

Teodora F. Torres García, María Paz García Rubio, *La libertad de testar*

ISBN 878-04-617-3634-8



9 788461 736348

49



Teodora F. Torres García
María Paz García Rubio

*La libertad de testar:
El principio de igualdad, la
dignidad de la persona y el
libre desarrollo de la personalidad
en el derecho de sucesiones*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

TEODORA TORRES GARCÍA. Es Catedrática de Derecho civil, ha impartido docencia en las Universidades de Santiago de Compostela, León y Valladolid; en esta última realizó su tesis doctoral sobre el testamento ológrafo. Autora de una extensa obra, una parte significativa de la cual pertenece al Derecho de Sucesiones, materia sobre la que ha impartido numerosos cursos y conferencias, dirigido varias tesis doctorales y escrito artículos y libros de amplia repercusión.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO. Es Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela y doctora en Derecho por la Universidad de León, donde defendió su tesis doctoral sobre la distribución de toda la herencia en legados, dirigida por la Dra. Torres García. Cuenta con una extensa obra investigadora en distintos campos del Derecho civil, obra en la que ocupa un lugar destacado sus numerosos trabajos sobre Derecho de Sucesiones.

Ambas profesoras forman parte del Grupo ACTUALIZA para la modernización del derecho civil, y del Movimiento CARMONA para la feminización del Derecho privado.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

Gonzalo Aguilera

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Carlos Carnicer

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Eugenio Rodríguez Cepeda

Carmen Tomás - Valiente

Fernando Vallespín

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*La libertad de testar:
El principio de igualdad, la
dignidad de la persona y el
libre desarrollo de la personalidad
en el derecho de sucesiones*

Teodora F. Torres García
María Paz García Rubio

*La libertad de testar:
El principio de igualdad, la
dignidad de la persona y el
libre desarrollo de la personalidad
en el derecho de sucesiones*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2014 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Teodora F. Torres García, María Paz García Rubio

I.S.B.N.: 978-84-617-3634-8

Depósito Legal: M-36850-2014

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

*Un maestro afecta a la eternidad, nunca
sabe dónde termina su influencia*

H. Adams

ÍNDICE

LA LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO DE SUCESIONES (<i>Teodora F. Torres García,</i> <i>María Paz García Rubio</i>)	13
--	----

CAPÍTULO 1.

El principio de libertad de testar en el Derecho sucesorio: su carácter polisémico. Libertad positiva o libertad "para testar". Libertad negativa o libertad "de testar" en sentido estricto	13
---	----

CAPÍTULO 2.

La influencia de la Constitución Española y de los derechos hu- manos en la libertad de testar (o incluso para disponer <i>mortis</i>	
--	--

<i>causa</i> : los pactos sucesorios).	
La <i>Drittwirkung</i> de los derechos fundamentales en material sucesoria. En especial la libertad de disposición y la interdicción de la discriminación	19

CAPÍTULO 3.

Libertad "para" testar (autorrealización: dignidad y libre desarrollo de la personalidad del testador)	41
3.1. La libertad del disponente en el testamento. El significado del testamento	41
3.2. Derecho a decidir el destino del propio patrimonio de modo consciente y libre. El testamento de las personas con discapacidad	59
3.3. Las salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable en el derecho sucesorio comparado y español. En especial la intervención del notario	79
3.4. ¿Existe un derecho a testar de modo poco convencional, extraño o irracional?	89

CAPÍTULO 4.

