justicia social y a la tutela judicial efectiva»; confirmó «a los Tribunales un derecho general a limitar o denegar la legítima más allá de los supuestos previstos en la ley ⁽²⁶⁾» y no excluye la imposición de límites porque entiende que «el derecho a la cuota legitimaria no puede ser concebido como un derecho absoluto [...], sino que es un derecho tuitivo de situaciones de necesidad que los tribunales pueden modular discrecionalmente en función de las circunstancias personales y económicas que concurran en los sucesores testamentarios y en los legitimarios». Al citar la sentencia, Pérez Simeón dice que textualmente.

«la necesidad de una ponderación judicial de las circunstancias concurrentes se basa en que el control judicial constituye una de las garantías esenciales de la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, especialmente en los casos en los que los hechos de un caso concreto indican la existencia de un conflicto de derechos civiles. Pero esto solo es posible sobre la base de la fijación y de la investigación de circunstancias fácticas, lo cual constituye una prerrogativa de los tribunales de la jurisdicción ordinaria y no entra dentro de las competencias».

Es decir, que la garantía constitucional del derecho a la herencia puede quedar limitada por la legislación ordinaria, que solo contiene unos tipos de legítimas.

El Tribunal constitucional alemán, en una conocida sentencia de 19 de abril de 2005, declaró que la libertad de testar tiene en principio un carácter irrevocable y de acuerdo con el art. 14 de la Constitución, la garantía establecida en él salvaguarda los derechos de los hijos a una participación imperativa en la herencia de sus padres y ello con independencia de que existan o no necesidades. El Tribunal ale-

(22) Ascher, (1990), p. 84.

(23) *Irving Trust Co. V. Day*, 314 US.556, 562 (1942). Citado por Ascher (1990), p. 84, quien añade que ningún estado ha intentado en ningún momento abolir la sucesión y que únicamente los estados son los competentes para realizarlo.

(24) 1. The right of private property shall be protected by law. 2. Everyone shall have the right to have property, possess, use and dispose of it both personally and jointly with other people. 3. No one may be deprived of property otherwise than by a court decision. Forced confiscation of property for state needs may be carried out only on the proviso of preliminary and complete compensation. 4. The right of inheritance shall be guaranteed.»

(25) Pérez Simeón (2016), p. 5.

(26) Pérez Simeón (2016), p. 20.

mán utiliza el argumento histórico y además, el de la solidaridad familiar aceptado por la doctrina mayoritaria alemana. Para Pintens⁽²⁷⁾, en dicha sentencia se afirma que el art. 6 de la Constitución alemana garantiza la relación entre el testador y sus hijos en concepto de comunidad durable, con derechos y obligaciones para cada uno de tomar la responsabilidad del otro. Vaquer⁽²⁸⁾ es muy crítico con esta sentencia porque dice que el principio de solidaridad viene desmentido por la edad de los implicados en la sucesión, porque la doctrina alemana ha entendido que este planteamiento dificulta mucho una posible reforma de las legítimas, que algunos consideran imposible, y que el argumento histórico solo se puede utilizar en un contexto del siglo XIX, pero no en la actualidad.

A pesar de estos precedentes constitucionales consultados, no se puede extraer una doctrina generalizada que permita identificar este derecho como fundamental o no. Por ello hay que aplicar a la herencia los mismos argumentos que al derecho de propiedad, al cual aparece ligado en las constituciones examinadas. De este examen deriva que ambos derechos están unidos y que la herencia es una consecuencia del reconocimiento constitucional de la propiedad privada⁽²⁹⁾. En el origen de la teoría de la libertad de disposición de los bienes en el momento del fallecimiento de su titular se encuentra la necesidad de determinar quién va a seguir con la propiedad de los bienes de una persona y quién va a hacerse cargo de aquellas obligaciones y derechos de que es titular el difunto, siempre que no se extingan con su muerte. Esta es una formulación moderna, pero puede considerarse como la explicación de la aceptación final del derecho a la herencia por parte de ideologías importantes.

Montesquieu⁽³⁰⁾ había negado que existiera un derecho natural de los hijos a suceder a sus padres y es conocida la frase: «la ley natural obliga a los padres a que alimenten a sus hijos, pero no les obliga a hacerles sus herederos» y añadía que «es verdad que el orden político o civil suele pedir que los hijos sucedan a sus padres, pero no lo exige siempre» y concluía con la máxima general: «alimentar a los hijos es una obligación de derecho natural; darles la sucesión es una obligación de derecho civil o político». La afirmación que la herencia no es de derecho natural va a marcar las discusiones posteriores y va a acabar incardinada en el derecho de propiedad, separándose de lo que es su origen, es decir, el mantenimiento de los bienes adquiridos dentro del grupo familiar al que sirven. Sin embargo, la realidad es tozuda y la herencia sigue ligada a la familia y forma parte de ella, ya que precisamente las limitaciones que sufre el derecho a disponer libremente del propio patrimonio provienen del hecho de que el disponente tenga unos determinados parientes, fundamentalmente, hijos y cónyuge, que se hacen acreedores, por disposición legal, de una participación en la herencia de su causante. Esta innegable relación ocasiona la discusión sobre qué sistema sucesorio debe ser aceptado, y más en concreto, qué tipo de participación deben tener los hijos en la herencia del padre y si deben tenerla. Es decir, que aunque las Constituciones y los autores vengán ligando en la actualidad la herencia con el derecho de propiedad, en realidad se

(27) Pintens (2011), p. 15.

(28) Vaquer (2007), p. 14-15.

(29) Esta parte es reproducción parcial del capítulo 5 de mi libro *Constitución y familia*, que a la vez es una revisión de mi discurso de entrada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

(30) En cita de Hattenhauer, (1987), p. 178.

trata de una institución que afecta tanto al mencionado derecho, como al derecho de familia.

Y de aquí que hayamos de detenernos en el problema, ya apuntado, sobre el carácter de derecho fundamental de la herencia, por lo que no es extraña una referencia rápida a cómo pasa la herencia de ser un aspecto importante de la familia, a engancharse al derecho de propiedad. Siempre según Hattenhauer, la asociación de la herencia con el derecho de propiedad la efectúa la ideología liberal decimonónica, para asegurar a la herencia «un espacio de libertad civil similar al que ya disfrutaba la propiedad» y se ligaba al concepto de propiedad porque de esta manera se «la reinterpretaba como un derecho a la libertad», relacionándola, por consiguiente con el elenco de derechos fundamentales. Es por ello, en parte, que en el propio siglo XIX se plantea la abolición de la herencia de la mano de los movimientos socialistas que acabarán en el Manifiesto del Partido comunista, de 1848, en el que se dogmatizaba que para que el proletariado pudiera arrebatarse a la burguesía su capital, debería utilizarse, entre otros medios, la abolición de la herencia.

Estas corrientes tienen como contrapartida precisamente la proclamación constitucional del derecho a la propiedad privada a la que se une el reconocimiento del derecho a la herencia, de modo que, como afirma Rodotà⁽³¹⁾ al estudiar el art. 42 Const. it., la supervivencia de la herencia está asegurada por hecho de que está expresamente reconocida en la Constitución, aunque ello no excluye la posibilidad de que se introduzcan restricciones.

Esta misma es la opinión de los autores españoles que se han ocupado del significado del art. 33.1 CE. Para resumir, con palabras de Ángel López, la inclusión del derecho a la herencia en el art. 33.1 CE viene a constitucionalizar «un ámbito de la autonomía de la voluntad (que es siempre un ámbito de libertad de los particulares) en materia sucesoria»⁽³²⁾.

La conclusión es, por tanto, que la herencia es una consecuencia del derecho de propiedad, por lo que participa de la naturaleza que la Constitución ha atribuido a la primera.

b) *¿Quién es el titular del derecho?* Cuando los comentaristas se esfuerzan en justificar la constitucionalidad o no de los derechos de los hijos a participar en la herencia causada por sus padres, parten de una confusión de base: quizá fascinados por los argumentos de la sentencia alemana, consideran que los hijos son los titulares del derecho a obtener una participación en los bienes que forman el patrimonio hereditario. ¿Es así? Creo que ello desplaza el problema constitucional a una cuestión de derecho positivo, porque desde el punto de vista constitucional, al estar la herencia ligada a la propiedad y ser una consecuencia de ella, solo el propietario será titular del derecho a la herencia, es decir a causarla, evitando así que su patrimonio se convierta en *res nullius*. En definitiva, se protegen las «situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial»⁽³³⁾ y de este modo se puede decir que quien no es propietario no será titular de este derecho: el heredero o el familiar no tienen un derecho a heredar consagrado constitucionalmente y esta es una conclusión argumentativa lógica si seguimos la estructura del art. 33 CE.

(31) Rodotà (1982), p. 176.

(32) López López (1999), p. 50.

(33) Rodríguez de Santiago (2018), p.1154.

En efecto, el contenido del derecho de propiedad desde el punto de vista constitucional y dejando aparte en este momento la función social, se puede resumir en lo siguiente: «es la posibilidad de acceder a los bienes legalmente susceptibles de apropiación por parte de los particulares (*res intra commercium*), así como de usar y disponer de los mismos siempre de conformidad con las leyes»⁽³⁴⁾. Se trata de un derecho fundamental, que además incluye el aspecto relativo a la herencia, en el sentido de que el titular puede causar herencias. A mi modo de ver, no existe un derecho a recibir herencias más allá del derecho a ser propietario, porque lo más que tiene otros implicados en su caso es una mera expectativa, que no está protegida como derecho fundamental.

Con la anterior afirmación creo haber formulado mi postura en relación a la problemática del derecho de determinados parientes a obtener una parte de los bienes de su difunto causante, especialmente de los hijos. Y pienso que ello es así porque si bien la famosa sentencia del Tribunal alemán es capaz de asombrarnos, la realidad es muy distinta en ambas constituciones. En la alemana, la relación entre propiedad y herencia con familia es fundamental, como ya se ha tenido ocasión de examinar.

