

FUNDAMENTOS DE LA CONFIANZA.

Antonio Monserrat Quintana

I.- Primer acto: Desconfiando de la confianza.

Agradezco el honor que la Academia, por mano de su Presidente, me ha conferido al hacerme el encargo de contestar al magnífico y denso discurso de ingreso de D. Carlos Jiménez Gallego, a quien felicito sincera y efusivamente.

El nuevo académico ha realizado –como indica en la que llama *Nota de presentación*– un exhaustivo análisis de las distintas instituciones sucesorias en las que prima la confianza sobre la ejecución, comparando las distintas formas que a lo largo de los siglos se han ido produciendo; así como las actuales instituciones del ámbito europeo; para finalizar con sugerentes reflexiones sobre el futuro de las instituciones de confianza.

Un primer mérito del discurso que contestamos me parece que es justamente que se haya referido a la *confianza*, que el nuevo académico anuda a la *lealtad* y a la *fidelidad a la palabra dada*. No es poco en estos tiempos que alguien se atreva a entrar en estos conceptos, cuando las nociones que parecen imperar son la *desconfianza*, la *desesperanza* y una generalizada *crisis de valores*. Bienvenida sea, por ello, una reflexión seria y profunda sobre la *confianza*, en materia tan fundamental como las instituciones sucesorias.

El discurso se centra, en numerosas ocasiones, en el estudio de la *protección jurídica de la confianza*, con referencias continuas a las sustituciones fideicomisarias y fideicomisos en general, planteando de continuo puntos y cuestiones sobre los que vale la pena conocer y reflexionar. A este respecto, también es de elogiar la consideración del nuevo Académico que afirma que *no se puede hacer tabla rasa del Derecho histórico*, coincidiendo plenamente

con la opinión de COING quien decía que “La labor del jurista, que trata de interpretar el derecho con rigor, es por esencia histórica” ¹.

En este recorrido histórico y comparado, destaca también el contraste, claramente expuesto por Carlos Jiménez, existente entre la opinión actual y la que llevó a muchos legisladores del siglo XIX, singularmente a los redactores del *Code Civil des Français*, o *Code Napoléon*, de 21 de marzo de 1804, a la prohibición absoluta de las sustituciones, operada por el artículo 896 de dicho Código.

Para comprender mejor la importancia que los legisladores indicados daban a la expulsión del Ordenamiento jurídico de las sustituciones, fueran fideicomisarias o de cualquier otra clase, baste comprobar la colocación sistemática de la referida prohibición en el Código Napoléon. En efecto, el Título II, *Des donations entre-vifs et des testaments* –en su Capítulo 1º, *Dispositions générales*– se inicia con tres artículos definitorios: el 893, que declara que la disposición de los bienes por título gratuito sólo puede hacerse por donación *inter-vivos* o por testamento; el 894, que define la donación *inter-vivos*; el 895, que define el testamento; e, inmediatamente después (artículo 896), aparece la drástica prohibición:

“Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué ou du légataire”.

Apunta Carlos Jiménez que esta prohibición absoluta ha sido corregida en parte por la reforma del Código Civil francés operada en 2006, que ha dado nueva redacción al artículo 896, si bien de forma cautelosa, al prescribir que “la disposición por la que una persona queda encargada de conservar y restituir a un tercero”, “sólo produce efecto en los casos en que está autorizada por la Ley”.

Hagamos un alto en el camino para intentar comprender las razones que condujeron a los ilustrados legisladores y juristas del siglo XIX a una actitud frontalmente opuesta a las instituciones de confianza, o por lo menos, a un recelo y actitud sumamente restrictiva, en particular de las sustituciones fideicomisarias.

Veamos lo que decía BIGOT-PRÉAMENEU, en el importantísimo *Discours 55* de los pronunciados con ocasión de la publicación del *Code*

1 - Helmut COING: *Savigny et Collingwood ou: Histoire et interprétation du Droit*, en “Archives de Philosophie du Droit”, 1959, pp. 1 ss.