Libertad "de" testar (ausencia de interferencias ajenas en la voluntad del testador; de nueva influencia de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad)	129
---	-----

4.1. Tema clásico: las legítimas. Su justificación o no en la sociedad actual. El panorama legislativo comparado, dentro y fuera de España. La reclamada modificación del Código civil en este punto. Posibles líneas de futuro	131
---	-----

4.2. Nuevos retos:

A) La progresiva complejidad del concepto de familia, de las relaciones familiares y de las relaciones afectivas no estrictamente familiares	157
B) Los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores del testador	178

C) La decisión sobre el destino <i>post mortem</i> de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital	193
D) La globalización, internacionalización y europeización del Derecho de sucesiones	201
E) La perspectiva de género en el Derecho de sucesiones	207
BIBLIOGRAFÍA	215

LA LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO DE SUCESIONES

*Teodora F. TORRES GARCÍA**

*María Paz GARCÍA RUBIO***

CAPÍTULO 1

El principio de libertad de testar en el Derecho sucesorio: su carácter polisémico. Libertad positiva o libertad "para testar". Libertad negativa o libertad "de testar" en sentido estricto

La libertad de testar, en sus múltiples sentidos, ha sido un tema recurrente en el Derecho de Sucesiones. Su carácter

* Grupo de Investigación (GIR) *Nuevo derecho de la persona, de los contratos y de daños*. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid.

** Grupo de Investigación *De Conflictu Legum*. El presente libro se enmarca dentro de la ejecución del Proyecto "Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional" [Ref. DER2013-43391-R], subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER y de Programa de consolidación y estructuración de unida-

polisémico, su derivación de la propia idea de libertad, igualmente recurrente, así como la conexión de aquella con algunas de las teorías filosóficas más influyentes en nuestra época sobre esta nos permiten, sin embargo, hacer aproximaciones novedosas que a su vez pueden aportar motivos para la reflexión.

Destacamos en primer lugar la idea de traer a colación en un ensayo de puro Derecho civil la dicotomía consagrada por el conocido pensador del pasado siglo Isaiah Berlín, cuando distinguía entre la libertad en su sentido negativo y la libertad en sentido positivo¹. Recor-

des de investigación competitivas [Axuda GPC2014/024], subvencionado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Berlín, I., "Dos conceptos de libertad", conferencia pronunciada en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958; la versión aquí citada forma parte del libro, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, (1988), pp. 187 ss. Señala Ferrajoli, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", edición a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello, ed. Trotta, (2009), p. 302, que la bipartición se remonta a Benjamín Constant, siendo retomada posteriormente por Berlín y por Bobbio. Por su parte, el propio Ferrajoli, (2009), p. 307, considera que existen otros dos significados, bastante más restringidos y específicamente jurídicos, tanto de la libertad negativa como de la positiva, los cuales se distinguen por ser independientes uno de otro. Se trata por un lado de esas específicas libertades negativas que son los derechos

demos que, según el autor citado, la primera trata de dar respuesta a la pregunta sobre "cuál es el ámbito en que al sujeto –una persona o un grupo de personas- se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas"² incluidas entre estas últimas el Estado. Por su parte, la segunda es la que está implicada en la respuesta que contesta a la pregunta de "qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra"³. Por su parte, Norberto Bobbio

fundamentales de libertad que quedan sustraídas a la autonomía privada; por otro lado estarían las específicas libertades positivas o autonomías, que denomina derechos fundamentales de autonomía, y que consisten en la potestad de autodeterminarse directamente en la esfera privada mediante actos jurídicos potestativos. Entendidos en este sentido los derechos de libertad y de autonomía serían figuras jurídicas distintas, no reducibles entre sí y susceptibles de subsistir con independencia unas de otras.

² Berlín, (1988), p. 196; la libertad en sentido negativo significa estar libre de que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiable, pero siempre reconocible, por lo que su defensa consiste en el fin negativo de prevenir la interferencia de los demás. El concepto es depurado por otros autores como Durig y Alexy; según este último Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2008), p. 189 "una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción".

³ Berlín, (1988), p. 191.

identifica la libertad negativa con la libertad como "ausencia de impedimento" o como "ausencia de constricción" que es un predicado de la acción, mientras que la libertad positiva es la libertad como "autodeterminación o autonomía" que es un predicado de la voluntad⁴.

Con estos pertrechos podemos decir que la libertad de testar en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el llamado patrimonio moral) sin que otros –por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad- se interpongan en esa actividad. A este sentido le reservaremos el término "libertad de testar" en su sentido más estricto.

