

II.1. DERECHO CIVIL

ELOGIO DE LA DESHEREDACIÓN¹

Por D. ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA
Notario

Resumen

La realidad de los Despachos notariales prueba que el sistema legitimario establecido por el Código civil recibe un respaldo amplísimo de los testadores, superior incluso al 90%.

Eso significa –a juicio del autor– que no tiene sentido establecer un sistema de absoluta libertad de testar, sino que sólo hay que dar cauce a ese pequeño porcentaje que entra en colisión con el actual sistema legitimario. Es decir: manteniendo nuestro sistema legitimario, hay que «darle aire y oxígeno» para que pueda acoger a los testadores que chocan con él.

Y en esa tarea de dar aire a las legítimas, el autor entiende que la desheredación es la pieza fundamental, con la única condición de que no sea interpretada restrictivamente.

Abstract

The real every day work at the public notary studies shows that the restrictions to testators enforced by the Civil Code (in Spain called «legítimas»), are agreed with the wishes of a large majority of clients (even more 90%).

It means –in my opinion– that a system of «testamentary complete freedom» is just not necessary. Otherwise, would be enough to receive in the actual system this few people that crash with the actual restrictions to make last will and testament. I say: the actual system is a good system which only needs «fresh air and oxygen» to receive this few people that, actually, disagree with the restrictions.

How? The author thinks that «disinherit» is the basic piece, with a simple warning: never make restrictive interpretations.

¹ Texto que sirvió de base a la Conferencia dada por el autor el día 1 de abril de 2011 dentro de las «II Jornadas Notariales» celebradas en el Colegio Notarial de Extremadura.

SUMARIO

- I. «DERECHO VIVO» DE TESTAMENTOS BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL
- II. LA DESHEREDACIÓN «DE MODELO ÚNICO»
- III. EL ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA
 1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - A) **S.T.S. 30 de septiembre de 1975**
 - B) **Crítica de la S.T.S. 30 de septiembre de 1975**
 - C) **Otras sentencias posteriores**
 2. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES
 3. CONTRADICCIONES DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS
 4. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS
- IV. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA DESHEREDACIÓN
- V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA DESHEREDACIÓN
 1. «INJURIA GRAVE DE PALABRA»
 2. «MALTRATO DE OBRA»
 3. «S.A.P.»
- VI. CONCLUSIÓN

I. «DERECHO VIVO» DE TESTAMENTOS BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

Creo que un jurista como yo (Notario), debe arrancar su exposición hablando de aquello que tanto le gustaba tener presente a D. Joaquín Garrigues: el Derecho vivo, ese Derecho que de verdad es el Derecho que se cumple en la realidad social, no el que se anquilosa en el *B.O.E.* Nadie puede decirlo mejor que el Maestro de maestros de los mercantilistas españoles (él hablaba así respecto de las Sociedades anónimas, pero con igual o mayor motivo es predicable respecto de los Testamentos):

«... un tema que pertenece a lo que yo llamé hace muchos años el Derecho vivo de las Sociedades Anónimas, en oposición al Derecho literalizado, petrificado en las leyes y los códigos. Pensé que, al fin, los artífices de este Derecho vivo son los Notarios, llamados a colmar las lagunas de las Leyes a impulso de las exigencias de esa realidad viva ...»².

Siguiendo ese consejo de Garrigues, yo voy a arrancar del Derecho vivo. Y para ello, he analizado, clasificado y sistematizado todos los Testamentos por mí autorizados en mi Despacho durante los años 2009 y 2010 (los dos últimos años completos).

Lo primero que he encontrado es una semejanza total entre ambos años; hasta el punto de que salvo decimales –de los que ahora podemos prescindir– las cifras de la estadística coinciden completamente. Lo que me permite –además– hacer una exposición única y no repetida, concretada ya sólo al año 2010.

En esta exposición he clasificado a los testadores en razón de las circunstancias que influyen en cada uno de ellos en cuanto a las Legítimas que están obligados a respetar.

El cuadro estadístico es el siguiente³:

² Joaquín GARRIGUES, «Sindicatos de accionistas», *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1978, pág. 16 (reproducido también en *R.D.M.*, n.º 55, enero-marzo 1955).

³ Hay que añadir un caso *sui generis*, que es el de un testador que expresa y decididamente quiso otorgar un testamento puramente revocatorio (y que representa el 0,5% que falta, del total de testadores).

Y una advertencia: los porcentajes de que hablaré en el trabajo siempre son totales, sobre el total universo estadístico tomado en consideración. Atender a porcentajes y sub-porcentajes dentro de cada grupo haría que el lector perdiera la línea argumental.

Año 2010

<i>Testadores: circunstancias personales</i>	<i>Número</i>	<i>%</i>
Personas casadas, con hijos	105	53%
Viudos/viudas, con hijos	28	14%
Divorciados/Separados, con hijos	14	7%
Personas solteras, con hijos	3	1,5%
2. ^a Nupcias (o 2. ^a parejas), con hijos	3	1,5%
Matrimonios (o parejas), sin hijos	15	7,5%
Personas sin herederos forzosos	30	15%

¿Qué conclusiones se pueden extraer del análisis de la Estadística de Testamentos?

Primero:

Del gran grupo constituido por los testadores casados y con hijos (53%), la inmensa mayoría de ellos (un 52%), instituyó herederos a todos sus hijos por partes iguales.