Civil, tratando de este asunto, calificando la prohibición de las sustituciones fideicomisarias como “la más importante” disposición en materia de donaciones y testamentos:

“Parmi les règles communes à tous les genres de dispositions, et que l’on a placées en tête de la loi, la plus importante est celle qui confirme l’abolition des substitutions fidéicommissaires.

» Cette manière de disposer, dont on trouve les premières traces dans la législation romaine, n’entra point dans son système primitif de transmission des biens...

» L’esprit de fraude introduisit les substitutions: l’ambition se saisit de ce moyen et l’a perpétué.

(.../...)

L’expérience a prouvé que, dans les familles opulentes, cette institution n’ayant pour but que d’enrichir l’un de ses membres en dépouillant les autres, était un germe toujours renaissant de discorde et de procès”².

A pesar de la más benévola consideración de las sustituciones fideicomisarias en nuestro Código Civil, no se crea que la opinión de nuestros juristas fuera mucho más favorable. Fijémonos, a modo de ejemplo, en MUCIUS SCAEVOLA (pseudónimo, como se sabe, de Pedro de APALATEGUI y OCEJO). Empieza con una ampulosa declaración, que más bien alienta poco a quien se adentra en el estudio de la institución:

“No se figuraría el caminante indocto, colocado en la suave planicie donde la sustitución fideicomisaria tiene su punto originario, que, al aventurarse en el camino y al empezar a recorrerle, firmaba el compromiso de sortear el paso por quebradísimos terrenos, en que se alcanza a veces el máximo de la elevación, y se desciende otras al máximo de la profundidad”.

Tras esta agorera advertencia, pasa directamente al ataque:

“(.../...) Aquella modesta institución de Roma, sencillo medio profiláctico de prevenir el mal de fallecer sin testamento, conviértese después en principal e independiente (.../...). Destruye entonces el orden de la familia, altera el de los municipios y hiere vivamente en sus entrañas, al de la sociedad.

» Empieza por ser una medicina, se convierte después en un alimento y acaba siendo un germen de infección y de destrucción”.³

2 - BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil, par les divers orateurs du Conseil d’État et du Tribunal*, Paris, chez Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de l’Institut de France, Rue Jacob, n° 56, 1838, p. 374 ss.

3 - MUCIUS SCAEVOLA, *Derecho Civil*, Tomo XIII, p. 664.

No acaba aquí la cosa. MUCIUS llega a comparar los fideicomisos con la pulmonía, por lo general de tan fatales efectos en su tiempo. Así, haciendo un parangón con los mayorazgos, tan denostados por los liberales, dice:

“Entre la pulmonía ordinaria y la epidémica no existen diferencias esenciales, pero mientras la primera se produce en pocos casos... es la segunda un hecho general y frecuente, obedece también a causas generales, y a diátesis producidas a la vez en todos los individuos de una comarca por circunstancias atmosféricas o de otro género, y afecta, en su desarrollo y en su fin, formas y caracteres imprevistos y generalmente funestos. Del mismo modo, el fideicomiso familiar de Roma es un caso aislado, hijo del capricho del testador unas veces, medio, otras, aunque exagerado, de satisfacer una necesidad impuesta por determinada situación de la familia, y, en general, poco abundante de malas consecuencias sociales e individuales; mientras que la vinculación de bienes en forma de mayorazgo extiéndese por toda la sociedad, ataca a todas las clases sociales... y termina produciendo en la familia y en el Estado destrozos morales y materiales que llegan a infundir desolación y espanto”⁴.

II.- Segundo Acto: inmortalidad, soberanía, protección de terceros y otras explicaciones.

Aunque con el ánimo algo encogido por tan negros presagios, sigamos adelante con nuestra exposición, referida a algunos aspectos del brillante discurso de Carlos Jiménez.

