

## PRÓLOGO

El artículo 831 del Código Civil español es sin duda una norma singular, diferente, excepcional en muchos sentidos. Una norma compleja, con un texto inusitadamente extenso, para tratarse de un artículo de nuestro segundo código.

Este libro está dirigido principalmente a juristas, y a otras personas legas en derecho sólo en cuanto hayan tenido algún contacto previo con la citada norma, quizá porque se utilizó en su propio testamento o en el de algún familiar cercano. De modo que doy por supuesto que el texto del citado artículo 831 es conocido por el lector, al menos en sus líneas generales, y que sabe que trata de la posibilidad que tienen las personas con hijos comunes de delegar el uno en el otro, mediante testamento, el reparto de su herencia entre esos hijos, mejorando incluso a alguno de ellos en tal reparto. No obstante, y para mayor comodidad de manejo, he reproducido dicho texto completo, al final de este libro, como *Anexo*.

Es también, quizá por todo ello, una norma interesante, sugerente, que ha despertado el interés de muchos estudiosos juristas, que tratan de clasificar adecuadamente, incluso de meramente diferenciar, los múltiples supuestos de hecho de la norma y sus variadas consecuencias jurídicas.

Se trata, como en la inmensa mayoría de este tipo de estudios, de delimitar los dictados del legislador, conocer sus objetivos, comprender sus técnicas, de manera que le sea posible al intérprete decidir sobre decenas y a veces centenares de concretas y concretísimas situaciones particulares que el legislador no enunció expresamente, pero que él, mediante sutiles razonamientos, imagina y entiende que están comprendidas, implicadas o de algún modo relacionadas con el texto de la ley, para incluirlas o para desecharlas, hasta finalizar por trazar un cuadro teórico lo más completo posible de la figura, de la particular institución jurídica sobre la que se debate.

Pero, en casi todos esos estudios, de un modo tácito, porque incluso parece innecesaria cualquier aclaración, se parte de la base de que es una parte del llamado derecho positivo, del conjunto de mandatos normativos, que cada estado se da a sí mismo y con el que se regulan las relaciones sociales; el llamado ordenamiento jurídico. Se acepta sin lugar a dudas que —entendido y precisado en la forma en que emerja tras ese escrutinio de los estudiosos— el contenido del artículo 831 del Código Civil goza de toda la fuerza del derecho; se sobreentiende que todo aquello que ordena se cumplirá, y que todo cuanto permite —y es por tanto un derecho—, podrá hacerse valer por los destinatarios de la norma.

Tal obligatoriedad es una parte tan sustancial suya que el propio derecho apenas puede hacer otra cosa que darla por supuesta. La mera eventualidad de que el derecho, cualquier pequeña parte del mismo, por minúscula que sea, no obligue, no vincule o no esté llamada a imponerse sobre la realidad, sería algo tan anómalo y tan contradictorio, que parecería forzoso prescindir de ella y negarle su condición jurídica, pues, de tenerla, sería sólo aparente y errónea.

Y claro está que no me refiero a la posibilidad de que los sujetos del derecho intenten o consigan burlar sus mandatos; esta otra actitud rebelde o malintencionada, no sólo es posible, sino que también forma parte casi de la propia definición del derecho. En cierto modo, su carácter vinculante y obligatorio se predica así, como ineludible y ontológicamente necesario, precisamente porque se sabe de antemano que no siempre gozará de un cumplimiento voluntario. Se producirá sin duda un alto grado de aceptabilidad y cumplimiento espontáneo, por cuanto lo normal, sobre todo en un estado de derecho y en un régimen democrático, será que la sociedad en general comparta en gran medida la finalidad de unas normas que, al fin y al cabo, se da a sí misma. Pero se sabe también que, casi necesariamente, habrá un cierto nivel de resistencia, una cierta proporción de incumplimiento, de negativa, de fraude; en definitiva, de antijuridicidad. Pero, nada de ello altera lo esencial de los principios dichos, porque, incluso en tales casos, será el propio derecho el que se ocupe de restaurar el desequilibrio, de exigir y de implantar el cumplimiento que inicialmente se negó y de conseguir el resultado decretado. Por larga que sea esa lucha, por incompleto que sea su efecto en un momento dado, el proceso es claro, la determinación completa y el buen fin un hecho que se da por seguro.