Ello es así en términos apabullantes, al margen de que dejen o no el usufructo universal a su cónyuge; al margen de que testen conjunta o separadamente.

O lo que es lo mismo: teniendo obligación de dejar 2/3 de su herencia, la inmensa mayoría de los casados con hijos les deja todo: 3/3.

Es decir, las legítimas NO han coartado en absoluto su libertad de testar, pues estando obligados a menos, han dejado a sus legitimarios incluso más que lo que el Código civil les imponía.

Sólo un 1% dejó legítima estricta a uno y la herencia a los demás hijos. Este UNO POR CIENTO (1%) es el que sí se puede decir que «se ha visto constreñido» por el sistema de legítimas, pues si hubiera podido, parece evidente que nada habría dejado al hijo que sólo recibe la legítima estricta, dejando todo a los demás (sean legitimarios o no).

Segundo:

Del grupo formado por las personas viudas y con hijos (14%), una mayoría de ellos (11%) instituyó herederos también a todos sus hijos por partes iguales.

Pero un 3% del total se lo dejan todo a uno, y sólo la legítima estricta a los demás. Es decir: en este grupo, se puede decir que un TRES POR CIENTO (3%) SÍ «se ha visto constreñido» o limitado por el sistema de legítimas.

Tercero:

Del siguiente grupo de Divorciados y Separados con hijos (7%) –siguiendo el mismo criterio anterior–, un DOS POR CIENTO (2%) «se ha visto limitado» por el sistema de legítimas.

Cuarto:

No tienen, sin embargo, conflicto legitimario de ningún tipo ni el grupo de Solteros con hijos (1,5%) ni el de Matrimonios sin hijos (7,5%): en los dos grupos, instituyen herederos en el todo a los legitimarios (sea éste el cónyuge, sean éstos los hijos).

Quinto:

El grupo de Segundos matrimonios o Segundas parejas con hijos es, finalmente, el grupo de conflicto más patente. En este grupo, todos los testadores disponen de 2/3 de sus bienes a favor de los hijos y 1/3 de sus bienes es para su segundo cónyuge o segunda pareja.

No es difícil deducir que, si no estuvieran frenados por la legítima, su testamento habría sido muy otro. Aquí SÍ puede afirmarse sin temor a equivocaciones que el 100% de este grupo está constreñido por el sistema legitimario del Código civil. Aunque este 100% del grupo supone tan sólo un UNO COMA CINCO POR CIENTO (1,5%) del total de testadores.

Acumulando todas estas cifras, podemos afirmar –insisto una vez más: la estadística se limita a mi Despacho– que un SIETE con CINCO POR CIENTO (7,5%) de las personas que han hecho testamento se han visto coartadas, limitadas o frenadas en el ejercicio de su libertad de testar por el sistema de legítimas.

Para estas personas, el sistema del Código supone un corsé limitativo de su voluntad, en contra de sus deseos.

No me podrán negar que –visto desde el ángulo contrario– esto significa que un NOVENTA Y DOS coma CINCO POR CIENTO (92,5%) de los testadores no se han visto en modo alguno limitados ni coartados por el sistema legitimario contenido en nuestro Código civil.

Si se tratara de juzgar el acierto de una determinada regulación, la bondad de un contrato, el éxito de una empresa, el acierto de una Ley, la justicia de un sistema o el funcionamiento de una institución, afirmar que se goza del 92,5% del total apoyo posible significa un éxito literalmente arrollador.

Eso mismo hay que afirmar de nuestro sistema legitimario, que –a juicio de quien esto escribe– SÍ constituye cauce adecuado a las necesidades de los testadores en territorios de Derecho común.

Mucho más –además– si tenemos en cuenta que en el último grupo (el de Personas sin herederos forzosos, que son nada menos que el 15%), la gran mayoría de ellos –hasta un 12,5%– instituye herederos a parientes (hermanos, primos hermanos o sobrinos) que aunque no son herederos forzosos obviamente, sí son parientes más lejanos y que podrían ser –en su caso– herederos abintestato, es decir: personas que están en el siguiente «anillo de parientes cercanos».

Y en casi todas las ocasiones, a todos los parientes que están en ese grado, sin distinguir unos hermanos, primos hermanos o sobrinos de otros, sino a todos los situados en igual parentesco por partes iguales.

Por tanto, defender la absoluta libertad de testar como pauta general y generalizable no parece digno de apoyo, vistos estos datos.

Ahora bien, como juristas debemos aspirar siempre a que el sistema permita la satisfacción del total, del 100%. Mejor dicho: que el sistema mismo dé cauce y solución a todos los casos, sean los generales, los especiales o los excepcionales.

Porque como siempre dice Juan Vallet de Goytisolo, el Derecho consiste en «la determinación de aquello “quod iustum est” en el caso concreto». Y, por tanto, en todo caso concreto.

Luego hay que dar cauce y satisfacción también a ese 7,5% que antes hemos extraído de nuestra estadística testamentaria. Y ahí es donde entra en juego todo lo que quiero decir a continuación en elogio de la desheredación. Desheredación que –no se olvide nunca– forma parte de nuestro «Sistema de Legítimas». No es algo extraño al sistema, sino parte de él.