En distintas ocasiones, la preocupación del nuevo académico se dirige a la preservación de la voluntad del causante, es decir, a la protección de la confianza otorgada por éste en sus disposiciones de última voluntad. Así pueden leerse, en numerosos pasajes del discurso, referencias a “la protección jurídica de la confianza”; el “riesgo de abuso del heredero de confianza”; “la prohibición de esas figuras llevaría al uso de la fiducia plena, lo cual es más peligroso para el causante”; “el interés del causante también se cubre...”; “permitir la confianza en un tercero nos parece algo bueno, si se mantiene dentro de límites que aseguren el cumplimiento de la voluntad del causante”, etc., finalizando con que “las instituciones fiduciarias deben contemplarse como una ampliación de las posibilidades del testador, que éste delega en otros por pura imposibilidad de ejercerlas él mismo, pero para que se utilicen en su interés”.

Estas referencias me dan ocasión para plantear una cuestión de la

4 - MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, T. XIII, p. 669-670.

máxima importancia: ¿Por qué hay que respetar la voluntad del causante? En particular, ¿cuál es el fundamento del deber de respetar y honrar la confianza depositada en el fiduciario por el disponente?

Se me podrá contestar inmediatamente: “Por la misma esencia del derecho sucesorio”.

Sin embargo, cualquiera que esté medianamente impuesto de los principios de esta difícil materia, sabe perfectamente que el problema no tiene fácil solución, ni mucho menos están de acuerdo en este punto los diversos autores y la multitud de escuelas que lo han tratado.

Se trata, ni más ni menos, que del controvertido –y a mi entender, no solucionado del todo– problema del fundamento de la sucesión, tanto testada como intestada; y, en segundo lugar, subordinado a éste, de las espinosas cuestiones que se derivan de las instituciones de confianza, precisamente en relación con esta última.

Como es sabido, las teorías respecto del derecho hereditario se pueden clasificar en *positivas*, es decir, a favor del mismo; *negativas*, que lo rechazan con más o menos rotundidad; y *eclécticas*, de muy variado signo ⁵.

No tenemos tiempo, ni Uds. tendrían humor, para desarrollar, siquiera sea esquemáticamente, dichas teorías. No obstante, abusando de su paciencia, permítanme referirme a algunos autores, por su particular relación con lo que hoy tratamos.

Entre las teorías *negativas* de la sucesión hereditaria destacan autores tan respetables como KANT y FICHTE, según los que “la sucesión testamentaria no es de Derecho Natural, porque la muerte extingue todos los derechos de la persona... La sucesión intestada ... carece también de justificación racional, porque la comunidad de bienes en la familia tan sólo se concibe en cuanto ésta perdura” ⁶.

Entre las muchas teorías *positivas*, permítanme hacer una referencia, por lo curiosa, a las tesis de Giuseppe d’AGUANNO, el cual, siguiendo y adaptando al mundo del Derecho las tesis de HAECKEL, quien afirmaba que el desarrollo embrionario de un individuo reúne las etapas evolutivas de su raza⁷, en su curiosa obra *La génesis y la evolución del Derecho Civil según*

5 - Pueden verse amplias exposiciones de estas teorías, p.ej., en LUÑO PEÑA, E.: *Derecho Natural*, 4ª ed., Barcelona, 1961, pp. 455 ss.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, reimpr. De la 7ª ed., T. VI, Vol. I, Reus, Madrid, 1969, pp. 30 ss.; o LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte General*, Librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 11, y “Fundamento del derecho a suceder”, *op. cit.*, p. 14.

6 - Vide LUÑO PEÑA, *op. cit.*, *ibid.*

7 - Cf. [www.monografias.com>biologia>desarrolloembrionario](http://www.monografias.com/biologia/desarrolloembrionario).

los resultados de las Ciencias Antropológicas é Histórico-Sociales⁸, con base en lo que llamó *antropología científica*, y tras efectuar una *Investigación genética de los derechos de sucesión*⁹ sostuvo, que “(.../...) si se transmiten hereditariamente las cualidades biológicas de los antepasados, y en gran parte las anomalías orgánicas, los vicios de conformación, ciertas especies de enfermedades, las virtudes y los defectos, deben también transmitirse los bienes.