Y, sin embargo, no es menos real que, quizá de un modo un tanto vergonzante, pero el caso es que siempre hay alguna parte del derecho que permanece al margen de ese tranquilizador esquema. Así ocurre cuando es el propio estado, ése que he llamado estado de derecho, el que decide o el que, sin decisión consciente o al menos manifestada, simplemente opta en la práctica por hacer una excepción y da en no cumplir con alguna parte de su ordenamiento. Con lo cual me refiero, no tanto a lo que se conoce como funcionamiento anormal de un servicio público, sea administrativo o judicial (algo que no dejaría de ser también el resultado de una oposición individual, llamada a ser corregida y sancionada por el propio derecho),

sino que, más bien y sobre todo, me refiero a lo que ocurre cuando una norma o un conjunto de ellas, generalmente toda una institución –como en este caso la del artículo 831–, queda tácita o expresamente condenada a un limbo de irrelevancia.

No es el colectivo de las personas con discapacidad intelectual el único en provocar tal efecto, pero, en el ámbito del derecho privado –al contrario que en otras ramas del derecho, justo es decirlo– sí que suele concitar, con más frecuencia que otros, una serie de circunstancias que aparentemente lo favorecen. En el caso particular que voy a considerar aquí, el del citado artículo 831, veremos que su palmario incumplimiento está incluso reforzado por ir acompañado del de otras normas mucho más importantes aún. Y es que, en general, la razón de ser de tal comportamiento anómalo del derecho suele ser ideológica, de modo que lo que tácitamente se rechaza por los juristas y los servicios jurídicos implicados es la oportunidad misma de la regulación establecida, considerando quizá que su aprobación fue un error. Sólo que, como la derogación tácita de las normas no es una forma de actuar que pueda ser abiertamente reconocida (porque abrogar una norma vigente no es una competencia de los funcionarios que así actúan) y no resulta pues cómoda para el derecho, se suele acudir a un procedimiento indirecto que, sin discutir su vigencia, las vacía de contenido práctico. Indirecto, pero completamente eficaz. Además de que, en tanto sea un asunto de raíz ideológica, lo que nunca faltarán serán razones, o sea, ideas que lo expliquen y que justifiquen tal modo de actuar; tantas cuantas se quiera solicitar, y ninguna de las cuales será la de reconocer abiertamente una voluntad contraria a la norma que no se aplica.

No obstante todo lo anterior, mi propósito en este estudio es el de encontrar una manera de sí aplicar el citado artículo 831, para que los interesados puedan verdaderamente utilizar la institución de la delegación de la facultad de mejorar y partir la herencia, adaptándola a sus propias realidades vitales, con todo el conjunto de posibilidades que a este particular recoge el Código Civil. Y pretendo hacerlo sin entrar a discutir apenas las razones –o la medida– del incumplimiento de la norma; más bien dándolo por supuesto, como un hecho que está ahí y no va a desaparecer, pero también convencido de que es posible rodear o esquivar los obstáculos que la práctica jurídica ha alzado alrededor de dicha institución. Y lo haré desde un concreto supuesto, o sea, partiendo de una reducida realidad social, que no pretendo que sea representativa del conjunto de la sociedad, pero sí un ejemplo real y no de laboratorio.

Propondré el caso de un matrimonio con varios hijos, uno de los cuales tiene discapacidad intelectual, en el que ambos padres pretenden dejar arreglada su futura herencia, en colaboración con sus hijos y del modo que ellos entienden que es el que más les conviene, y el que, más en particular, interesa a ese hijo especialmente necesitado de ayuda.

Como exige el citado artículo 831 y como se corresponde a mi declarada intención de proporcionar una solución práctica, lo que ofrezco a la consideración del

lector (en la tercera parte y la principal de las cuatro en que he dividido este estudio) es un modelo de testamento, en el que se recogen mis propuestas concretas al respecto. Y, aunque sin duda se trata de texto extenso y minucioso, he creído conveniente acompañarlo de otro complementario (la cuarta y última parte de todo este escrito), cuya finalidad es la de servir de comentario y explicación o glosa del anterior, y está redactado por lo tanto siguiendo aproximadamente el orden de las cláusulas testamentarias, con sus distintos apartados, de manera que puede servir como una especie de guía de uso de dicho testamento, tanto a la hora de su formalización como incluso en la de su aplicación práctica.