II. LA DESHEREDACIÓN «DE MODELO ÚNICO»

Suelen tratar los autores la desheredación (tanto en Manuales como en monografías) afirmando de ella una serie de características que se repiten una y otra vez, hasta el punto de que bien podría hablarse de una «desheredación de modelo único» o «de tipo fijo»⁴. Estas características son las siguientes:

- 1.º Debe ordenarse en testamento.
- 2.º Debe ser expresa.
- 3.º Debe ser nominativa.
- 4.º Debe fundarse en una causa.
- 5.º Debe ser una de las fijadas legalmente.
- 6.º Debe interpretarse restrictivamente.

De esta exposición estándar o de pensamiento único debo decir que estoy de acuerdo con todas ellas ... salvo con la última: la afirmación de que las causas de desheredación deben interpretarse restrictivamente.

Pues bien, esta visión restrictiva de las causas de desheredación y de la desheredación misma no me parece defendible desde ningún punto de vista. Es más: me parece perniciosa. De ninguna manera se puede compartir.

⁴ Sin ánimo exhaustivo, pueden ser citados aquí LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, RIVAS MARTÍNEZ, ALGABA ROS, JORDANO FRAGA, RIVERA FERNÁNDEZ, CASADO CASADO, MENA-BERNAL ESCOBAR, PASCUAL QUINTANA...

¿Por qué?

Primer argumento:

Porque de ningún precepto del Código civil resulta tal criterio. Únicamente existe el término «solo» del art. 848, que ha dado pábulo a ello. Pero ni el artículo dice eso ni en absoluto permite basar en él semejante interpretación.

Este artículo dice literalmente:

«La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley».

Como se ve, lo que dice el precepto es que el testador sólo puede fundarse en una de las razones taxativamente fijadas en la Ley. Es decir: tipicidad legal; es decir, casos contados; es decir, enumeración exhaustiva; es decir, «numerus clausus».

Pero no dice nada más. Ni de este sólo puede deducirse ningún criterio restrictivo.

Que este «sólo» significa eso y nada más que eso nos lo confirma el siguiente art. 849 del mismo C.c., de muy semejante redacción:

«La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde».

Como se ve, utiliza también la misma expresión «solo». Eso supone que no puede hacerse sino en testamento. Y, por tanto, por interpretación indiscutible, en cualquier tipo de testamento: notarial (abierto o cerrado), ológrafo, en testamento militar, marítimo, en inminente peligro de muerte, etcétera.

¿Podría defenderse que se hiciera una interpretación restrictiva para –por ejemplo– entender que sólo pudiera desheredarse en «testamento notarial»? Evidentemente, No. El Código no dice eso. Dice testamento y por tanto, debe entenderse en sus propios términos literales y sin interpretación restrictiva ninguna: todo testamento es válido para desheredar.

Luego ... lo mismo sucede con el art. 848: dice solamente esas causas y no otras. Pero esas causas legales no tienen por qué interpretarse restrictivamente.

Segundo argumento:

En los partidarios de la interpretación restrictiva hay un «juicio de valor» acerca de conductas humanas derivado de un mal entendimiento del adagio «odiosa sunt restringenda».

Para sus partidarios, que un hijo desherede a un padre (o a la inversa) constituye un hecho en sí mismo odioso y que por eso mismo debe interpretarse restrictivamente.

Pero ¿qué es lo que es odioso?

¿Es odioso que un padre desherede a un hijo? ¿O lo que es odioso en verdad es que un hijo fuerce a un padre anciano a hacer testamento en un determinado sentido?

¿Es odioso que un hijo desherede a su padre? ¿O lo que es odioso en verdad es que un padre niegue alimentos a un hijo poniendo en peligro incluso su propia subsistencia y su vida?

¿Es odioso que un padre desherede a un hijo? ¿O será más bien que lo que es odioso de verdad es que un hijo acuse en falso a su padre de haber cometido delitos?

Para mí está clara la respuesta en los 3 casos. Lo odioso no es la desheredación sino la conducta que está en su origen.

Dicho en términos generales: ¿Es la desheredación en sí misma desagradable y odiosa?

No, no lo es en absoluto. Lo que es desagradable son los actos humanos que están en su base, pero la desheredación en sí misma es una institución de Derecho Civil que debe analizarse sin ningún prejuicio ni enemistad. Exactamente igual que:

- El préstamo usurario.
- La privación de la patria potestad.
- El divorcio por conducta vejatoria.
- La revocación de donaciones por ingratitud.

Y nadie ha propugnado nunca una interpretación restrictiva de todas estas instituciones jurídicas.

Tercer argumento:

Se defiende una interpretación restrictiva de la desheredación porque «... sino, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario» y la intangibilidad de la legítima es un Principio de nuestro Derecho».

Este argumento resulta particularmente desacertado, ya que incurre en un error de perspectiva: la desheredación forma parte del sistema de legítimas (igual que la protección de las legítimas, la preterición o la mejora). Sería inaceptable entender que la legítima «a todo evento» es un derecho absoluto, innegable, derivado de la pura generación biológica y en el que ni cabe la graduación y ponderación ni influyen las circunstancias de las personas y de las conductas de sus protagonistas.

Cualquier estudioso del Derecho de Sucesiones debe posicionarse en el ángulo correcto para una adecuada interpretación. Lo que constituye Principio

general de nuestro Derecho no es la intangibilidad de la legítima, sino que «la voluntad del testador es ley de la sucesión». Ese es el Principio.