»En efecto, si es verdad que, hablando biológicamente, todos los hombres renacen en sus descendientes, por cuanto éstos tienen un organismo parcialmente idéntico y conformado de la misma manera que el de sus progenitores, y el desarrollo de dicho organismo se verifica de una manera uniforme al de éstos, claro es que la ley debe reconocer esta no interrumpida cadena que liga á los padres con sus descendientes, y debe reconocer la intimidad biológica que existe entre los unos y los otros. Y si la ley admite y garantiza la propiedad personal en el individuo, debe reconocer el derecho de transmitir esta propiedad á sus descendientes, que son una continuación fisiológica y psicológica de los padres”¹⁰.

En definitiva, como habrán comprobado Uds., el heredero o el beneficiario final de la herencia sería una suerte de *reencarnación* del causante difunto...

Por extraña que pueda parecer esta postura, hemos de admitir que muchas de las teorías *positivas* pecan de notoria exageración, por cuanto aluden, nada más y nada menos que a la *inmortalidad* del causante o a una *soberanía* sobre sus bienes.

Así, el insigne GARCÍA GOYENA afirmaba: “(.../...) los hechos del difunto... ¿No se reputan por hechos de estos mismos [sus herederos]? ... **El hombre nunca muere** en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles, que no sean personalísimas, ni hay bajo este aspecto un solo momento de interrupción entre el difunto y su heredero”¹¹.

Y –de nuevo el eminente civilista– MUCIUS SCAEVOLA apela a la *soberanía*, al decir que “El poder que representa la facultad de testar en un testador no es tanto la libre disposición de sus bienes, como la **soberanía** que

8 - Madrid, La España Moderna, 1892, traducción de Antonio DORADO MONTERO, p. 15.

9 - La “Sección Cuarta” de la obra, dedicada a las Sucesiones, tiene los siguientes apartados: 1. Fundamento científico de la sucesión. 2. Investigación genética de los derechos de sucesión. 3. Los derechos de sucesión a través de la evolución histórica. 4. Aplicaciones prácticas del estudio científico sobre las sucesiones.

10 - D'AGUANNO, *op. cit.*, pp. 464-465.

11 - *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. II, Madrid, 1852, p. 11.

ejerce, en nombre de altísimas consideraciones de orden moral y social, dejando ordenado para cuando fallezca, el régimen económico, político, industrial, artístico, etc., de la familia, cuya existencia y prosperidad desearía que continuase como en vida del mismo, y, siendo posible, dando lugar a que se engrandezcan hasta el mayor límite factible”(.../...)

»Hay, pues, un más allá en los horizontes del mundo visible, como existe también la creencia indudable de que nuestros trabajos, nuestras creaciones, hasta nuestros mandatos y consejos han de utilizarse, respetarse y bendecirse, aun después que desaparezcamos de la tierra, perpetuándose la memoria de nuestro nombre, en tal forma, por todo el tiempo que las señales exteriores de la actividad duren y sean conocidas...

asi también el industrial que emprende un complejo y atrevido negocio, por él sólo concebido y comprendido, tiene, en la facultad de disponer de sus bienes *mortis causa*, la prenda cierta e indefectible de que sus afanes para después que deje de existir, no han de quedar infructuosos y baldíos, encomendando la continuación de la empresa a persona o personas cuyas dotes él reconozca como más a propósito para que no se malogre lo conseguido después de desembolsos, trabajo y crédito difícil de recuperar, si se pierde, y con arreglo también a las disposiciones que él escriba en su testamento o que la ley supletoria determine”¹².

BIONDI lo dice de otra manera, algo más dubitativa: “El testador *cree*¹³ **que sobrevive** por el hecho de imponer autoritariamente su voluntad y la ley trata de dar a ésta plena satisfacción”¹⁴.