Sin embargo, a pesar de las argumentaciones de autores prestigiosos, la relación entre herencia y familia en España resulta muy débil desde el aspecto constitucional, que es el que ahora examino. Efectivamente, el art. 33 CE garantiza el derecho a acceder a la propiedad, mediante la consideración de ésta como derecho fundamental, aunque no quede protegido con el recurso de amparo⁽³⁵⁾; consecuencia de ello, se reconoce el derecho a causar herencias de este mismo propietario. En cambio, en el art. 39 CE, que no contiene ningún derecho fundamental, sino que se halla en el capítulo dedicado a los denominados «principios rectores de la política social y económica», las obligaciones de protección se imponen a los poderes públicos (art. 39.1) y los deberes a los particulares solo aparecen en el párrafo tercero, cuando se establece que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Esta norma es la única dirigida a los particulares y justificaría la imposición legal a los padres de determinadas prestaciones sucesorias a menores de edad o a los discapacitados, pero no justifica una legítima universal por el hecho de ser hijo. Por ello el art. 33.2 CE se remite a la legislación, que va a establecer el contenido de los derechos de propiedad y de la herencia.

Puedo estar de acuerdo con que la Constitución contiene también en este punto una garantía institucional de la herencia⁽³⁶⁾, pero ello no significa nada respecto a la problemática relacionada con la existencia o no de un derecho de los hijos a adquirir una cuota o una parte del patrimonio hereditario. Este no está contenido en ninguna disposición constitucional, porque el único titular del derecho a la herencia es el propietario de los bienes.

(34) Diez Picazo Giménez (2008), p. 529. Rogel (2017), p. 46.

(35) Diez Picazo Giménez. (2008), p. 529; sin embargo, Barrio Gallardo (2019, p. 290) opina el derecho a la herencia es a «causarla y recibirla». Las razones en contra de su opinión están explicadas en el texto.

(36) López López (2011), p. 43 ss; Diez Picazo Giménez (2008), p. 529, aunque refiriéndose al derecho de propiedad y Rogel (2017), p. 46 ss.

III. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

He dicho ya que propiedad y herencia van unidas a nivel constitucional y, por lo tanto, lo que se predica de la propiedad, debe aplicarse inmediatamente a la herencia. Por ello el art. 33.2 CE establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Y si bien existe una doctrina bien consolidada sobre la función social de la propiedad, a partir, sobre todo de la STC 37/1987, no hay nada semejante en relación con la herencia.

Para poder comparar estos aspectos del derecho de propiedad, debe resumirse la doctrina constitucional que se ha venido estableciendo acerca del concepto de función social de la propiedad. La significación de derecho absoluto originario, reconocido más adelante con el prototipo de derecho subjetivo, tiene su máximo reflejo en la identificación entre libertad y propiedad⁽³⁷⁾. De este modo, el elemento esencial del derecho de propiedad es la disposición de los bienes sobre los que recae⁽³⁸⁾. Como ya se ha visto, la evolución política posterior lleva a los autores de la Constitución de Weimar a incluir la frase «la propiedad obliga», ya que el poder que implica el derecho absoluto sobre los bienes en general obliga a exigir un cierto control social del ejercicio de dicho poder y este control se centrará en la capacidad de la sociedad, ya sea a través de la declaración de las obligaciones derivadas de la propiedad, como ocurre en las Constituciones de Weimar y española de 1931, ya sea a través de la inclusión de la cláusula sobre la función social, en las Constituciones europeas después de la segunda guerra mundial.

A pesar de que el título preliminar del CC incluyó una referencia al ejercicio antisocial del derecho, diciendo que no quedaba amparado por la ley (art 7.2 CC), la definición del derecho de propiedad en el art. 348 CC se ha mantenido como criterio absoluto⁽³⁹⁾.

Pero este no es el objeto de este apartado. Lo que hay que hacer ahora es, estudiar el significado de la función social en la regulación del derecho de propiedad en el constitucionalismo moderno.

Al tratar del origen de la función social, los autores inciden en la influencia que tuvo la doctrina social de la Iglesia católica⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, Rey hace un recorrido más amplio y afirma que «la fórmula literal «propiedad-función social» procede de la orientación sociológica, positivista, antiliberal, antimarxista e industrialista de A. Comte y L. Duguit», siendo el primero en emplearla Comte⁽⁴¹⁾. Sea cual sea el origen de la expresión, lo que es cierto es la función social aparece conformando la propiedad en el art. 33.2 CE.

¿Qué definición puede darse de la función social? Aquí empiezan las discrepancias en la doctrina. Para unos autores (Agoués) el término «función social» es

(37) Así también Magariños (2005), p. 675.

(38) Hattenhauer (1987), p. 118; Díez Picazo (1991), p. 1263.

(39) A diferencia de lo que ha ocurrido en el CCCat, que después de definir la propiedad en el art. 541-1 por las facultades que otorga a los titulares del derecho, añade en el art. 541-2 que las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones que establecen las leyes.

(40) Díez Picazo (1991), p. 1266; Aguilera (2008), p. 941, nota 4. Un amplio estudio en Rodotà (1986), pp. 211 ss.

(41) Rey Martínez (1994), p. 352-353.

un concepto jurídico indeterminado⁽⁴²⁾, que se puede predicar de todos los derechos y no solo de la propiedad y que significa que «en el ejercicio de los derechos, los intereses individuales han de estar subordinados a la satisfacción de los intereses generales», añadiendo que «la función social de un derecho implica que el titular de ese derecho contribuya solidariamente a los fines sociales del Derecho⁽⁴³⁾». Sin embargo, otros autores⁽⁴⁴⁾ consideran que el hecho de que la función social se construya en la Constitución como una cláusula general no impide que pueda llegarse a «valoraciones políticas multívocas y legítimas». Porque como veremos a continuación, la función social no es una exigencia externa al derecho de propiedad, sino que forma parte de su contenido.

A continuación, por tanto, debemos preguntarnos sobre el papel que juega esta exigencia constitucional en el propio concepto de «propiedad». Es Rodotà quien ha definido mejor este elemento moderno de la propiedad; señala que con la función social se ha producido un fenómeno que es posible encontrar también en el abuso del derecho, de modo que se ha permitido la protección contra actos que no son ilícitos, porque «se ha colocado el acento sobre la necesidad de impedir comportamientos legítimos, que podían resultar opuestos al interés general»⁽⁴⁵⁾. De este modo, lo más importante va a ser determinar si la función social es un límite externo que configura un determinado modo de entender la propiedad, o bien forma parte de su propio contenido, como un elemento caracterizador con independencia de la existencia de datos normativos⁽⁴⁶⁾.

Esta es otra de las discusiones que se mantienen en la actualidad. Dice T. R. Fernández que la función social es un criterio delimitador de la propiedad⁽⁴⁷⁾; con ello tampoco se resuelve directamente la cuestión que ahora me planteo y que luego va a tener mucho que ver con su planteamiento en la herencia. La doctrina actual está más de acuerdo en entender que la función social, tal como está recogida en la Constitución, forma parte de la propia estructura de la propiedad privada. De este modo se concluirá que no se trata de un límite externo ni tampoco de una obligación impuesta por la Constitución⁽⁴⁸⁾. Siguiendo este camino, el contenido del derecho de propiedad debe determinarse por el legislador, según establece el propio art. 33.2 CE, que podrá establecer limitaciones negativas del contenido del derecho u obligaciones positivas. De modo que la función social unida a la utilidad individual determina el contenido del derecho de propiedad en cada caso⁽⁴⁹⁾. Como acabará diciendo Rodotà, superada la concepción de la función social como límite externo, «la determinación del contenido de la propiedad se ha convertido en el único factor determinante para resolver la cuestión de las intervenciones legislativas en el régimen de pertenencia de los bienes⁽⁵⁰⁾».

En la doctrina del Tribunal Constitucional, el *leading case* lo constituye la STC 37/1987, de 26 de marzo, referido a la constitucionalidad de la ley de reforma agra-

(42) Agoués Mendizábal (2010), p. 520.

(43) Agoués Mendizábal (2010), p. 532. En el mismo sentido, Pereña (2005), p. 179.

(44) Rey Martínez (1994), p. 349; Barnés (2004), p. 58; Aguilera (2008), p. 941.

(45) Rodotà (1986), p. 190.

(46) Rodotà (1986), p. 254.

(47) T. R. Fernández (2018), p. 538.

(48) Rey Martínez (1994), p. 368.

(49) Rodríguez de Santiago (2018), p. 1162.

(50) Rodotà (1986), p. 253.

ria de Andalucía 8/1984 en su FJ 2, dice que «[...]la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir». En consecuencia, «la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

En este párrafo quedan resumidos, y resueltos desde el punto de vista constitucional, los problemas que se han planteado hasta aquí, de modo que la interpretación del art. 33.2 CE destacan tres elementos:

- La propiedad está compuesta de derechos y al mismo tiempo deberes.
- No existe un concepto único de propiedad, sino que se determina en función de los bienes sobre los que recae, lo que lleva a un concepto plural que se resuelve en la existencia de «propiedades».
- La función social, es un límite externo, sino que forma parte integrante del derecho.
- El contenido de la propiedad viene determinado por la utilidad individual y la función social.

Estas ideas básicas en la interpretación del art. 33.2 CE se repiten en la STC 149/1991 sobre la Ley de Costas⁽⁵¹⁾.

El TC ha tenido la oportunidad de examinar de nuevo la cuestión de la función social de la propiedad urbana, en relación con el examen de leyes autonómicas en materia de vivienda⁽⁵²⁾.

IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA HERENCIA

Se debate mucho en la actualidad acerca de la conveniencia de mantener o no la legítima en las sucesiones testamentarias, o bien si decidiendo el legislador su mantenimiento, se puede cambiar la naturaleza jurídica que le atribuyen las leyes. El problema se reconduce a lo que debe entenderse por función social de la heren-

(51) Ibáñez Macías (1995), p. 94.