Y Principio general de los del art. 1 del C.c. Con el Principio de que la voluntad del testador es ley de la sucesión y con las Legítimas sucede lo mismo que con el oxígeno y la comida:

«Alimentarse es fundamental; pero lo primero y vital es respirar».

Es decir: respetar las Legítimas es importante, pero lo fundamental es el Principio de que la herencia se rige por la voluntad del testador.

La Legítima es sólo un freno, una reglamentación predominantemente negativa, puramente limitativa –como las reservas– del verdadero Principio: que la sucesión debe regirse por la voluntad del testador. Otra vez la cita de Vallet de Goytisolo resulta inevitable⁵.

Todavía puede darse una «vuelta de tuerca» más a este razonamiento: Si lo que constituye un Principio general en nuestro Derecho es la voluntad del testador como ley de la sucesión, y las legítimas son una excepción a esa voluntad del testador, la Desheredación (que es una «excepción» a la legítima) constituye una excepción a la excepción. Y, por tanto, se desenvuelve en la misma línea y dirección del Principio general de que la sucesión ha de regirse por la voluntad del testador.

Lo que constituye una excepción o restricción a ese principio son precisamente, las legítimas. Que son, posiblemente, las que deban ser objeto de una interpretación restrictiva.

III. EL ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Siendo así todo lo anterior y dado que el Código civil no la impone, la pregunta es inevitable: ¿de donde ha surgido esta interpretación restrictiva?

Sin duda, el origen de esta interpretación es jurisprudencial, lo que nos obliga a hacer un breve análisis de nuestra Jurisprudencia, distinguiendo al efecto la doctrina del Tribunal Supremo (la verdadera Jurisprudencia) de la llamada Jurisprudencia menor, la propia de las Audiencias provinciales.

1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Que nosotros sepamos, pocas son las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo para admitir o rechazar causas de desheredación. Sin miedo a

⁵ Véase su monumental monografía Juan VALLET DE GOYTISOLO: *Las Legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974, dos tomos, 1.324 págs. (y que constituye el vol. LVIII dedicado a las «Limitaciones de derecho sucesorio a la libertad de disponer», dentro del *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, dirigido por Federico de Castro).

equivocarme creo que puedo afirmar que no pasan de doce o catorce. Y eso, en más de 120 años, es en verdad muy poco.

Pero el problema nace con una Sentencia concreta del Tribunal Supremo: la de 30 de septiembre de 1975.

A) S.T.S. 30 de septiembre de 1975

Esta Sentencia (de la que fue Ponente D. Federico Rodríguez Solano y Espín) afronta una relación conflictiva entre padre e hijos, reflejada o materializada en dos juicios de faltas cruzados entre el primero y los segundos (y también inserta en una mala y conflictiva separación entre el padre y la madre).

En esa situación, el Tribunal resuelve «la no existencia de malos tratos de obra e injurias graves» al ser precisa «la prueba de tales hechos por quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia, cosa que no se ha realizado en el presente caso».

Hasta ahí, no puede ser más correcta la doctrina de la Sentencia. El problema surge cuando, una vez negada la causa de desheredación por no haber sido probada –cosa que resolvía la litis con perfecto ajuste al Código civil y a la doctrina hasta entonces mantenida siempre por nuestro Tribunal Supremo– añade con absoluta innecesariedad:

«... sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del Principio General de Derecho “odiosa sunt restringenda” y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los arts. 806, 807 y 808 de la Ley civil sustantiva».

B) Crítica de la S.T.S. 30 de septiembre de 1975

A mi humilde y personal juicio, esta sentencia resulta particularmente desacertada. En lugar de ocuparse de lo que constituye su objeto primero e indudable, que es «decidir sobre el objeto de la litis y la razón inmediata de su decisión, en estrecha vinculación con el caso concreto», trata de dogmatizar y crea una regla de análisis que no está en el Código civil, haciendo afirmaciones literalmente extravagantes y, por ello, desacertadas.

En su caso concreto, debería haber dejado sentado que no se probaron los «malos tratos» o las «injurias graves» alegadas en el caso concreto y que, por tanto, no concurría causa legal de desheredación.

Sin embargo, resuelta la litis por falta de pruebas, introduce un discurso extralitigio y extravagante («porque vagaba fuera de la litis») en ese párrafo crucial –antes transcrito– alegando como único fundamento el principio «odiosa sunt restringenda».

La Sentencia parecía encajar en la doctrina legal del T.S. con perfecto ajuste. Claramente se inserta en la corriente jurisprudencial de exigir la «prueba de los hechos alegados» y de que tales hechos sean «causa legal de desheredación».

Pero inserta en esta corriente jurisprudencial totalmente ajustada al Código, de pronto abre una vía de razonamiento en la que se aparta por completo de la corriente legal, hasta el punto de abandonarla. Y esto es lo que sucede cuando afirma tajantemente que las causas de desheredación «deben interpretarse restrictivamente».

Además –y esto es lo más grave–, sin que inicial y aparentemente se note demasiado el cambio. Parece que la sentencia sigue la dirección correcta y, sin embargo, se ha desviado. Ha tomado una dirección totalmente distinta. Podría decirse que el tren –que iba en la dirección correcta– de pronto ha efectuado un «cambio de agujas» que hace que se desvíe en errónea dirección, apartándose del Código civil y de la previa Jurisprudencia.