THIERS, por su parte, decía que “instituyendo la propiedad personal dio la sociedad al hombre el único estímulo que puede excitarle a trabajar. Faltábale una cosa: **hacer infinito** el estímulo, y este fue su objeto al instituir la propiedad hereditaria”¹⁵

No acaba aquí la cosa. Alexis de TOCQUEVILLE decía: “Me sorprende que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones una gran influencia en la marcha de los negocios humanos... Por ellas, el hombre está armado **de un poder casi divino** sobre el

12 - MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XII, pp. 20-21.

13 - La negrilla y cursiva son nuestras.

14 - BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed. revisada, Bosch, Barcelona, 1960, p. 6.

15 - THIERS, Louis Adolphe: *La propiedad*, cap. X, ed. en castellano, Madrid, 1880, p. 81. Vide VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Tomo I, *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 14.

porvenir de sus semejantes (*d'un pouvoir presque divin sur l'avenir de ses semblables*)”¹⁶.

Pero aquí estamos en sede jurídica y, siendo esto así, ¿cómo se puede hablar de que el causante, *difunto* por definición, es *inmortal* o que *ejerce soberanía* o, más todavía, *está armado de un poder casi divino* si ya no está en este mundo?

Una postura algo más aceptable fue la de los codificadores franceses, como el mencionado BIGOT-PRÉAMENEU, quien consideraba que el derecho de disponer *mortis causa* de los propios bienes era una consecuencia del derecho de propiedad, a la par que un *consuelo* ante la inminencia de la muerte:

“C'est surtout lorsque l'homme voit approcher le terme de sa vie qu'il s'occupe le plus du sort de ceux qui doivent après sa mort le représenter...

»C'est dans le temps où la Parque fatale commence à être menaçante que l'homme cherche sa consolation, et le moyen de se résigner avec moins de peine à la mort, en faisant à son gré la disposition de sa fortune”.

Todo ello sin dejar de reconocer las objeciones opuestas por los *negacionistas*:

“Quelques jurisconsultes opposent à ces idées d'indépendance dans l'exercice du droit de propriété, que celui qui dispose pour le temps où il n'existera plus n'exerce point un droit naturel; qu'il n'y a de propriété que dans la possession qui finit avec la vie; que la transmission des biens après la mort du possesseur appartient à la loi civile, dont l'objet est de prévenir le désordre auquel la société serait exposée, si ces biens étaient alors la proie du premier occupant, ou s'il fallait les partager entre tous les membres de la société comme une chose devenue commune à tous”¹⁷.

Curiosamente, el argumento del *consuelo* tiene antigua, antiquísima raigambre, como pone de relieve BIONDI, quien, citando a QUINTILIANO, afirma que “la certeza de la eficacia de la propia *voluntas ultra mortem* se consideraba como *solatium mortis*”¹⁸.

No se crea que nos hemos apartado del hilo de la exposición, ni de nuestra contestación al magnífico discurso sobre las instituciones hereditarias de confianza. En efecto, existe una clara conexión entre el derecho hereditario,

16 - Alexis de TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, 1835, Cap. Tercero.

17 - BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours ...*, cit., p. 372.

18 - QUINTILIANO, *Decl.* 308; citado por BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y Donación*, cit., p. 5.

el derecho de propiedad y el correlativo deber de respetar la confianza recibida.

A mi modesto entender, el problema estriba en que se ha hecho demasiado hincapié en la voluntad del causante, en los *derechos de éste*, y, a mí me parece que esta visión es insuficiente y hasta contradictoria. Si es cierto –y lo es– que *mors omnia solvitur*, habrá que acudir a algún otro instrumento, porque anclar todo el entramado de derechos, y sobre todo, deberes, en la personalidad jurídica del difunto, que ya no existe, es un artificio que resulta de muy difícil aceptación. De ahí que las teorías negativistas del derecho hereditario –no nos referimos aquí a las teorías negativas de corte socialista, porque éstas se basan en definitiva en la negación del derecho de propiedad– tuvieran, desde el punto de vista individualista gran aceptación en su momento.