(52) En las SSTC 93/2015; 16/2018; 32/2018; 43/2018; 80/2018; 97/2018 y 106/2018 se descarta que el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por los ordenamientos jurídicos de Navarra y Andalucía se encuentra en las SSTC 16/2018, FJ5 y 32/2018, FJ7. En ellas se dice que este deber no es un real deber del propietario, sino un objetivo que persigue el poder público, mediante la normativa sobre vivienda. Por ello no puede entenderse que forme parte del contenido esencial del derecho de propiedad, ni supone una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad.

cia, no a la naturaleza jurídica de la legítima que solo será un *posterius* respecto a lo que se diga sobre la función social que debe cumplir la herencia.

Para empezar este apartado me parece correcto empezar con una cita de Jens Beckert⁽⁵³⁾: «La herencia debe ser vista como un importante instrumento para la reforma social y democrática. Y es más, ha sido un instrumento para la modernización social. Referencias a la igualdad de oportunidades, la libertad individual, la justicia social y la viabilidad del orden democrático se encuentran en el centro de los debates» y sigue con una referencia a la problemática de los impuestos sobre la herencia a lo que me referiré en la última parte de este estudio.

He dicho antes que, de acuerdo con la doctrina constitucional, i) la función social es parte integrante del mismo derecho de propiedad; ii) no puede desligarse de los distintos bienes que imponen una delimitación específica de su contenido; iii) no limitan el derecho, sino que lo delimitan. De acuerdo con la exigencia constitucional de que la herencia cumpla asimismo la función social que se exige al derecho de propiedad (art. 33.2 CE) y siendo como es la herencia una consecuencia del derecho de propiedad, plenamente aceptada a nivel constitucional y técnico, ha primera conclusión a la que se llega es que la doctrina del TC sobre la función social de la propiedad es perfectamente aplicable a la herencia.

Pero a continuación surge un primer problema: la función social de la propiedad se refiere a bienes concretos, es decir no al patrimonio globalmente considerado, sino a cada uno de los bienes de los que una persona es titular; por ello se habla de «propiedades» y no de propiedad en abstracto. Ello no ocurre del mismo modo en la herencia, en la que de lo que se está hablando es del conjunto de bienes de que es titular el difunto y que se transmiten a su heredero en su conjunto. ¿Es que cambia la naturaleza de la función social? Creo que la respuesta es muy sencilla: cuando estamos hablando de la función social de la herencia nos estamos refiriendo a aquellas cuestiones que se plantearon nuestros antepasados, juristas y filósofos, acerca de la conveniencia o no de que se produjera esta forma de transmisión. Llegados a la conclusión de que la propiedad se adquiere también por herencia (art. 609 CC), lo que exige la Constitución es que dicha transmisión responda no solo a los criterios técnico-jurídicos regulados en el Código civil, cuestión de legalidad ordinaria, sino que el reconocimiento de la institución en sí está conformado por su función social, de la misma forma como ocurre con la propiedad.

Es evidente que la propiedad de cada uno de los bienes que componen el patrimonio hereditario cumplirá la función social que le corresponda, porque la propiedad está conformada por su estatuto propio, que no cambia por el hecho de que el propietario/titular haya fallecido.

Pero a ello se le añade una nueva exigencia constitucional, que consiste en que la herencia misma debe cumplir la función social. Recuerdo aquí el texto del FJ 3 de la STC 37/1987 respecto a cómo debe fijarse el contenido esencial de la propiedad privada: [...] no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la *función social*, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. (Énfasis añadido) Utilidad individual y función social definen, por

(53) Beckert (2015), p. 78.

tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». Y por razones constitucionales, ello debe aplicarse igualmente a la herencia.

Dicho esto, voy a intentar en primer lugar explicar lo que no es la función social de la herencia, que creo va a ayudar a delimitar su propio contenido.

La mayoría de los autores españoles contemporáneos intentan basar los límites a la libertad de testar impuestos al testador en la protección a la familia y, con ello, justifican la imposición de límites a la disposición de una parte de los bienes hereditarios que deben recibir los hijos/descendientes del causante. Así, dependiendo de cada legislación autonómica, la libertad de testar vendrá limitada materialmente desde una cuarta parte de la herencia, pagadera en bienes o dinero (Cataluña, Galicia), a dos tercios del haber hereditario (Código civil). Aunque en algún lugar (Navarra, País Vasco), la legítima será puramente formal.

Repito que la mayoría de los autores españoles entienden que la exigencia de la atribución de la legítima integra la función social de la herencia, dada la exigencia del art. 39 CE, que establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», añadiendo en el párrafo 3 que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; así creo que en la argumentación de mis colegas subyace, por una parte, un exagerado respeto por la tradición y, por otra, un espejismo producido por la sentencia del Tribunal constitucional alemán a la que me he referido antes y olvidan los argumentos constitucionales y sociológicos que pueden permitir llegar a una conclusión diferente. La de los que defiende la falta de función social se refieren exclusivamente a la de la legítima, no a la de la herencia en general, que es lo que establece el art. 33.2 CE.

Se ha visto ya que la herencia resulta una consecuencia del derecho de propiedad; que formalmente hablando, sigue estando muy cerca del Derecho de familia⁽⁵⁴⁾ y que la estructura de la familia justificará el propio núcleo duro del derecho que queda preservado a nivel constitucional⁽⁵⁵⁾. De aquí la pregunta sobre si la legítima forma parte del núcleo institucional del derecho de sucesiones, protegido a través del art. 33.1 CE. Las precedentes reflexiones abren la vía para discutir si las legítimas, que constituyen una parte del núcleo institucional de la herencia, podrían ser abolidas por una ley estatal o autonómica, sin que ello pudiera considerarse contrario a la Constitución.

Entre los autores españoles hay dos posiciones: la de los que entienden incluido en el núcleo institucional de la herencia, protegido constitucionalmente, el derecho a la legítima, y la de quienes niegan este planteamiento.

Entre los primeros se encuentra López, para quien se plantean una serie de contradicciones en los intereses protegidos por la regla del art. 33.1 CE, entre las que encuentra la tensión entre la libertad de disponer del causante de la herencia y el interés familiar; en este aspecto se produce un enlace entre la libertad de testar y «la vinculación familiar del patrimonio, que implica un correlativo derecho a la herencia de los parientes más próximos⁽⁵⁶⁾». López considera que históricamente el

(54) Ferrer Riba (2009), p. 19.

(55) López (1999), p. 32.

(56) López López (1994), p. 51.

derecho de sucesiones es un derecho familiar y esta vinculación incluye entre otras cosas⁽⁵⁷⁾, la posibilidad de que ciertos parientes reciban una parte de la herencia, aun en contra de la voluntad del causante. El art. 39 CE, que ordena a los poderes públicos proteger a la familia sería un argumento fundamental, ya que una forma de protección consistiría en la atribución por causa de muerte de una porción de los bienes del causante y esta sería la razón por la que no podría derogarse esta institución, que quedaría protegida en este núcleo institucional a que se refiere el art. 33.1 CE.

Otros autores, en cambio, niegan a la legítima el carácter de derecho constitucionalmente protegido. Vaquer afirma que en nuestro país, a excepción de López López, la doctrina no es partidaria de reconocer carácter constitucional a las legítimas y que si bien su presencia en la sucesión es adecuada a la Constitución, no sería inconstitucional una legislación que las abrogara⁽⁵⁸⁾, opinión que comparte Cámara cuando dice que en su opinión la legítima es solo una vía para cumplir el mandato constitucional de proteger a la familia y que el art. 33.1 CE no impide su modificación, reducción e incluso posible eliminación; sin embargo, su opinión no es muy definitiva, porque entiende que ello sería posible si existiesen otros mecanismos de protección⁽⁵⁹⁾. Entre los que se ha manifestado de forma más radical contra la consideración de que la legítima cumpla la función social que el art. 33.2 CE impone a la herencia se encuentra Magariños, para quien sobre todo en aquellos casos en que el patrimonio hereditario está constituido por la vivienda familiar y un fondo de previsión, a fin de asegurar una vida digna durante la vejez, «[...]la legítima no solo no cumple función social alguna, sino que se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida que es la vejez». Magariños añade que «cualquier límite a la libertad de disponer, que constituye contenido esencial del derecho de propiedad, ha de tener un fundamento en la función social»⁽⁶⁰⁾, pero que hay que preguntarse si las legítimas la cumplen y considera que si bien la habían cumplido históricamente, en la actualidad la estructura familiar, las relaciones entre padres e hijos y la situación económica no solo impide que la legítima haya dejado de cumplir la función social, «sirviendo de sustrato económico para que la persona pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte».

1. La idea constitucional de la función social

La pregunta que debemos formular a continuación es si cumple la legítima con la función social que delimita el derecho a la herencia. Voy a examinar con más detenimiento algunos argumentos de detractores de la legítima:

a) Inversiones en los hijos y el retorno de la inversión. Este argumento forma parte del movimiento norteamericano favorable a la meritocracia. Warren Buffet en 2010 dijo, «yo no pienso realmente que como sociedad, nosotros debamos conferir nuestras bendiciones generación tras generación lo que no contribuye a la socie-

(57) López López (1994), p. 55.

(58) Vaquer Aloy (2007), p. 14 y nota 48 de esta página.

(59) Cámara (2011), p. 301.

(60) Magariños Blanco (2005), pp. 683-684.

dad, simplemente porque alguien en un lejano pasado amasó una gran riqueza»⁽⁶¹⁾. No hacía más que apuntarse a una corriente ya muy antigua de acuerdo con la cual no se tiene ningún mérito para ser heredero, por lo que los beneficios de la herencia no deben revertir en los familiares más cercanos, sino en otro tipo de finalidades. Juntamente con estas afirmaciones y en otro orden de cosas, el historiador británico Richard Wilkinson afirmaba que para incrementar la igualdad «elevaría el impuesto de sucesiones. Estamos creando dinastías. Hay familias en que los hijos no necesitan trabajar y muchos los miran como si fueran seres superiores cuando no lo son»⁽⁶²⁾.