C) Otras sentencias posteriores

A partir de esta pionera sentencia del 75, los saltos en el vacío los van dando cada una de las sucesivas sentencias que acogen ese párrafo generalizado y que, generalizándolo cada vez más, lo van repitiendo –ya sin razonamiento, por puro mimetismo repetitivo– una y otra vez.

Es lo que hacen otras dos sentencias posteriores, también del Tribunal Supremo, como son las de 28 de junio de 1993 y 4 de noviembre de 1997.

S.T.S. 28 de junio de 1993

(Ponente: Burgos Pérez de Andrade)

«... pues las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante Jurisprudencia orientada en la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose; ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*».

S.T.S. 4 de noviembre de 1997

(Ponente: Marina Martínez-Pardo)

«... porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo, malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley ...».

2. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

A estas sentencias del T.S. siguen (ya sin mayor análisis ni esfuerzo y dando por presupuesto lo certero del criterio «extravagante» ideado por la S.T.S. de 1975) abundantes Sentencias de varias Audiencias que ya ni discuten intelectualmente la bondad del criterio de interpretación restrictiva, que dan por bueno.

Este grupo de sentencias –siguiendo el camino de la «descarrilada» sentencia de 1975– mantienen una «interpretación restrictiva de la desheredación» que prácticamente suprime la figura, desterrándola de nuestro Derecho sucesorio. Como si la pura relación biológica «paterno-filial» o «filio-paternal» fuera toda la razón y única razón de la legítima.

Son de citar aquí, A.P. León 16 de octubre de 1998
 A.P. Mallorca 28 de febrero de 2000
 A.P. Jaén 27 de junio de 2003
 A.P. Salamanca 1 de marzo de 2004
 A.P. Palencia 28 de abril de 2005
 —
 —

Ejemplos de esta corriente restrictiva:

- Hay sentencias (S.A.P. Palencia 28 de abril de 2005 y S.A.P. Valencia 12 de febrero de 2002) que no consideran probado un mal trato de obra porque sólo un testigo declaró –en el primer caso– que «los hijos habían arrojado al padre por las escaleras» y –en el segundo caso– que «se tenía que haber muerto como un perro»;
- Hay sentencias (como S.A.P. León 16 de octubre de 1998) que consideran que no es causa de desheredación que «el testador fuera expulsado del hogar familiar, en el que vivían sus dos hijas y su esposa, teniendo que ir a casa de un familiar, sin ropa».

3. CONTRADICCIONES DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS

Como efecto secundario de esta interpretación restrictiva, se ha producido una cierta «desorientación» en algunas sentencias de Audiencias.

Así:

- Hay sentencias que afirman que ejercer acciones judiciales penales contra el padre (dos juicios de faltas) no constituye causa legal de desheredación (S.T.S. 30 de septiembre de 1975).
 Y sin embargo, otras (como la S.A.P. Palencia de 20 de abril de 2001) estiman que ejercer una acción judicial civil contra la madre sí es causa de desheredación, pues provocó a la madre un «quebrando psicológico» que constituye un «maltrato psíquico» y un «maltrato de obra».
- Hay sentencias que niegan que llamar «hijo de puta» al padre sea causa de desheredación (S.A.P. Burgos 22 de septiembre de 2004 y S.A.P. Madrid 7 de marzo de 2000);
 Y sin embargo, la S.T.S. de 16 de julio de 1990 había estimado que sí es causa de desheredación llamarle «hijo de perra cabrón», «cabrón hijo de puta» e «hijo de perra».

4. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS

A mi humilde juicio, la sentencia del 75 y la corriente jurisprudencial que la ha seguido encajan perfectamente en esta perspicaz y agudísima crítica que Díez Picazo hizo hace ya muchos años, en 1966 (incluso antes de dictarse la tal sentencia):

«... Lo normal es ... recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola, por una parte del caso dentro del cual había nacido ..., y por otra parte separándola del resto de la sentencia, GENERALIZARLA, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación así abstraída y generalizada a lo que usualmente denominamos «jurisprudencia». Un modo de proceder semejante es totalmente arbitrario».

«Es curiosísimo este peculiar modo de proceder de nuestra jurisprudencia en la utilización de sus propios precedentes, mediante este aislamiento, abstracción y generalización de una máxima o de una afirmación que, desvinculada del caso en que nació y al cual servía, adquiere por decirlo así, vida propia y va dando saltos en el vacío conduciendo a resultados que no dejan de producir sorpresa».

«El precedente no es nunca una anterior afirmación escueta. El verdadero precedente judicial es siempre un caso decidido»⁶.

Perfecto. Nada se puede añadir.

Si acaso, sólo, la patente necesidad de una reorientación de nuestra Jurisprudencia en este punto, que debe –a mi juicio– acometer el Tribunal Supremo mediante una futura rectificación de su doctrina legal.

IV. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA DESHEREDACIÓN

¿Cuál debe ser entonces la interpretación correcta de la Desheredación y de las Causas de desheredación?

Sin duda, la que impone el Código civil. Que lo hace en uno de esos preceptos de importancia capital en los que se contiene todo, aunque aparentemente no se vea. Me refiero, claro, a la única norma general que fija conforme a qué criterios debe interpretarse todo testamento y cada una de sus cláusulas: el art. 675 del C.c.:

«Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento».

Como es sabido, este precepto impone el criterio llamado de búsqueda de la «voluntas spectanda» como Principio rector en la interpretación del testamento,

⁶ Luis Díez PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, 1966, págs. 35 y 37 del Prólogo.

es decir, el de descifrar la verdadera intención del testador, lo que de verdad quiso el causante⁷.