⁴ Bobbio, N., *Igualdad y Libertad*, (trad. Castellana de P. Aragón Rincón), Paidós, UAB, Barcelona, (1993), pp. 97 ss. Añade el autor citado (p. 103) "Cuando digo que soy libre en el primero sentido quiero decir que una acción mía no se ve obstaculizada, y que por tanto puedo llevarla a cabo; cuando que soy libre en el segundo sentido, quiero decir que mi querer es libre, es decir, que no está determinado por el querer de otros o, más en general, por fuerzas extrañas a mi mismo querer. Más que libertad negativa y positiva quizá sería más apropiado hablar de libertad de obrar y libertad de querer, entendiendo por la primera "acción no impedida y no constreñida" y por la segunda "voluntad no heterodeterminada o autodeterminada".

El sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño⁵. Aplicada al caso que nos ocupa la libertad positiva de testar implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad; para distinguirla de la anterior, la hemos denominado "libertad para testar".

No obstante esta división bipartita, conviene advertir, ya de buen principio, que libertad para testar (sentido positivo) y libertad de testar (sentido negativo) están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger. En las páginas que siguen haremos uso de ambas ideas de libertad aplicadas a la libertad de testar, poniendo por momentos de relieve sus mutuas interferencias⁶.

⁵ Berlín, (1988), p. 201, quien añade para aclarar la idea "quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo y no de fuerzas exteriores sean éstas del tipo que sean", "Quiero... decidir y no que decidan por mi".

⁶ Bobbio, (1993), pp. 112-113.

CAPÍTULO 2

La influencia de la Constitución Española y de los derechos humanos en la libertad de testar (o para disponer *mortis causa*). La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en materia sucesoria. En especial la libertad de disposición y la interdicción de la discriminación

Como en cualquier sector del ordenamiento jurídico, la influencia de la Constitución en el Derecho de Sucesiones ha sido y continúa siendo muy importante.

Para empezar, siguiendo el modelo del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn⁷, nuestra Constitución reconoce el derecho a la herencia en el artículo 33 como parte no escindible del derecho a la propiedad privada

⁷ A su vez asentada en este punto sobre las ideas del constitucionalismo liberal, según pone de relieve Hattenauer, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. Hernández G., Barcelona, Ariel, 1982, (ed. española 1987), p. 183.

recogido en el mismo precepto⁸. Sin perjuicio de ello, el ámbito de actuación del moderno Derecho sucesorio va más allá de las meras relaciones patrimoniales que derivan de la propiedad de los bienes para proyectarse también sobre aspectos que afectan a cuestiones de índole extrapatrimonial, como sucede con ciertos aspectos de los derechos de la persona-

⁸ López y López, A., "La garantía institucional de la herencia", *Derecho privado y Constitución*, (1994), pp. 29-62, destaca la formulación conjunta y unitaria de la garantía de la propiedad privada y de la herencia en ambos párrafos del precepto constitucional, en pp. 51-52 el autor señala "Mediante la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo propiedad y herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada"; más recientemente, entre otros, Roca Trías, E., *Libertad y familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, (2012), p. 177; Delgado Echeverría, J. "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, (2012), pp. 513-542, espec. p. 517, quien por lo demás señala que la idea de que la garantía constitucional de la herencia es una garantía de la propiedad privada prolongada en el tiempo más allá de la muerte del propietario viene además corroborada por el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Barrio Gallardo, A., *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Dykinson, (2012), pp. 512 ss.

lidad, las relaciones de filiación o, en general, otras facetas ligadas al llamado patrimonio moral que no se conectan con la propiedad privada y que más bien parecen relacionadas con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad⁹, parámetros estos de gran potencia generatriz, pero de no fácil concreción, recogidos, como es bien sabido, en el artículo 10 del texto constitucional¹⁰ y que han de ser tenidos en cuenta en