Como la cuestión es ciertamente compleja, algunos otros autores han buceado en la fundamentación del derecho hereditario, con su entramado de deberes y derechos de los beneficiarios, en los *terceros contratantes*. Así, empieza diciendo CASTÁN que lo relaciona con la idea –ya señalada– de una supuesta *inmortalidad*, cuando afirma:

“El fundamento de la sucesión es, pues, la necesidad de perpetuar el patrimonio más allá de los límites de la vida humana... Sin sucesión no habría crédito, pues lo que mantiene la fe en las transacciones humanas es esa especie de inmortalidad de que se reviste la persona jurídica (???) del deudor por medio de la sucesión hereditaria”¹⁹.

Por su parte, ROCA-SASTRE MUNCUNILL amplía el argumento, diciendo:

“Por ello, prescindiendo de los argumentos en pro y en contra acerca de la viabilidad de la sucesión *mortis causa*, que esgrimen las tesis individualistas, familiares, fisiológicas, orgánicas, colectivistas o socialistas, hay que afirmar rotundamente que la sucesión por causa de muerte es un instituto fundamentado (.../...). *Mors omnia solvit* y quien contrata con una persona ya cuenta con su muerte, que es *certus an*, aunque incierta en el *quando*, pero también confía o tiene la seguridad que (*sic*) habrá alguien que se colocará en la posición jurídica del difunto que recogerá sus bienes y derechos y responderá de sus obligaciones y cargas, y continuará en fin la personalidad, al menos patrimonial, de su causante o antecesor”²⁰.

19 - CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*,..., reimpr. de la 7ª ed., T. VI, Vol. I, Reus, Madrid, 1969, p. 32.

20 - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, T. I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 15.

Todo esto no me acaba de convencer: Cuando compro en *El Corte Inglés*, ¿estoy teniendo en cuenta o considero la futura muerte de Isidoro Álvarez? La permanencia la da la continuidad de la persona jurídica, sociedad supongo que anónima, de los grandes almacenes; pero esa consideración no se da, por lo general, y salvo algún caso extremo, en las transacciones entre personas físicas.

III.- Tercer acto: un punto de inflexión.

Los argumentos que pretenden fundar el derecho hereditario y, por consiguiente, para lo que hoy nos interesa, el deber de respetar la voluntad y la confianza del causante, exclusivamente en éste, en una pretendida *soberanía o inmortalidad* del disponente; o aquéllas que lo hacen en consideración a los terceros, me parecen, en conclusión, manifiestamente insuficientes.

Por ello, entiendo que hay que acudir a otras vías con la esperanza de hallar soluciones más satisfactorias.

Para empezar, hay que tener en cuenta la estrecha relación, destacada por muchos civilistas, entre el derecho hereditario, incluyendo la libertad de testar, el derecho de propiedad, y la familia ²¹.

Así, SÁNCHEZ ROMÁN, dice que “el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre... hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle...” ²².

Otros, también citados por VALLET ²³, como CADAFALECH, GINER DE LOS RÍOS, DURÁN Y BAS, Gumersindo de AZCÁRATE, etc., afirman que “el derecho de propiedad, en cuanto fundado en la naturaleza racional y previsor de la vida ha de tener efectividad para después de la muerte... en uso del *ius disponendi*..., que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento” ²⁴.

21 - Así, COGLIOLO: “La razón de ser del derecho de suceder está en dos institutos armónicamente combinados: la propiedad y la familia”, en *Filosofía del diritto privato*, 2ª ed., Firenze, 1891, p. 258, citado por CASTÁN, *op. cit.*, p. 32.

22 - *Estudios de Derecho Civil*, T. VI-II, 2ª ed., Madrid, 1910, cap. XIV, § 1, n. 8, p. 721, citado por VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 25.

23 - *loc. cit.*, n. 38, p. 25.

24 - SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, n. 8, p. 720.