Eso supone que no pueden prevalecer:

- Ni voluntades «verdaderas» que resultan de afirmaciones orales presuntamente hechas por el testador en vida a personas de su entorno y que no se han volcado a un testamento.
- Ni voluntades «verdaderas» que no tienen posibilidad de enlace, apoyo o conexión –ni siquiera remoto– con los términos utilizados en el testamento válido.
- Ni voluntades que choquen con los términos literales del testamento. Por tanto, la interpretación de un testamento debe atenerse a los términos concretos utilizados. Pero con la referencia principal de buscar la verdadera voluntad, «más allá de las palabras, pero por el camino que marcan las palabras usadas».
- Aplicado a nuestro tema de las Causas de desheredación, ello supone buscar siempre la «voluntad de desheredar» del causante, indagando en esa voluntad para saber si la base literal de las palabras usadas es conciliable con el propósito básico del testador: excluir a uno de sus herederos forzosos de todo derecho en su herencia.

Sinceramente, en todos los casos de testamento con cláusula de desheredación que me he encontrado, esa voluntad excluyente es siempre manifiesta, patente, incluso a veces «salta a la vista y grita al oído» de clara que es en el documento.

Por tanto, nada de interpretación restrictiva y, por el contrario, interpretación a la búsqueda de si la voluntad de excluir a un legitimario es verdadera y tiene apoyo en el tenor literal de la cláusula. Hay que interpretar para que la desheredación –igual que los demás institutos del Derecho sucesorio– despliegue su eficacia jurídica práctica querida, si se ha hecho en la forma que ordena el Código civil.

Este criterio del art. 675 y su pauta interpretativa debe sólo ser modalizado o afinado –aún más– con el criterio general de interpretación «conforme a la realidad social de nuestros días» que impone el Código civil en su Título Preliminar. No es necesario recordar aquí el valor «cuasi constitucional» que tiene nuestro Título preliminar.

Dice nuestro Título Preliminar en su art. 3,1:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad

⁷ Véase por completo: Juan B. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, Bosch, 1958, 148 págs.

social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Esta atención a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» resulta un factor de interpretación muy enriquecedor, que da una vuelta más de tuerca, una profundización en el criterio que impone el art. 675 del Código.

Porque cuando éste dice que hay que buscar la «verdadera voluntad del testador» atendiendo a las «palabras literales usadas en el testamento», está claramente pensando sólo en el mundo propio y personal del otorgante; pero, por mandato del art. 3,1, ese mundo personal del testador puede ya hoy ser interpretado tomando en consideración el mundo exterior de la «realidad social de hoy».

Estarán pensando Uds. que me estoy desviando del tema de mi exposición. Pero no es así: estoy señalando los criterios atendibles para la interpretación, pensando siempre en las causas de desheredación. Y, en particular, estoy planteando estos criterios con los que se deben interpretar todas las causas de desheredación que el Código prevé.

Pensando (especialmente pero no exclusivamente) en las dos únicas «causas generales» de desheredación: el «maltrato de obra» y la «injuria grave de palabra» que consagra el art. 853, 2.º del C.c. Estas son las dos únicas causas que tienen potencia y fuerza de concepto general, porque llevan dentro de sí conceptos generales indeterminados, que son los que se rellenan en mayor medida de un contenido cambiante, siempre adaptado a la realidad social de cada momento.

V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA DESHEREDACIÓN

Aquí termina mi exposición más doctrinal sobre la Desheredación. Pero volviendo de nuevo a las palabras del Maestro Joaquín Garrigues (nunca suficientemente destacadas), voy a proyectar y aplicar estas ideas sobre casos de la «vida real» –cada vez más viva y más real en este campo– como demostración de que nosotros los Notarios somos y debemos ser artífices del «Derecho vivo», además de estudiosos del «Derecho teórico».

Por eso, la interpretación a la búsqueda de la «voluntas spectanda», hecha conforme a la «realidad social» de hoy, aconseja este criterio de interpretación:

I. «INJURIA GRAVE DE PALABRA»

Las injurias graves de palabra han sido interpretadas por alguna sentencia excluyendo las hechas por escrito. Evidentemente, una tal interpretación restrictiva no se sostiene: hay que entender en sentido finalista que también hay injurias graves cuando se hacen por escrito. Incluso mucho más. Y también cuando se efectúan a través de una conversación telefónica, o un mensaje SMS, o un correo electrónico, o a través de un blog o de una red social, etc. Es decir:

por cualquier medio que canalice una «palabra escrita» o una «palabra hablada», incluso medios que hoy todavía no conozcamos y que el progreso futuro nos vaya poniendo a disposición.

Las injurias graves –además– no necesitan ser repetidas. Basta con que se hayan producido en una ocasión. No es admisible el criterio de la S.A.P. Burgos 22 de septiembre de 2004, que afirma que llamar una vez «hijo de puta» al padre no es causa de desheredación. En esta línea propugnada por nosotros, contamos con la S.T.S. de 16 de julio de 1990, que estima que sí es causa para desheredar llamar a un legitimario «hijo de perra cabrón», «cabrón, hijo de ...» e «hijo de perra». Y no creo que la razón de la causa de desheredar sea repetir tres veces el epíteto en lugar de una sola.