⁹ Delgado Echeverría, (2012), p. 523 y p. 528, añade que el Derecho autoriza también a los particulares a tomar decisiones que se ejecutarán tras su muerte sin relación directa (o sin ninguna relación) con la propiedad de bienes y que tienen su fundamento constitucional no en "la herencia" en el sentido del artículo 33 CE, sino directamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Vid. un ejemplo de este tipo de decisiones en el artículo 11 de la Ley 11/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permite incluir en el documento de instrucciones previas decisiones que se pueden ejecutar, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

¹⁰ El derecho al libre desarrollo de la personalidad es, en terminología de Dürig, el derecho general de libertad o derecho principal de libertad, en el sentido de libertad negativa o libertad de acción/no acción [Alexy, (2008), p. 189]; a su vez, los derechos especiales de libertad son expresión de decisiones del constituyente en el ámbito del principio de la libertad negativa, expresan el principio de la libertad negativa con determinados acentos [Alexy, (2008), p. 340], por lo tanto, la libertad de testar sería un derecho especial de libertad, o lo que es

todos los sectores del ordenamiento jurídico. Además, desde la perspectiva de los sujetos implicados, la mayor parte de la doctrina opina que la protección constitucional de la herencia se proyecta tanto sobre el propietario causante de la sucesión, como respecto a los receptores de la misma¹¹.

Por otro lado, tampoco puede pasar desapercibida la relación entre herencia y familia, institutos garantizados ambos por la ley fundamental (en el ya mencionado artículo 33 CE y el artículo 39 CE, respectivamente)¹², cuya vinculación, evidente a lo largo de la

lo mismo, una precisión del primero. Sobre el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona en la CE, Díez-Picazo Giménez, L.M^a, *Sistema de los derechos fundamentales*, 4^a ed., Civitas, 2013, pp. 62 ss.; en particular sobre la dignidad de la persona, Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 73 ss.

¹¹ Con mayor énfasis en lo primero; para López y López, (1994), p. 50, "la garantía institucional de la herencia lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, más allá de su muerte, lo que por pura lógica no es otra cosa sino un círculo de disposición de bienes *contemplatione mortis*".

¹² Niega la existencia de una genuina garantía institucional de la familia en la Constitución española, López y López, (1994), p. 56; por el contrario, la afirman Salvador Coderch, P/Alascio Carrasco, P, "Comentari al article 231-1" en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda*

historiografía jurídica¹³, ha sido puesta claramente de manifiesto en el seno de un ordenamiento jurídico constitucional relativamente próximo al nuestro, como es el caso del alemán; en concreto en la BGH 1644/00, de 19 de abril de 2005, en una trascendental sentencia sobre la institución de la legítima sobre la que hemos de volver y en la que, entre otras cosas, se afirma que la garantía constitucional del derecho a la herencia no solo protege al testador, sino también a los herederos, resaltando también su vinculación con el derecho de propiedad y con la protección de la familia¹⁴.

mútua, Egea J./Ferrer J. (dirs.), Farnós, E. (Coord.), Barcelona, Atelier, (2014), p. 59.

¹³ Torres García, T., "Legítimas, legitimarios y libertad de testar", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, (2006), p. 220.

¹⁴ Vid. comentario de Gaier, R., "Pflichtteil und grundrechtliche Freiheit", en Röthel (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, München, Cark Heymeanns Verlag, 2007, pp. 161-168. Destaca, no obstante, las diferencias de tradición jurídica en este punto entre el Derecho alemán y el español, tanto por la configuración constitucional de ambas instituciones, como por su diferente significado histórico, Delgado Echeverría, (2012), p. 520. Creemos, no obstante, que no se puede minimizar la importancia del elemento germánico en la construcción histórica del Derecho de Sucesiones español, puestas de relieve, entre otros, por Lacruz Berdejo, L., *Derecho de Sucesiones I. Parte General. Sucesión voluntaria* (con Sancho Rebullida F.), Barcelona, Bosh, (1971) pp. 17-18.