La escuela del análisis económico del derecho siempre ha manifestado un gran interés en explicar el fenómeno actual relativo a la doble obligación de los progenitores de invertir en los hijos (alimentarlos más allá de lo estrictamente debido), lo que no significa para nada el retorno de la inversión y de atribuirles una parte del patrimonio ahorrada a la muerte del padre inversor/ahorrador. El análisis que efectúa Becker le lleva a distinguir dos tipos de sociedades: las tradicionales, en las que el grupo de parentesco es importante porque «protege a sus miembros contra la incertidumbre»⁽⁶³⁾, ya que «un grupo de parentesco es una «compañía de seguros» razonablemente eficaz en tanto que como grupo numeroso de personas sea lo suficientemente reducido como para permitir que sus miembros puedan controlarse entre sí», «el conocimiento se transmite a las generaciones más jóvenes a través de la familia, principalmente mediante la cultura heredada» y «en las sociedades primitivas y campesinas el linaje familiar es el propietario de la explotación agrícola; los individuos e incluso las familias nucleares poseen únicamente derechos de «usufructo» a trabajar durante su vida las tierras propiedad de la familia»⁽⁶⁴⁾. Por otro lado, en las sociedades modernas, «los padres tienen menos hijos e invierten más en cada hijo que en las sociedades tradicionales» y «los hijos egoístas salen ganando al comportarse altruistamente con sus padres, quienes así invierten mucho más en ellos, puesto que el bienestar de los hijos cuyos padres invierten mucho depende estrechamente del bienestar de dichos padres»⁽⁶⁵⁾. De acuerdo con estos analistas, estas inversiones deben medirse en relación al número de hijos, los ingresos de los padres, los años de educación y el nivel de divorcios; otro sistema es calcular el valor de los años que se invierten; algunas familias también realizan inversiones negativas, tales como la pérdida de sus bienes, o incluso, abusan de sus hijos⁽⁶⁶⁾.

Estas son las bases que Cabrillo utilizará al analizar el tema de la herencia en general y en concreto, en la regulación del Código civil. De entrada, Cabrillo entiende que las inversiones que los padres efectúan en los hijos «no son totalmente libres» y además, al mantenerse la legítima cuando los padres fallecen, se «limita las posibilidades de negociar con futuras herencias»⁽⁶⁷⁾, puesto que la ley no

(61) David Callahan. «The givers: Wealth, Power, and Philanthropy in a New Gilded Age. Leído en <https://www.theguardian.com/society/commentisfree/2017/jul/25/philantropicdynasties-exerting-power-us-policy>.

(62) Richard Wilkinson. El País. Domingo 15 de septiembre de 2019. Ideas, p. 5.

(63) Becker (1987), p. 310.

(64) Becker (1987), p. 313.

(65) Becker (1987), pp. 316-317.

(66) Brinig (2000), p. 124.

(67) Cabrillo (1996), p. 215.

permite disponer libremente de ella. Cabrillo pone de relieve que el tratamiento que el derecho civil y la fiscalidad dan a las herencias tiende a mantener la continuidad del patrimonio familiar, porque, en primer lugar, existen unas importantes limitaciones a la libertad de testar y, en segundo lugar, el Estado incentiva las transmisiones a los hijos, estableciendo tipos más bajos en el impuesto de sucesiones cuando ellos son los herederos. Por ello Cabrillo señala que este tipo de normas «limita de una manera importante los derechos de propiedad que una persona tiene sobre sus bienes, al restringir sus posibilidades de pactar libremente su transmisión a alguien que pueda ofrecerle unos determinados servicios que ella precise ⁽⁶⁸⁾» y, finalmente, se lamenta de que a pesar de los profundos cambios que el derecho español ha experimentado en relación con el derecho de familia, se hayan mantenido las importantes restricciones existentes relativas a la distribución de la herencia, teniendo en cuenta que si existiese una auténtica libertad de disposición, la gente seguiría dejando la herencia a su familia, pero, añade, «una cosa es nombrar herederos a los hijos de forma voluntaria y otra verse forzado por la ley a ello ⁽⁶⁹⁾».

De todo ello, se llega a una primera idea: los padres efectúan unas inversiones en los hijos, que van acompañadas de la obligación de atribuir una parte importante del patrimonio de los padres, que se ven incentivadas fiscalmente porque si se deja la herencia a los hijos, el tipo impositivo es mucho más bajo que si se decide disponer de los bienes a favor de otras personas, quizá incluso con la finalidad de compensar servicios que hayan podido prestar al futuro testador.

Esta idea es la que recoge Pintens ⁽⁷⁰⁾, al cuestionarse la necesidad de conservar la legítima. Las razones de la legítima hay que buscarlas en la actualidad en el principio de solidaridad familiar, de acuerdo con el que no puede dejarse desatendido a un heredero forzoso, es decir, a un hijo; de este modo, la legítima cumpliría hoy, según esta tesis, una función alimenticia (*a maintenance function*). Pintens niega esta explicación, porque señala que debido al aumento de la esperanza de vida, los hijos heredan muy tarde, pero al mismo tiempo, en la actualidad y debido a la situación económica generalizada, pueden encontrarse en dificultades mucho antes. El derecho de sucesiones ya no proporciona un nivel de vida, sino que como máximo, mejora el que ya se tenía en el momento de heredar, lo que ocurre cuando muchas veces ya no es necesario. Lo mismo sucede con la legítima, que ya no cumple una función alimenticia y por ello no puede ser considerada como una extensión de la obligación de los padres de cuidar de sus hijos. Pintens señala que los progenitores cumplen su obligación de cuidar a sus hijos por medio de la financiación de su educación. La riqueza de los hijos ya no se basa en su herencia futura, sino en sus éxitos académicos, entre otros.

Como se puede comprobar, economistas y juristas coinciden en las siguientes consecuencias:

- (i) La herencia y la familia operan en el mismo plano. La herencia es considerada legalmente como un aspecto más de la obligación de cuidado de los hijos que impone la ley a los progenitores; (ii) Las inversiones que los padres efectúan en los hijos no tienen una traducción legal. Añado que solo algunos aspectos de estas inversiones, como determinadas donaciones, pueden

(68) Cabrillo (1996), p. 222

(69) Cabrillo (1996), p. 224.

(70) Pintens (2011), pp. 12 y 13.

compensarse con la obligación de atribuir la legítima, por medio de las obligaciones de imputación y colación; (iii) El legislador sospecha de los testadores. No está muy seguro de que vayan a cumplir la obligación de atribuir la legítima a sus hijos y por ello, además de reconocer las correspondientes acciones a los afectados para que puedan reclamar las legítimas ante los tribunales, incentiva al progenitor/causante estableciendo impuestos más bajos cuando distribuye los bienes entre los miembros de la familia, y (iv) Cuando la ley acoge un sistema de legítima larga, como ocurre en el Código civil e incluso cuando se establece la legítima corta, como en Cataluña, desaparece una parte importante de la libertad de disponer por causa de muerte y, en consecuencia, el art. 33 CE puede considerarse solo una proclamación formal.

b) Las relaciones de los hijos con sus padres cuando éstos son mayores: la legítima de los progenitores. Una de las características de la sociedad occidental se centra en el aumento de la esperanza de vida de sus miembros. Según el informe del INE, de 2018⁽⁷¹⁾, «la esperanza de vida al nacimiento aumentó una décima en 2018 hasta situarse en 83,2 años. Por sexos, en los hombres alcanzó los 80,5 años y en las mujeres se situó en 85,9 años». A esta edad, las necesidades alimenticias de los hijos han desaparecido salvo casos excepcionales, que es a lo que debe atender la función social de la herencia. Si a ello añadimos que las relaciones entre descendientes y ascendientes pueden no ser de lo más cordiales y que en las sociedades actuales, se espera que los padres puedan proveer a sus necesidades y que son los propios hijos quienes dependen de las prestaciones que puedan recibir de sus padres, la situación dista mucho de responder a las finalidades previstas en los Códigos.

¿Tiene razón de ser una legítima de los padres, cuando son ellos los que se han ocupado del hijo y han invertido cantidades muchas veces muy importantes en su educación y cuidado? En el Derecho catalán, el Código de sucesiones suprimió la legítima de los ascendientes de grado más lejano, pero mantuvo la de los progenitores, como ocurre en el art. 451-4 CCC; en cambio, el art. 486 CDCFA declara que los descendientes son «los únicos legitimarios», excluyendo, por tanto, a los ascendientes de cualquier grado, incluidos los progenitores. Asimismo, el art. 238 de la Ley 2/2006, de 14 junio, de derecho civil de Galicia no reconoce legítima a los ascendientes. En el Derecho civil vasco, desde la Ley 5/2015, de 25 de junio, la legítima constituye una cuota sobre la herencia, que el testador puede distribuir (arts. 48.3 y 49); sin embargo en el Valle de Ayala existe libertad de testar, tal como dispone el art. 89⁽⁷²⁾. En Aragón la legítima es la mitad del caudal relicto, que puede ser atribuida o bien colectivamente o bien individualmente⁽⁷³⁾. Es ya conoci-

(71) INE. Notas de prensa. MNP-IDB 2018 (provisionales).

(72) El art. 89 se titular: Libertad de testar en el valle de Ayala. Y dispone «1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho. 2. Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al artículo 47 de esta ley».

(73) *El art. 486. Legítima colectiva.* 1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. 2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal.

da la disposición de la ley 267 de la Compilación de Navarra que establece: «Concepto. La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de «cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles», no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero⁽⁷⁴⁾».

A pesar de que las decisiones radicales causan desazón y preocupación, por lo que tienen de avanzadas y porque es difícil sacudirse la inercia, me parece más que correcto que se supriman legítimas y, en consecuencia, que se amplíe la libertad de disposición del causante. Los casos de legítima de los ascendientes parecen tener una razón clara, hasta el punto que históricamente se decía que la legítima de los descendientes era debida «*iure naturae*», mientras que la de los ascendientes se debía *ex iure civile*. Pero a veces también puede parecer excesivo que fallezca un hijo al que se han prestado importantes servicios, sin hijos o descendientes directos y que los padres no puedan recuperar vía sucesión algo de lo invertido en este hijo. Dejo solo apuntado el tema. En efecto, nada impediría un sistema de retornos sucesorios que permitiera a aquellos progenitores que dependen económicamente de un hijo fallecido sin descendencia, obtener una participación en la herencia de su hijo en estas circunstancias, en una solución parecida a la establecida en la inglesa *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* o bien cuando en este mismo caso, ha efectuado unas fuertes inversiones en la educación de este hijo.