De las dos partes restantes de este estudio, más ideológicas, la primera la he dedicado a exponer con un poco más de detalle esa realidad antes anunciada de las dificultades prácticas con que se enfrentan las personas con discapacidad intelectual y sus familiares, cuando quieren ejercer los derechos jurídico-privados que les reconocen las leyes llamadas civiles; y la segunda, a un análisis profesional sobre las técnicas jurídicas empleadas en mi propuesta, en función de los objetivos que pretendo alcanzar.

En su conjunto, esos objetivos son completamente dependientes de la concepción que tengo sobre el lugar que les corresponde en la sociedad, y sobre los derechos que ya tienen reconocidos y por lo tanto en los que deberían poder confiar las personas con discapacidad intelectual, respecto de toda su vida, pero sobre todo –y en lo que a este estudio respecta– en su condición de sujetos o actores del derecho, y ello en la misma doble dimensión en que se mueven los demás, es decir, como titulares, por un lado, pero también, de otro, como agentes y actores de sus derechos, como así mismo –y no en menor medida– de sus obligaciones jurídicas, derivadas de sus actos.

Hago pues unos planteamientos que no son sólo opinables –como lo es cualquier tesis de una ciencia social como la del derecho–, sino también abiertamente parciales, a favor de las personas con esa clase de discapacidad; un enfoque que quizá no sea el más habitual en un estudio técnico-jurídico, pero al que creo que también tienen derecho esas personas, sobre todo si ocurre que la asepsia profesional con que se tratan sus asuntos jurídicos conduce a la inutilidad práctica de los derechos que, por otro lado, tan profusamente se les reconocen.

Con todo, el modelo de testamento que presento –en la medida en que haya conseguido mi propósito– puede servir a un universo de población más amplio, pues las soluciones que sostengo en él creo que son válidas para otros colectivos o, mejor dicho, para ninguno en particular; simplemente para cuantos quieran acogerse a la regulación del Código Civil, que, en principio, pueden ser todos los padres con varios hijos comunes que intentan dejar ordenada su futura herencia.

Así, si bien se trata de un modelo de testamento que en principio está pensado para ofrecer respuestas a las familias en cuyo seno hay personas con discapacidad intelectual y que se enfrentan a los distintos problemas prácticos a los que he alu-

dido, contiene respuestas independientes, que presento engarzadas para ese determinado fin, pero que son susceptibles de ser usadas por separado y de modo autónomo, con cualquier otro propósito coherente con la norma.

Lo que no obsta a que, probablemente, resulten más provechosas a quienes puedan identificarse con el conjunto de la filosofía que las inspira, o sea, la que enuncio en las dos primeras partes de este estudio.

Lo que presento pues es un documento único, pero que puede ser dividido en dos grandes bloques, los dos primeros apartados de un lado, y los dos últimos de otro. Dos bloques que en realidad no se requieren necesariamente. Probablemente serán más útiles para el jurista profesional las dos últimas partes, usadas conjuntamente, incluso en una lectura propiamente intercalada, al modo de notas a pie de página, cláusula por cláusula del testamento. Pero la forma en que ese testamento configura la institución por la que el testador delega en su cónyuge viudo las facultades de partir su herencia y de mejorar a los hijos comunes no será comprendida del todo sin conocer, al menos someramente, la realidad práctica a que se quiere enfrentar, las necesidades jurídicas del grupo social para el que están principalmente pensadas esas pretendidas soluciones, y las consideraciones sociológicas que la han motivado.

Por otro lado, esas dos grandes partes también pueden ser abordadas por el lector en cualquier orden. Porque bien puede ocurrir que, incluso quienes puedan compartir de antemano los objetivos programáticos que declaro y explico en la primera mitad de este estudio, consigan confiar un poco más en ellos y en que merece la pena intentar ponerlos en práctica, en la medida en que una previa lectura de las soluciones operativas concretas, quizá hecha también por encima, les ayude a dejar de percibirlos como demasiado complicados o, peor aún, demasiado utópicos, sólo voluntaristas y desconectados de la realidad. Sobre todo, si ya han pasado por la desagradable experiencia de vivir y sufrir en carne propia esa misma desconexión y por tanto la improductividad de un uso normal y confiado del artículo 831 del Código Civil.