En definitiva, se trata de un problema sin solución estrictamente *jurídica*. Como señaló agudamente SAVIGNY al hablar del *Derecho de familia*, “sus partes constitutivas son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un lazo natural que, como tal, está por cima de la humanidad misma (*jus naturale*). Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo...”. Y terminaba diciendo: “De aquí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al derecho positivo; y aún puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la más importante pertenece á un dominio muy distinto del jurídico”²⁵.

En similar línea se posicionaba también BIGOT-PRÉAMENEU, al decir, en su citado *Discours 55*, que el fundamento del orden de suceder se halla en *la voix que la nature a fait entendre à tous les peuples*, junto a los *sentiments d'affection que la nature a mis dans le coeur des parents les uns pour les autres*²⁶.

En resumen, como afirma rotundamente MUCIUS, “no podemos considerar el derecho hereditario como nacido de la ley civil”²⁷.

IV.- Cuarto acto: Acercándonos a una solución.

Pienso que el punto débil de las construcciones más comunes que pretenden la justificación del derecho hereditario y, por extensión, del derecho de imponer disposiciones *mortis causa* basadas en la confianza, junto al deber correlativo de respetarla, se halla en que representan un punto de vista excesivamente *individualista*, concentrado en una persona, sí, pero que en el momento en que se plantea el problema, está ya *difunto*.

Esta consideración nos lleva a considerar que la solución sólo es posible, en una primera aproximación, superando el ámbito individual y pasando a

25 - M.F.C. de SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, con un prólogo de D. Manuel DURÁN y BAS, 2ª ed., Tomo Primero, Madrid, sin fecha, pp. 265-266.

26 - El texto completo dice así: “Au milieu de ces discussions, il est un guide que l'on peut suivre avec sûreté; c'est la voix que la nature a fait entendre à tous les peuples, et qui a dicté presque toutes les législations. Les liens du sang, qui unissent et qui constituent les familles, sont formés par les sentiments d'affection que la nature a mis dans le coeur des parents les uns pour les autres; l'énergie de ces sentiments augmente en raison de la proximité de parenté, et elle est portée au plus haut degré entre les pères et mères et leurs enfants. Il n'est aucun législateur sage qui n'ait considéré ces différents degrés d'affection comme lui présentant le meilleur ordre pour la transmission des biens”.

BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours 55, Motifs et Discours...*, cit., p. 373.

27 - *op. cit.*, T. XII, p. 18.

lo que Gustav RADBRUCH llamó el *supraindividualismo*, aunque este autor respetaba la consideración *individualista*, pero entendiéndola como insuficiente.

Dice RADBRUCH:

“El principio individualista del Derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte.

Empero, tanto la sucesión intestada como el sistema de legítimas, son también susceptibles de una fundación inmediata individualista, **y no ciertamente desde el punto de vista del causante, sino desde el del heredero.**

»La función familiar del Derecho hereditario puede fundamentarse no sólo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del **supraindividualismo**. La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales...

»Lo que en la concepción individualista de la función familiar del Derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción supraindividualista a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el **fideicomiso** y el derecho hereditario integral”²⁸.

Obsérvese, además, que en Roma la institución del fideicomiso, en su origen, se formaba por una disposición de última voluntad por la que el causante *rogaba* al depositario de la confianza que conservase y entregase todo o parte de su patrimonio a la persona en definitiva designada. Este ruego no tuvo inicialmente valor jurídico, sino simplemente *fiduciario*²⁹.

Este carácter inicialmente voluntario (mero ruego), en mi opinión, era más conforme con la noción del deber –simplemente moral– de respetar la voluntad del difunto, o de no traicionar su confianza. Luego deviene obligatorio, pero no porque se base en este deber –repito que simplemente moral– de hacer honor a la confianza que el difunto depositó en el fiduciario, sino porque ya se fundamenta en el deber –ahora ya jurídico– de respetar y llevar a cumplimiento **las expectativas del beneficiario final del fideicomiso**, es decir, del fideicomisario, el cual, en el Derecho Español común, ha adquirido ya el derecho a la sucesión desde la muerte del

28 - Vide VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio...*, cit., p. 13.