Todos los temas que se han planteado en este apartado obligan a pensar en las razones que aun permiten defender la existencia de la limitación de la autonomía de la voluntad de los causantes. Las instituciones no son tan autónomas que puedan justificarse con plena independencia de las finalidades que han buscado históricamente. La legítima es una institución que permite al hijo obtener unos beneficios en la herencia del padre en una época en que la esperanza de vida de los padres⁽⁷⁵⁾ podía justificar esta situación. Por el contrario, el alargamiento de esta esperanza, la entrada más avanzada de los jóvenes en el mercado de trabajo, dado el largo periodo de la enseñanza obligatoria y de la universitaria y la profesional, las pocas posibilidades de entrar en un mercado de trabajo con un puesto adecuado a la formación recibida, etc. produce que los progenitores deban seguir invirtiendo en sus hijos hasta edades más tardías, de modo que va a coincidir en muchos casos con la jubilación de los propios padres. Tiene razón Cabrillo cuando afirma que el derecho de sucesiones español vive de espaldas a la realidad familiar y social y sigue incentivando unas soluciones que entorpecen la adopción de decisiones económicas racionales para evitar que los padres tengan que llegar a depender de sus propios hijos. No me resisto a introducir una reflexión de Delgado⁽⁷⁶⁾ acerca de las finalidades sociales que debe cumplir la herencia, ya que la situación de los ancianos con sus bienes ha cambiado, como ha cambiado radicalmente su socialización; de este modo, la relación es distinta de la que se tiene en otras fases de la vida, una situación en la que la satisfacción de las propias necesidades y deseos es apremiante y los motivos para las promesas y disposiciones pueden llevar a un contenido

(74) Se mantiene igual que en la primitiva Compilación, en la ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo.

(75) En este mismo sentido, Vaquer Aloy (2007), p. 8.

(76) Delgado (2006), p. 88 ss.

testamentario o a unas donaciones que sus familiares consideren como intolerables.

De este planteamiento derivan dos cuestiones de rabiosa actualidad: i) la limitación de las causas que permiten la privación de la legítima, o causas de desheredación y ii) la reflexión sobre el aumento de la esperanza de vida.

i) Las causas de desheredación han quedado obsoletas. El Código civil sigue estableciendo que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley (art. 813CC), causas que se establecen en los arts. 852-855 CC, para las distintas clases de legitimarios. En cambio, en el Código civil de Cataluña, el art. 451-17, partiendo del mismo principio de tipicidad de las causas de privación de la legítima, de acuerdo con el art. 25 CE, incluye en su párrafo 2, e) una causa abierta, consistente en «la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario⁽⁷⁷⁾».

ii) El aumento de la esperanza de vida se manifiesta en las recientes estadísticas que muestran que en España, uno de los países más longevos del mundo, la media nacional es de 83,2 años, y específicamente los hombres tienen una esperanza de vida 80'5 años y las mujeres de 85'9.

A pesar de lo que he dicho en relación al aumento de la esperanza de vida, algunos economistas excluyen que ello lleve consigo la desaparición de la herencia. Piketty⁽⁷⁸⁾ señala que si bien una razón que pudiera explicar «el fin natural de la herencia» sería el aumento de la esperanza de vida, de modo que «la reducción de la tasa de mortalidad es evidente a largo plazo», porque «en una sociedad donde se muere menos a menudo –considerando la población en su conjunto– es también una en la que la masa de la herencia es menor en relación con el ingreso nacional». A pesar de todo, Piketty advierte que «sería un importante error de razonamiento imaginar que esa fuerza conduce ineludiblemente a una desaparición progresiva de la herencia», porque en definitiva, «el envejecimiento de la población aplaza los fallecimientos en el tiempo pero no los suprime». La cuestión presenta, pues, aspectos que no pueden controlarse exclusivamente con normas jurídicas.

c) Las disposiciones constitucionales. Para algunos autores la justificación constitucional de la legítima se encontraría en la protección de la familia y, concretamente, en lo que dispone el art. 39.1 y 3 CE. En ello se basaría su «función social». Y el fundamento de este argumento se halla en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, tantas veces citada.

Ya he dicho que no considero que los argumentos de esta sentencia puedan ser trasladables al sistema constitucional español. El art. 33.2 CE contiene dos clarísimos requisitos: uno, que la herencia debe cumplir su función social, como la propiedad privada; otro, que se trata de una institución que debe ser desarrollada por el legislador, que tiene como único límite el cumplimiento de la función social. De

(77) Interpretando esta causa de desheredación, ver las SSTJC de 2 de febrero de 2017; 8 de enero de 2018; respecto a la interpretación amplia de las causas de desheredación basadas en el maltrato de los hijos a los padres, ver las SSTs 2484/2014, de 3 de junio de 2014; 565/2015, de 30 de enero de 2015 y 1523/2019, de 15 de mayo de 2019.

(78) Piquetti, T. (2014), p. 424-426.

este modo, los bienes que integran la herencia seguirán delimitados tal como estaban antes de abrirse la sucesión: por ejemplo, un cuadro declarado BIC, los inmuebles sujetos a las normas urbanísticas correspondientes, etc. Y además, es la propia herencia la que debe cumplir ella misma una función social; está delimitada por su propia función social. Y esta no puede consistir en la protección a la familia, porque excepto en los casos establecidos a nivel constitucional en el art. 39 CE, no hay más obligaciones que afecten a particulares, como se ha explicado ya.

De donde cabe concluir en este punto que el legislador puede establecer una regulación del derecho sucesorio donde se incluya o no la obligación del progenitor/causante de atribuir una porción de los bienes hereditarios a sus familiares más directos. De este modo debe negarse que sea aceptable constitucionalmente una quasi vinculación de 2/3 del patrimonio hereditario en favor de los hijos del difunto, puesto que esta obligación así concretada es contraria a la definición de la propiedad privada como institución que cumple una función social. Si la delimitación del contenido de la propiedad privada por medio de la constitucionalización de su elemento «función social», ha dado lugar a la creación de tantos tipos de propiedad como funciones sociales deba cumplir, debemos plantearnos si ello debe ser así también en las herencias: ¿hay tantos tipos de herencia como funciones sociales pueden imaginarse? Dejo abierta la respuesta.

a) *Pero ¿es que existe una función social propia de la herencia?*

Si la protección de la familia no puede considerarse la delimitación propia de la propiedad convertida en herencia, la pregunta que viene a la mente es si realmente la herencia puede cumplir una función social autónoma. Esta es la última pregunta que hay que hacerse en este estudio.

Dice Sánchez González ⁽⁷⁹⁾ que la doctrina civilista se ha inclinado por entender que «lo que el art. 33.1 CE quiere reconocer es la facultad del propietario de disponer *mortis causa* de sus bienes, siendo, entonces, una especie de prolongación del derecho de propiedad». Y que el art. 33 «vendría a subrayar el vínculo existente entre la titularidad dominical y las facultades dispositivas que, como titular del derecho, corresponden al propietario». De esta manera, continúa esta autora, se vendría a coincidir con el art. 17.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE que establece que «toda persona tiene el derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y *a legarlos* (énfasis añadido). Pero es cierto que como dice la propia autora, ello no demuestra qué es lo que debe considerarse «función social de la herencia ⁽⁸⁰⁾».

A partir de aquí, por tanto, hay que enfrentarse con el problema de la interpretación constitucional de la función social de la herencia.

El art. 33.2 CE dispone de forma clara que la función social tanto de la propiedad, como de su consecuencia, la herencia, delimitará su contenido. De aquí va a

(79) Sánchez González (2018), p. 22.

(80) Sánchez González (2018), p. 24-25, donde recoge los principios que López y Delgado consideran como elementos definitorios del derecho de sucesiones, en los que ambos incluyen la necesidad de disponer dentro de un núcleo familiar; por ejemplo Delgado afirma que «la familia del difunto es destinataria, al menos, de parte de sus bienes».

surgir una primera pregunta: ¿la herencia tiene la misma función social que la propiedad? ¿O podemos atribuirle una función social propia?

Ya he estudiado en qué consiste la función social de la propiedad; la doctrina constitucional que he examinado puede resumirse de la siguiente manera: i) la función social es una parte integrante del concepto constitucional de propiedad y, en consecuencia, forma parte del concepto moderno de esta institución; ii) la función social no puede desligarse de los distintos bienes que forman el patrimonio hereditario, porque entra dentro de la delimitación específica de cada uno y la función que cumplen no cambia por haberse convertido en patrimonio hereditario, y iii) delimita, a su vez, el propio contenido del derecho de la herencia.

Porque cuando se examina el concepto de función social aplicado a la herencia no me refiero al que constituye el de todos y cada uno de los bienes hereditarios, sino el de la propia institución *herencia* constitucionalmente considerada. Y eso es lo que se debe estudiar en este apartado.

La doctrina constitucional examinada en el anterior apartado se aplica a la herencia y al heredero, como nuevo propietario que se coloca en la misma posición que su causante. Pero como ya he señalado, el art. 33.2 CE añade una nueva exigencia constitucional al establecer una función social de la herencia, que no aparece tan claramente exigida en las Constituciones de nuestro entorno. Así, el art. 42 (1) de la Ley Fundamental de la República federal de Alemania tiene una referencia a la ley que va a establecer el contenido y los límites de la herencia y el art. 42 de la Constitución italiana se remite a la ley que va a ser la que determine «los límites» de la herencia, «con la finalidad de asegurar la función social». El cambio de la naturaleza de los bienes que están en el patrimonio de un causante, así como los beneficios sociales que se generan a la muerte de una persona (pensión de viudedad, de orfandad, etc.) hacen que viejos esquemas deban ser reconsiderados, pero para ello nos va a servir la doctrina ya formulada acerca de los efectos de la herencia.