La «injuria grave» como causa de desheredación –creo– abarca y comprende con mayor motivo «la calumnia». Ya se sabe que injuria y calumnia van de la mano, ambas son figuras tan cercanas, que insensiblemente se pasa de una a otra. No en balde los dos tipos están regulados en nuestro Código penal en un mismo Título (el XI) y los dos tienen un mismo bien jurídico a proteger, pues ambos son «delitos contra el honor». Y no debe olvidarse que «la injuria es el tipo básico de estas infracciones, mientras que la calumnia no es más que un supuesto específico de la injuria» (Muñoz Conde). Aquella en que la injuria proferida integra un tipo delictivo.

«Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» (art. 208).

«Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 205).

2. «MALTRATO DE OBRA»

Para el maltrato de obra debe aplicarse el mismo criterio anterior, es decir: interpretarlo en los términos actuales en los que nuestra sociedad estima que existe «maltrato» o «malos tratos» o «tratos humillantes y vejatorios», tanto al hilo de las causas de separación y divorcio, como de las causas de privación de la patria potestad, como de las causas de indignidad sucesoria. Y en igual medida para hombres que para mujeres. Y lo mismo en la desheredación de ascendientes que en la de descendientes.

El Ordenamiento Jurídico exige una mínima coherencia y sistema, de manera que el mismo criterio de medir malos tratos que –por ejemplo– se utiliza hoy por los Tribunales en los casos de violencia de género, se debe aplicar cuando de causas de desheredación se trata. Esta es la única perspectiva posible.

3. «S.A.P.»

Me voy a referir por último al S.A.P., siglas que como muchos de Uds. conocerán aluden a un trastorno, a una patología clínica cada día más frecuente

y que responde al nombre de «Síndrome de Alienación Parental» (y que en su originaria formulación anglosajona provoca unas siglas inversas: P.A.S.: «Parental Alienation Syndrome»).

La descripción del S.A.P. como una Patología clínica es, sin duda, mérito del norteamericano Richard Gardner, Profesor de Psiquiatría Clínica de la Universidad de Columbia⁸.

Gardner –perito judicial y forense– formuló su análisis en un célebre artículo de 1985 en el que, en el contexto de las disputas entre cónyuges por la guarda y custodia de los hijos al tiempo del divorcio, observó la campaña de difamación que algunos hijos ejercían contra uno de sus progenitores. Y esto es esencial, sin ninguna justificación. Profundizando más, observó cómo esta campaña injustificada de difamación provenía de la influencia perversa del otro progenitor.

Para acabar describiéndolo como el resultado de la «combinación del lavado de cerebro y sistemático adoctrinamiento de uno de los progenitores sobre el menor, retroalimentado por las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del otro progenitor, objetivo de la campaña de insultos y difamación».

Pero si fue mérito del norteamericano Richard Gardner la primera descripción del Síndrome, en España contamos con otro gran profesional que ha sabido exponer, sistematizar y divulgar el S.A.P. Me refiero, claro está, a José Manuel Aguilar, Psicólogo clínico y forense en Córdoba y autor, entre otros trabajos, de un magnífico libro cuyo subtítulo es revelador: «Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro»⁹.

Tomando expresiones propias del Derecho de la Propiedad Industrial, podríamos afirmar que si a Gardner le corresponde la «Patente de invención» del S.A.P., a José Manuel Aguilar le corresponde la «Patente de introducción».

La capacidad de síntesis de José Manuel Aguilar al definir el Síndrome nos permite concluir ya este pequeño paréntesis clínico, no jurídico. Lo define así:

«S.A.P. es el proceso de programación de un hijo para que odie, de modo irracional, al otro progenitor, estableciendo un pacto de lealtad y un vínculo afectivo con el progenitor alienador que le vuelve dependiente de sus pensamientos y razones hasta lograr que el propio descendiente contribuya, de modo espontáneo, a la campaña de denigración».

⁸ Richard GARDNER, «Recent trends in divorce and custody litigation», *Academy Forum*, 29-2, 1985, págs. 3-7. Véase también otro trabajo suyo: «Legal and Psychotherapeutic Approaches to the three types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law join forces», *Court Review*, vol. 28, 1, 1991, págs. 14-21.

⁹ Manuel AGUILAR CUENCA, *S.A.P. Síndrome de Alienación Parental*, Córdoba, Editorial Almuzara, 2004. Véase también otro libro suyo: *Con papá y con mamá*, Córdoba, Editorial Almuzara, 2006.

Hasta aquí, el paréntesis clínico y psicológico. A partir de aquí, volvemos a lo jurídico. Y en este punto, hay que preguntarse ¿qué consecuencias tiene el S.A.P. en términos de estricto Derecho?

Varias y en varios campos. *Ad exemplum*:

1.º Guarda y custodia de los hijos:

El S.A.P. ha sido expresamente contemplado en este punto con ocasión de divorcios contenciosos. Se puede decir que son ya centenares las Sentencias dictadas tomando en consideración el S.A.P. y resolviendo en función de él. Fijando Medidas definitivas a la vista de la situación de hijos con este Síndrome, que incluso muchas sentencias mencionan por su nombre o por sus siglas.

2.º En materia penal:

El S.A.P. ha sido expresamente contemplado, al menos, en dos sentencias (A.P. Vizcaya y A.P. Zamora) que han condenado la conducta del progenitor alienador como delito de «malos tratos habituales en el ámbito familiar» (art. 173,2 C. penal), castigando al que ejerce violencia psíquica sobre su hijo menor de edad.