29 - Cf. D'AGUANO, *op. cit.*, p. 493.

testador, aunque muera antes que el fiduciario; y porque el derecho de aquél –ya fallecido– ha pasado a sus herederos, como prescribe el artículo 784 del Código Civil.

V.- Quinto acto: una conclusión.

Las consideraciones anteriores nos están llevando, ineluctablemente, a un cambio radical en el enfoque del problema. Estamos pasando desde la posición del *causante* a la del *beneficiario*. Creo que en este punto radica la solución auténtica de la *vexata quaestio* de la confianza tal como la hemos venido exponiendo.

Me parece obvio que, más que hablar de los hipotéticos *derechos del difunto* (expresión que, por sí misma, constituye una *contradictio in terminis*), hemos de considerar los *derechos del beneficiario* (tesis individualista matizada), así como de los *derechos de la sociedad en general* (tesis supraindividualista).

Respecto de esta última consideración, creo que el fundamento de la sucesión, en todas sus facetas, es el mismo que el del derecho de propiedad: es decir, el progreso, el bienestar, la familia, la continuidad, la libertad: todos ellos son anhelos naturales del hombre.

En este ámbito, es particularmente interesante la posición de PUY MUÑOZ, quien nos dice que “lo esencial es determinar que el hombre tiene un derecho mucho más general: el derecho a la sucesión entendido como derecho a la tradición. Es el derecho a ser beneficiario de la labor de todos los antepasados en general”³⁰.

Sigue afirmando que “este derecho nos beneficia en extremo, puesto que nos convierte, por humanos, en herederos de las conquistas de la humanidad toda: animales domesticados, tierras roturadas, ..., los bienes todos de la cultura y la civilización”³¹. Esta interesante observación nos conduce a otra: de aquí deriva el deber –correlativo del derecho a la tradición mencionado por PUY– de la ecología.

Para PUY, “los aspectos concretos que acreditan –siempre, claro es, dentro del ámbito de lo justo natural...– una mayor virtualidad de la idea de tradición en la experiencia jurídica son:

El derecho pasivo de sucesión.

Y el derecho activo de sucesión.

30 - PUY MUÑOZ, Francisco: *Lecciones de Derecho Natural*, Tomo I, *Introducción a la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª ed., Ed. Dirosa, Barcelona, 1974, p. 445.

31 - *op. cit.*, pp. 448-449.

El *derecho pasivo de sucesión* comprende, ante todo, el *derecho a suceder en la vida física*; después, el *derecho a suceder en la vida moral*, o sea, en la dignidad de los progenitores, sea como individuos, sea como miembros de los diversos grupos sociales; por último, el *derecho a suceder en los bienes*, materiales e inmateriales, con testamento o sin él”³².

El *derecho activo de sucesión* sería “el derecho a vincular especialmente la sucesión a favor de las personas o instituciones más próximas o más acreedoras a nuestra gratitud”³³.

VALLET DE GOYTISOLO acepta las tesis de PUY, añadiendo, junto a las anteriores notas, las tendencias, también naturales del hombre, al *arraigo* y a la *continuidad*³⁴, de tal modo que la posesión no se justifica si no es para *transmitir*. “El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores”³⁵.

Resumiendo, pues, y para concluir: los pretendidos derechos del causante a que se respete y cumpla la confianza depositada en cualquier fiduciario, así como la justificación misma de las instituciones de últimas voluntades radican, sobre todo, en el carácter social de la propiedad y en los derechos que corresponden a los beneficiarios finales, únicos que, por estar vivos, tienen verdaderos derechos, junto a los correlativos deberes que de aquéllos se derivan.

Muchas gracias.

32 - *ibid.*, pp. 445 ss.

33 - *ibid.*, p. 448.

34 - VALLET, citando a Rafael GAMBRA (*El silencio de Dios*, cap. VIII, 1ª ed., Madrid, 1968, p. 142), *op. cit.*, p. 17.

35 - VALLET, *op. cit.*, citando a BOURGET y a PÉGUY, p. 18, *passim*.