En la actualidad se discute sobre la problemática de la igualdad en el acceso a la riqueza y en el modo de conseguirla. Esta discusión es ya vieja, lo que no quiere decir que haya perdido actualidad, a pesar de que la distribución de los bienes haya sido siempre discutida. Señala Halliday⁽⁸¹⁾ que es un error eliminar el significado de la riqueza hereditaria sobre la base de que llega «*too late to matter*» (demasiado tarde para que importe). Pero una cosa es la herencia en sí misma considerada y otras las formas en que los propietarios pueden distribuirla. Y aquí es cuando se plantea la discusión entre libertad de testar, es decir, sin obligación de atribuir una parte de los bienes relictos a determinados miembros de la familia, o bien, la limitación, más amplia o más restringida, que deriva de la obligación de dejar una parte de dichos bienes o de su valor a determinados parientes, normalmente, los descendientes. Se van a argumentar estas cuestiones sobre la base del papel que juega la denominada «legítima» en las sucesiones, ya sea que se la considere como un sustitutivo⁽⁸²⁾ del derecho de alimentos que determinadas personas pierden al fallecer el causante, ya sea como una limitación a la libertad de testar. En el fondo, se trata de responder a la pregunta: ¿cómo hay que tratar a la familia en las herencias? ¿Y cómo hay que resolver el problema de los impuestos? Esquemmatizando, se puede

(81) Halliday (2018) p. 6.

(82) Bouckaert (2009), p. 99.

usar el resumen que realizan Cunliffe y Erreygers⁽⁸³⁾, cuando señalan que antes del desarrollo de los impuestos modernos y del estado del bienestar, la herencia era una fuente de riqueza, pero el cambio de la práctica individual a la herencia social produjo el aumento de cuestiones muy controvertidas que duran hasta nuestros días. Según estos autores, en la discusión sobre si debe mantenerse la herencia dentro de la familia hay diferentes argumentos: i) algunos piensan que se trata de un incentivo para crear y mantener la propiedad a través del tiempo; ii) otros se oponen radicalmente a la distribución familiar de la herencia y abogan por su completa abolición. El contrargumento de que la disposición de los bienes inter vivos haría desaparecer la herencia tampoco produce opiniones unánimes, porque hay quien entiende que ello haría aumentar el consumo para gustarlo todo antes de morir, mientras otros no ven este peligro.

Ante todo hay que señalar que el art. 33.2 CE exige a la herencia el cumplimiento de la función social. Como ya he dicho en páginas anteriores, resulta más positivo delimitar de entrada lo que no es la función social de la herencia: con pleno respeto a quienes siguen entendiendo que la función social se cumple atribuyendo una parte mayor o menor, de los bienes a distintos parientes, creo que existen argumentos constitucionales de peso para eliminar esta idea. De este modo mi postura es que no sería inconstitucional que el legislador del Código civil redujera o extinguiera la obligación de los padres de atribuir la legítima. ¿Deberíamos considerar entonces inconstitucionales las leyes autonómicas que han reducido o incluso eliminado la obligación de atribuir la legítima? O quizá ¿no sería más correcto aplicar el último inciso del segundo párrafo del art. 33.2 CE, que admite que el legislador determine la función social?

Por todo ello, pienso que la libertad de testar constituye el contenido básico de la función social de la propiedad. Y debe utilizarse el concepto de función social establecido en la STC 37/1987, FJ 3, en donde se declara que «La Constitución reconoce un derecho a la a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir» y añade, «por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, *sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social* (énfasis añadido), entendida *no como mero límite externo a su definición o ejercicio* (énfasis añadido), sino como parte del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

A partir de aquí, las interpretaciones han llevado a considerar que el art. 33 CE produce no un derecho de propiedad abstracto, sino concreto en relación a cada tipo de bienes, de modo que se habla de «propiedades» y no de «propiedad». Mi tesis es que ello ocurre también cuando aplicamos a la herencia el mismo concepto de «función social»: no hay *herencia*, sino *herencias*. Lo que debería llevarnos a

(83) Cunliffe, J and Erreygers, G. (2015), p. 65-66.

identificar los intereses constitucionales en cada una de las situaciones. En este sentido resulta interesante el análisis que efectúa Kelly cuando estudia las finalidades y los objetivos que se van a obtener con la implementación de la libertad de testar, entre ellas que dada su naturaleza, la renegociación relativa a las disposiciones del causante no es posible y por ello, las limitaciones a la libertad de testar, si se consideran necesarias, deben facilitar más que regular, porque constitucionalmente, el causante tiene derecho a elegir quién le va a suceder en los bienes dejados después de su muerte⁽⁸⁴⁾.

He dicho que a mi modo de ver, la libertad de testar es un elemento de su función social que va ligada con el derecho de libertad contenido en el art 17 CE. Y además puede ser considerado como un importante sistema para organizar el sistema sucesorio⁽⁸⁵⁾, lo cual también refuerza el propio concepto de función social. Pero obviamente esta no es únicamente la función que creo que tiene en cuenta el art. 33.2 CE, porque si me limitara a este aspecto pienso que difícilmente podría justificarse la exigencia de la función social: se trataría de una norma de legislación ordinaria y nada más. Debemos ir más allá.

2. Valores e intereses en la función social de la herencia

En su aplicación a las herencias, hay que destacar un importante elemento: los valores/intereses de la colectividad en varios aspectos: la protección de determinados valores familiares y la participación de la propia sociedad en los bienes que forman parte del patrimonio hereditario.

a) *La protección de determinados aspectos familiares*

No estoy de acuerdo con aquellos autores, como A. López⁽⁸⁶⁾, que incluyen dentro de la función social de la herencia «la necesidad de que ciertos parientes, caso de existir, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar». En definitiva, la legítima. Como he dicho ya, considero perfectamente constitucional una ley que excluya la obligación de atribuir una parte de los bienes hereditarios a determinados parientes. Una de las finalidades de la función social de la herencia, identificada en la libertad de testar, lo constituye evitar las vinculaciones y una legítima larga del tipo de la establecida en el Código civil puede considerarse como un tipo moderno de vinculación, que a diferencia de las históricas⁽⁸⁷⁾, eliminadas como consecuencia de las reformas derivadas de la Revolución francesa, no están centradas en bienes concretos, (para ello sirvieron en España las sucesivas desamortizaciones del siglo XIX), sino que afectan al patrimonio en su conjunto. Por poner un ejemplo, Beckert cita las críticas contra los privilegios especiales de determinadas clases sociales basadas principalmente en la necesidad de implementar la igualdad civil, los derechos de libertad

(84) Kelly (2013), pp. 1129-1135. Leído en Internet agosto 2019.

(85) Kelly (2013), conclusión p. 1184.

(86) López López (1994), p. 54.

(87) Beckert (2015), p. 73.

individual, el concepto de meritocracia y la democracia⁽⁸⁸⁾. La razón constitucional de se encuentran en el art. 39.1 CE, que establece que «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», y no impone esta obligación a los particulares más que en determinadas circunstancias, tales como cuando sucede lo previsto en el párrafo 3 del propio artículo, que impone a los progenitores la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente corresponda», para lo cual, el párrafo segundo incluirá la norma que va a permitir la investigación de la paternidad. Por tanto, fuera de los casos previstos en la Constitución, no surge ninguna obligación constitucional familiar, que pueda considerarse incluida en el concepto de función social de la herencia. Una regla a la que nos lleva la interpretación del mencionado art. 39.1 CE es que hay que considerar que nadie tiene ningún mérito en ser familiar de alguien, ni un derecho constitucionalmente reconocido por el hecho de serlo, por lo que la obligación legal de destinar una parte del patrimonio a los parientes solo por este hecho, no puede en ningún caso formar parte de la función social de la herencia.

Lo que acabo de decir no excluye en absoluto que determinadas finalidades familiares puedan incluirse dentro del concepto de la función social de la herencia. Porque hay que tener en cuenta que la Constitución ordena proteger determinados colectivos en virtud de lo que dispone el art. 39.1 CE y en este supuesto, las acciones de protección provienen tanto del ámbito público, como de las obligaciones privadas por razón del parentesco. Así debe ponderarse la necesidad sobre el parentesco, aunque en realidad en el derecho actual se combinan ambos, porque el particular no va a resultar obligado a efectuar determinadas prestaciones a personas que se hallen en estado de necesidad si no son parientes, lo que incluye las atribuciones por causa de muerte.

Por ello hay supuestos en los que la herencia cumpliría su función social obligando a la protección de determinados grupos familiares, tal como se deduce de las propias normas constitucionales, de modo que podría obligarse al propietario/causante a atribuir bienes, ya sea en forma de legítima, ya sea en forma de patrimonios vinculados (trust), a los hijos menores de edad, de acuerdo con lo que dispone el art. 39.3 CE y a los hijos que se encuentren en situaciones dignas de protección, como los discapacitados (art. 39.3 in fine y 49 CE). De hecho, la reforma del Código civil producida por ley 41/2003 modificó el art. 808 CC, que permitió establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta cuando uno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado; en este caso los fiduciarios serán dichos hijos y los demás legitimarios serán fideicomisarios. La función social en estos casos la cumplirá la herencia porque los bienes privados van a ir dirigidos a quienes de otro modo, dependerían de las prestaciones sociales y la pregunta lógica será ¿por qué si el causante tiene bienes para afrontar las necesidades que presenta un hijo suyo incapacitado judicialmente, debe dejar la legítima libre a los demás legitimarios y enviar al más necesitado a la prestaciones sociales?

(88) Beckert (2015), pp. 73-74 añade una cita de John Stuart Mill, en 1848, que según Beckert denunció las vinculaciones como una institución aristocrática que promovía una cultura económica en conflicto con las aspiraciones adquisitivas y decía que el heredero de una vinculación, estando seguro de suceder en la propiedad familiar, a pesar de no haberlo merecido y siendo consciente de ello desde que era pequeño, tiene más posibilidades de ser perezoso, disipado y pródigo.