3.º En la Legislación de menores:

El S.A.P. está siendo tomado en consideración, cada vez con más presencia, en la Legislación protectora y tuitiva del menor. No en balde, su esencia consiste en que un progenitor utiliza al hijo menor como un verdadero dardo envenenado contra el otro progenitor (como un verdadero kamikaze), prescindiendo del daño –casi siempre de difícil supe-
ración– que el progenitor malvado está causando en su propio hijo.

4.º A todo lo ya expresado, quiero yo añadir hoy otra consecuencia importante que en materia jurídica tiene el S.A.P. Me refiero al S.A.P. como «justa causa de desheredación».

Continuando con el símil anterior, aunque el menor es utilizado por el progenitor malvado como dardo, no es sólo un dardo pasivo, porque en su grado severo, el menor también aporta su propia carga de veneno, también pone de su propia cosecha en contra del progenitor víctima. Por eso es un dardo que no sólo recibe carga ajena, sino que también disfruta haciendo diana contra su víctima.

Pues bien, yo me atrevo a afirmar hoy, aquí, que un S.A.P., en grado severo (es decir, en su máximo desarrollo y grado) constituye una justa causa de desheredación de un hijo por parte de su progenitor.

Es perfectamente encuadrable –a mi juicio– en los «malos tratos de obra» del art. 853, 2.ª del C.c. Y con una peculiaridad: que sólo el progenitor víctima del S.A.P. puede desheredar; el otro progenitor –el llamado «alienador»– no puede hacerlo en ningún caso. Casi podría afirmarse, por el contrario, que es el «autor intelectual» de la conducta del hijo desheredado. Y merecedor de una condena a indemnizar a su propio hijo en el futuro, cuando éste se libere del S.A.P.

VI. CONCLUSIÓN

Lo que he pretendido con esta exposición es que, junto con las demás piezas que forman la legítima, la desheredación –que es una más de esas piezas– forme parte de nuestra vida jurídica ordinaria, como una herramienta más dentro del juego de nuestro sistema legitimario. Y no como un acontecimiento excepcional totalmente fuera de la vida del común de los testadores.

Porque la familia era en el pasado (y desde luego en 1889, fecha de nuestro Código civil) un familia cognaticia y patriarcal. Además de que no existía la Seguridad Social –punto en extremo importante–, la familia patriarcal era un factor determinante de las conductas individuales de cada uno de sus miembros.

Hoy ya no.

Hoy ya, la familia es puramente la familia nuclear: progenitores y una generación de hijos. Y con un porcentaje de divorcios de 2 de cada 3 matrimonios celebrados, las familias monoparentales (procedentes de separaciones, divorcios, progenitores solos, adopciones unipersonales, ...) son cada vez más frecuentes, hasta el punto de que –quizás– estén ya cerca de la mayoría.

Y además de la importancia de la Seguridad Social, hoy ya la familia no marca determinantemente la vida y derroteros individuales de cada uno de sus miembros, que puede seguir trayectorias totalmente diversas, antagónicas y de desmembración e ignorancia recíproca completas. Es decir: hoy sólo existe la familia nuclear, con muchos problemas de convivencia y abundantes casos de desgarramiento irrecuperable.

Hay que dar «aire» a nuestro sistema legitimario para permitir que canalice no sólo los casos de «perfecta e idílica armonía familiar», sino también los casos –cada vez más frecuentes– de complejas relaciones, enfrentamientos personales y enquistadas relaciones malignas o, cuando menos, irresolubles.

Por ello y para ello, hay que permitir a los testadores hacer uso de la desheredación con normalidad y sin restricciones ilógicas, como una faceta más de su libertad de testar en la que pueden diseñar «trajes individuales» para cada uno de sus legitimarios.

Sin que el hecho de pertenecer a un grupo, sea el de «descendientes» o el de «ascendientes», deba conducir a un igual tratamiento a todos. Porque «casos iguales» piden un trato igual, y «casos desiguales» exigen tratamientos desiguales.

En conclusión:

En el momento presente, la desheredación es el oxígeno, el respiradero que necesita nuestro «Sistema de Legítimas» para dar cabida a las actuales situaciones familiares, en muchos casos extremas. Y para permitir que el testador pueda hacer justo «en cada caso concreto» el sistema legitimario del Código civil.

Porque la desheredación –no se olvide– pertenece al ámbito de la Libertad de testar. No de la libertad de testar arbitraria, sino de la Libertad de testar fundada y justificada.

Aceptado en estos términos el juego de la Desheredación, puede afirmarse que el sistema de nuestro Código civil, más que una Legítima de $2/3$ es casi una Legítima de $1/3$, incrementable a voluntad en función de las conductas.

Ya termino.

Decía Toynbee (el célebre historiador inglés) que hay dos formas de entender y afrontar un libro: el «modo judío» y el «modo helénico». Yo creo que igual sucede con las conferencias.

En este sentido, no he pretendido hacer una exposición dogmática, poniendo sobre la mesa una verdad revelada y absoluta.

Por el contrario, he querido sólo que mi reflexión provoque en Uds. dudas, reflexiones, ideas, etc. Simplemente, que les haga repensar, problemáticamente, sus propios esquemas jurídicos al respecto.

Nada más. Y muchas gracias.