El 808.3 CC presenta un supuesto de solidaridad familiar, que incluso podría ir más allá.

Con esta reflexión volvemos a lo que ya había dicho: la única función social de una legítima en su relación con la familia es la dirigida a la subvención de las necesidades de determinados miembros, admitidas de forma clara en la Constitución. En definitiva, lo que puede calificarse como *legítima alimenticia*.

b) *La reversión a la colectividad*

A lo largo de la historia, muchos autores se han venido preguntando acerca de las razones de que unos determinados bienes adquiridos por el causante deben necesariamente pasar a su familia. Se presenta así la agria discusión acerca de los impuestos sucesorios, calificados por algunos como «un impuesto odiado, pero justo» (A hated tax but a fair one⁽⁸⁹⁾). Lo que quiero plantear aquí es si las formas utilizadas por el Estado para obtener ingresos a través de las herencias de los más ricos pueden o no ajustarse a la Constitución, en su exigencia de la función social y siempre que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones constitucionales.

1.º *Las fundaciones*. Una de las formas buscadas por los futuros causantes va a ser la utilización de fundaciones mediante las que revierte a la colectividad una parte importante de los bienes hereditarios. Ejemplos recientes de la utilización de las fundaciones en este sentido las encontramos en las decisiones de Bill y Melinda Gates o Baron Hilton, que dejó el 97% de sus bienes a la fundación Conrad N. Hilton, entre otros ejemplos, aunque ello es propio de determinados sistemas jurídicos. En España, el art. 34 CE establece que «se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley». Las aportaciones a fundaciones gozan de beneficios fiscales, con lo que se cumple de forma más o menos directa la finalidad de la ley. Si el testamento crea la fundación para obtener determinados fines sociales, la preferencia de la eficacia de estas disposiciones sobre las legítimas debería ser incontestable; ahora bien, su tratamiento jurídico equivale al de las donaciones, de modo que la dotación de una fundación debe ser imputada para el cálculo de la correspondiente legítima (art. 818.2 CC) e incluso reducida por inoficiosa, si a ello se añade que su cuantía impide a los legitimarios obtener lo que legalmente le corresponde como legítima (art. 820 CC). Imaginemos el ejemplo de Hilton, que según las noticias de prensa, deja el 97% de sus bienes a la fundación que ostenta el nombre de su abuelo, quien la creó; imaginemos que este hecho sucede en España y que debe aplicarse la legislación del Código civil. Es muy probable que teniendo sus herederos derecho a obtener los dos tercios de los bienes hereditarios, han recibido solo un 3%, que no cubre en absoluto su legítima y como consecuencia, una parte muy importante de lo que su causante ha dejado a la fundación sería declarado inoficioso, se reduciría hasta el punto de permitir a sus legitimarios obtener las dos terceras partes y en vez de cumplirse los fines buscados por el fundador, se obtendría únicamente el aumento del patrimonio de sus herederos. Creo que la claridad de este ejemplo me exime de seguir el argumento. Ahora bien, no nos llamemos a engaño: no tienen el mismo carácter que las continentales, ya que admiten algunas veces un amplísimo poder de gestión de los familiares, con lo que se apartan del

(89) The Economist. www.economist.com/leaders/2017/11/23/a-hated-tax-but-a-fair-one

concepto que en España se tiene de fundación a nivel constitucional⁽⁹⁰⁾. Pero debe afirmarse que precisamente nuestro sistema permite al causante utilizar la forma «fundación» para retornar a la sociedad una parte de los bienes, lo que cumpliría claramente la función social de la herencia, ya que solo se admite el derecho de fundación «para fines de interés general». Y más teniendo en cuenta que según el art. 128.1 CE «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». Pero la rigurosa legislación sobre legítimas impide la utilización de las fundaciones en su auténtico sentido constitucional, que las permite solo «para fines de interés general».

2.º *Los impuestos sobre sucesiones.* Me he referido antes a la frase publicada en 2017 en *The Economist*, de acuerdo con la que el impuesto sucesorio es odiado pero necesario. No es este el lugar para escribir una larga reflexión sobre el papel que juega dicho impuesto en la riqueza de un país; ni tampoco mi formación, exclusivamente jurídica, me va a permitir calibrar los pros y contras de una u otra postura. Sí que pienso que es necesario aportar algunas ideas que permitan al lector reflexionar sobre una cuestión discutida desde por lo menos el siglo XVIII.

De una forma muy clara se resume el problema diciendo que los pensadores liberales clásicos parece que favorecían este tipo de impuestos y se cita, entre otros, a Adam Smith para quien el poder de disposición del patrimonio para siempre es manifiestamente absurdo. En definitiva, como algunos otros autores afirmaron, el hecho de nacer en una familia rica no constituye un título para adquirir riqueza; por ello Stuart Mill quería fomentar la igualdad de oportunidades más que la creación de una élite que durara generaciones⁽⁹¹⁾. Voy a seguir en este punto los trabajos de Beckert⁽⁹²⁾ y de Halliday⁽⁹³⁾, para mostrar cómo se han mantenido a lo largo de más de dos siglos las dos posturas, favorables y contrarias al impuesto sucesorio.

La idea básica de los autores que se mueven en el círculo de los razonamientos económicos para justificar la necesidad de limitar la riqueza heredada gira en torno a la igualdad. Una explicación significativa sobre los impuestos hereditarios la formula Ascher⁽⁹⁴⁾, para quien un impuesto sobre la herencia para hijos sanos y ricos recae directamente en aquellos que solo la detentan debido a la casualidad en el lugar del nacimiento, ya que para ellos la herencia es una suerte inesperada⁽⁹⁵⁾ y además verdaderamente son los que tienen más posibilidades de pagar y, añade, que esta capacidad para pagar es ampliamente aceptada como una medida primaria de la justicia del impuesto.

(90) Roca Trias, (2018), p. 720.

(91) www.economist.com/briefing/2017/11/23/taxing-inheritances-is-falling-ot-of-favour.

(92) Beckert (2015), pp. 74-77.

(93) Halliday (2018), pp. 26 ss.

(94) Ascher (1990), p. 93.

(95) Bouckaert (2009), p. 102 explica diferentes perspectivas: el heredero no merece la herencia porque no tiene ningún mérito en la creación de la riqueza; pero desde el punto de vista del que debe recibir la tasa, un 100%, aunque es un auténtico trabajo de ingeniería social y redistribución, depende de la lealtad de los individuos respecto al estado. Para otros autores señala Bouckaert, el impuesto sucesorio es injusto porque lesiona el derecho de propiedad. Aunque acaba diciendo que los argumentos filosóficos no son decisivos entre los colectivistas que buscan la redistribución y los propietarios «individuales».

Últimamente, algunos autores reclaman el gravamen mediante determinados niveles de impuestos para permitir una distribución más igualitaria de la riqueza y evitar así su acumulación en pocas manos. Por ejemplo, Wilkinson señalaba hace poco que «elevaría el impuesto de sucesiones. Estamos creando dinastías. Hay familias en las que los hijos no necesitan trabajar y muchos los miran como seres superiores cuando no lo son»⁽⁹⁶⁾, y la última obra de Piketty insiste en la idea de las altas tasas que permitirían una redistribución que permitiría superar la desigualdad. Estas modernas ideas tienen un pasado ya no tan cercano.

Utilizando la evolución tal como la recoge Beckert⁽⁹⁷⁾, la justificación de los impuestos sucesorios se funda en cuatro argumentos diferentes: i) para algunos autores, la desigualdad puede justificarse solo en las diferentes contribuciones que cada uno de los miembros de la sociedad hace en beneficio de la propia sociedad, no por la suerte del nacimiento en una familia rica (accident of birth); por ello, la propiedad necesita ser redistribuida en cada generación. En consecuencia, estos autores aplican el principio del mérito, muy presente en la sociedad norteamericana, de modo que Roosevelt señaló en su momento que dejar que las fortunas pasen a través de las generaciones produciría a la larga un gran detrimento de la comunidad: ii) el segundo argumento se refiere a lo que he venido poniendo de relieve a lo largo de este trabajo: el cambio de las estructuras sociales; citando a Stuart Mill, Beckert afirma que en las primitivas sociedades, la propiedad pertenecía a la familia en cuanto tal, de modo que el nacimiento y la muerte solo cambiaban la identidad del titular. En el sistema familiar actual debe hablarse de propiedad individual; iii) consecuencia de lo anterior hay que poner el acento en el hecho de que muchas de las obligaciones recaen en el estado, de modo que debería establecerse un impuesto progresivo porque en el proceso de modernización de la familia, cada vez más muchas necesidades deben ser afrontadas por el estado: educación, sanidad, prestaciones sociales, etc., lo que traslada al estado muchas de las obligaciones que antes recaían en las familias y que deben ser afrontadas mediante el pago de impuestos, y finalmente, iv) Beckert pone de relieve la concentración del poder económico produce también la concentración del poder político.

En consecuencia, Beckert afirmará que a pesar de ello, los impuestos sobre las sucesiones son objeto de mucha crítica, porque a través de los impuestos sucesorios el estado no interfiere en la distribución de la propiedad dentro de la familia, sino que se apropia de una parte de la propiedad dejada por el causante. En definitiva, a partir de la introducción de los sucesivos regímenes impositivos en distintos países, se plantean las cuestiones básicas de si la tasa es confiscatoria o no y la sucesiva desolidarización de la sociedad hace que se perciban estos impuestos no como un medio para asegurar oportunidades a nivel social⁽⁹⁸⁾, sino como una amenaza (a further threat).

Es evidente que frente a esta tendencia, existen los que entienden que los impuestos son básicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo que afirma Halliday, quien mantiene que hay que distinguir entre los flujos hereditarios (taxing flows of inheritance) y los impuestos sobre los stocks de riqueza⁽⁹⁹⁾. Sea como sea,

(96) Wilkinson, Richard. Entrevista en El País, Ideas. Domingo 18 de septiembre de 2019. P. 5

(97) Beckert (2015), p. 75.

(98) Beckert (2015), p. 79.

(99) Halliday (2018), p. 203.

el propio autor concluye que los ataques al gravamen a la herencia provienen de determinados sectores políticos y que en realidad debería distinguirse entre riqueza creada de nuevo por el causante y riqueza ya heredada que se transmite a lo largo de sucesivas generaciones.

Sea como sea, la verdad es que de una forma o de otra, con unos condicionantes u otros, el gravamen sobre la herencia entra dentro de la función social que debe cumplir la herencia.

Otra cosa será qué diseño de los impuestos sucesorios debe establecerse en un concreto país y para cada concreta sucesión, porque para que los impuestos cumplan la función social que se requiere constitucionalmente deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 31.1 CE, es decir, que se respeten los principios de igualdad y progresividad que, «en ningún caso tendrá carácter confiscatorio»⁽¹⁰⁰⁾. Y de nuevo entramos en lo que antes he comentado: no hay *herencia*, sino *herencias* y el sistema impositivo debe cuidar que no se excedan las finalidades constitucionales establecidas en el art. 31.1 CE: una cosa es que los impuestos sean un medio para que la herencia cumpla la función social y otra que se creen situaciones imposibles, que a la larga van a llevar al fraude.

V. CONCLUSIONES

Todos los temas que se han planteado obligan a pensar en las razones que aun permiten defender la existencia de la limitación de la libertad de disposición de los causantes, por medio de la legítima. Las instituciones no son tan autónomas que puedan justificarse con plena independencia de las finalidades que han buscado históricamente. La legítima es una institución que permitía al hijo obtener unos beneficios en la herencia del padre en una época en que la esperanza de vida de los padres podía justificar esta situación. Era un sistema semejante a los alimentos, que venía a sustituirlos cuando cesaba el derecho a reclamarlos por la muerte del obligado a prestarlos. Por el contrario, las circunstancias sociales que afectan tanto al causante de las sucesiones, como a los beneficiarios posibles producen la incoherencia consistente en que los progenitores deban seguir prestando servicios sociales a sus hijos hasta edades más tardías, que pueden coincidir en muchos casos con la jubilación de los propios padres/causantes. El derecho de sucesiones español vive de espaldas a la realidad familiar y social y sigue incentivando unas soluciones que entorpecen la adopción de decisiones económicas racionales.

(100) Por tanto, no puede olvidarse lo que se afirma en la STC 37/1987, FJ 2, donde se dice «Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable».

De aquí que a mi parecer el estudio antecedente me lleva a las siguientes conclusiones:

- La herencia debe cumplir la función social, exigida en el art. 33.2 CE. Esto es un efecto de ser consecuencia de la propiedad y por ello, se aplican los mismos criterios para fijar la función social, aunque dada la naturaleza de la herencia, la determinación de la función social no puede fijarse de la misma forma.
- La legítima obligatoria no cumple la función social exigida constitucionalmente porque en la regulación actual, las limitaciones a la libertad de testar establecidas por ley no están dirigidas a cumplir finalidades sociales, sino que favorecen individualmente a determinados parientes, con independencia de sus necesidades. Solo una legítima dirigida a proporcionar a personas desfavorecidas, perjudicadas con el fallecimiento del titular de los bienes, es decir, una legítima del tipo alimentario, podría ser admisible en aplicación de los principios constitucionales contenidos en los arts. 39.3 y 49 CE. En este caso, cumpliría la función social exigida.
- Por tanto, la legítima no se encuentra protegida constitucionalmente. Creo que sería constitucional eliminarla, como lo son las legislaciones vigentes que la han suprimido.
- Debe mantenerse el impuesto sucesorio, si bien adecuado a las características de cada sucesión, evitando la característica expropiatoria algunas veces presente en alguna regulación fiscal, con evidente vulneración de lo que establece el art. 31 CE.

V. BIBLIOGRAFÍA

Se inserta a continuación la relación de las obras citadas en este trabajo. Aunque se han utilizado algunas otras, especialmente en el aspecto económico de las sucesiones, no se citan porque solo han servido para ayudar a formar la opinión de la autora, sin que sean necesarias en un trabajo de estas características.

- AGUILERA VAQUÉS, Mar, «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*Regulatory takings* v. Regulaciones inconstitucionales de la propiedad), en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol II, 2008, pp. 939-964.
- AGOÉS MENDIZÁBAL, Carmen, «La función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad», en SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 519-550.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», en *InDret*, Barcelona, enero 2010.
- ASHER MARK, L., «Curtailling Inherited Wealth», en 98. *Michigan Law Review*, 69, 1990, pp. 69-151.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El componente ambiental de la función social de la propiedad privada y la expropiación forzosa», en *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales. Un reto para la protección efectiva del medio natural*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 52-85.

- BARRIO GALLARDO, Aurelio, «El ocaso de las legítimas largas», en CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA y ARANGURREN URRRIZA (directores), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson-Reuters. Cizur Mayor, 2019, pp. 287-313.
- BECKER, Gary, *Tratado sobre la familia*, trad. de C. PERAITA DE GRADO, Alianza editorial, Madrid, 1981.
- BECKERT, Jens, «Are we still modern? Inheritance law and the broken promise of Enlightenment», en CUNLIFFE & ERREYERS (eds.), *Inherited Wealth, Justice and Equality*. Routledge Frontiers of Political Economy, London and New York, 2015, pp. 70-80.
- BRINIG, Margaret, *From contract to Covenant. Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, Ma. London, England, 2000.
- BROCÀ I MONTAGUT, Guillem M., *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y Exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Facsímil [1985], Barcelona, Herederos de Juan Gili, 1918.
- BOUCKAERT, Boudewijn, «The Post Mortem homo Economicus: What Does He tell Us?», en CASTELEIN, FOUQUÉ and VERBEKE, *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2009.
- CABRILLO, Francisco, *Matrimonio, Familia y Economía*, Minerva ediciones, Madrid, 1996.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, «Formación doctrinal contemporánea Derecho del catalán: What sucesiones: La primogenitura de la libertad», en *Materials de les III Jornades de Dret català a Tossa*, Universidad de Barcelona, 1984, pp. 9-38.
- CUNNLIFE, John and ERREYERS, Guido, «Equal Inheritance and Equal Shares: a reconsideration of some nineteenth-century reform proposals», en CUNLIFFE & ERREYERS (eds), *Inherited Wealth, Justice and Equality*, pp. 54-69.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *APDC. Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 13-171.
- DIEZ PICAZO, Luis, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 1257-1270.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M.^a, *Sistema de derechos fundamentales* (3.^a edición), Thomson Civitas, Cizur Mayor-Navarra, 2008.
- ELLIOT, John H., *La rebelión de los catalanes (1598-1640)*, trad. Rafael SÁNCHEZ MANTEO, Biblioteca historia de España, RBA, Barcelona, 2006.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, «Público y Privado en el Derecho», en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*. Madrid 22, 23,24 noviembre 2018, T. II (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/otras_publicaciones/actas_congreso_academias_juridicas_iberamerica_10.php)
- FERRER I ALÓS, «Pagesia i sistema de transmissió de béns al Bages al segle XVIII», en *Primer Congrés d'Història Moderna de Catalunya. Actes*. Diputació de Barcelona, Departament d'Història Moderna, Facultat de Geografia i Història, UB, 1984, pp. 361-370.
- HALLIDAY, Daniel, *The inheritance of wealth. Justice, equality & the right to bequeath*. Oxford University Press, Oxford, 2018.
- HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1987.

- IBAÑEZ MACÍAS, Antonio, «La función social de la propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: algunas cuestiones», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración pública*, n.º 22 (1995), pp. 89-115.
- KELLY, Daniel B., «Restricting Testamentary Freedom: Ex ante versus Ex Post Justifications», en *University of Nôtre Dame. The Law School*. <http://ssrn.com/abstract=1990802>
- LÓPEZ LÓPEZ, Angel. «La garantía institucional de la herencia», en *Derecho privado y Constitución*, n.º 3 (1994), pp. 29-62.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «La libertad de testar. Una reforma necesaria», en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I, Madrid, 2005, pp. 641- 690.
- PÉREZ SIMEÓN, Maurici. «La legítima en el Código civil ruso. Un análisis histórico y comparado», en *InDret* 1/2016.
- PINTENS, Walter, «Need and Opportunity of Convengence in European Succession Laws», en ANDERSON y ARROYO (eds), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*. European Studies in Private Law (5). Europa Law Publishing. Gröningen, 2011, pp. 3-23.
- PEREÑA PINEDO, Ignacio. «La función social del derecho de propiedad», en BASTIDA (coord.), *Propiedad y derecho constitucional*, Centro de estudios. Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2005, pp.173-193.
- PIKETTY, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Fondo de cultura económica, 2014.
- PUIG FERRIOL, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. III, 2, Bosch casa editorial, Barcelona, 1980.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, BOE/ Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ROCA TRÍAS, Encarnación, *Libertad y familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «Artículo 34 CE», en *Comentario a la Constitución española: 40.º aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 715-724.
- RODOTÀ, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de Luis Díez PICAZO, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.ª, «Comentario al art. 33 CE», en PÉREZ MANZANO, BORRAJO, RODRÍGUEZ PIÑERO, CASAS (coords), Arnaldo ALCUBILLA, *Comentarios a la Constitución española*, vol 1, tomo 1, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1147-1175.
- ROGEL VIDE, Carlos, *El derecho a la herencia en la Constitución*, Editorial Reus, 2017.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª Paz, «Límites constitucionales a la libertad de testar», en VAQUER ALOY, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, BOSCH CAPDEVILA (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, pp. 7-25.
- THE ECONOMIST, <https://www.economist.com/briefing/2017/11/23/taxing-inheritances-is-falling-out>
- <https://www.economist.com/leaders/2017/11/23/a-hated-tax-but-a-fair-one>
- VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», en *InDret*, 3/2017.