Ha de destacarse aquí que la libertad de disponer por causa de muerte tiene un fundamento propio que no coincide con el de la libertad de contratación, ya que en el caso de esta última el engarce constitucional ha de buscarse principalmente en el artículo 38 CE¹⁵, sin que se podamos dejar de mencionar también su ligazón –y en esto sí coincidirían ambos– con los recurrentes principios o valores de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad¹⁶. Es de resaltar que para un sector doctrinal consolidado, libertad de testar y libertad de contratación son manifestaciones de la autonomía privada que juegan el mismo papel, respectivamente, en el ámbito sucesorio y en el ámbito patrimonial general¹⁷; este punto de vista es el manifesta-

¹⁵ López y López, A., *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2012), pp. 301 ss.

¹⁶ Pone de relieve el doble fundamento de la libertad de contratación García Rubio, M.P. "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada", en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, García Rubio M^a P/Valpuesta Fernández M^a R. (ed); López de la Cruz L. /Otero Crespo M. (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, (2011) (2011 b), p. 1082.

¹⁷ Para Castro y Bravo, F de., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, (1971, Reimp. 1991), la autonomía como equivalente a libertad del individuo, se expresaría a través de la figura del negocio jurídico, respecto del cual el autor dice (p. 31) "El poder de la persona para poder dictar reglas (testamento) y para dárse las a sí mismo

do, por ejemplo, por Díez-Picazo, cuando afirma que la *lex succesionis* a partir del testamento es el reflejo de la autonomía de la voluntad del testador, que naturalmente tendrá los límites que la ley designe, pero que es autonomía al fin y al cabo¹⁸. Otros, por el contrario, tomando en consideración su distinto fundamento y alcance, estiman que la autonomía privada y la libertad de testar deben diferenciarse¹⁹; este último es el crite-

(contrato), es decir, la autonomía ("*subject made law*") es la medida del negocio jurídico".

¹⁸ Díez-Picazo y Ponce de León, L. *Discurso de contestación a Dña. E. Roca Trías, Libertad y familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, (2012); del mismo autor, en general, sobre la autonomía privada, "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, Derecho patrimonial 1, Madrid, Wolters Kluwer-Consejo General del Notariado, (2012), pp. 4-19; este autor pone también de manifiesto en esa misma sede que a pesar de su relación no es lo mismo hablar de autonomía de la voluntad, de autonomía privada y de libertad de contratar (p. 16). Afirma su esencia como acto de autonomía de los particulares, López y López, (2012), p. 357. En la doctrina italiana, distinguiendo entre testamento y negocio jurídico, si bien reconociendo su igual fundamento en la autodeterminación del individuo en la vida del Derecho [Lipari, N., *Autonomía privata y testamento*, (1970), pp. 51 ss]. Milano, Giuffrè, 1970, pp. 51 ss.].

¹⁹ Para Rescigno, P. "La successioni Legittime. Nozioni Generali", en *Trattato breve delle Successioni e*

rio compartido por algunos autores recientes para quienes, no obstante, en ambos casos se trata de expresiones del reconocimiento del individuo por el ordenamiento jurídico como persona²⁰. En nuestra literatura jurídica, Delgado Echeverría se hace eco de este punto de vista al entender que existen al menos dos rasgos que inclinan a diferenciar autonomía privada y libertad de testar: el primero, que al disponer para después de su muerte el testador no se da norma a sí mismo, lo que contradice cierta manera generalizada de entender el concepto de autonomía (aunque el propio autor reconoce que el testador sí actúa con autonomía moral); el segundo que la libertad de testar solo se reconoce a las personas físicas, como manifestación de la dignidad de la persona, mientras que la autonomía privada ejercitada mediante contrato corresponde tam-

Donazioni, dir. P. Rescigno, Coord. M. Ieva, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, (2010), p. 640, la palabra autonomía referida al testamento puede parecer impropia, porque el acto se dirige a producir sus efectos después de la muerte de la persona y, por lo tanto, por su naturaleza y destino, a incidir sobre esferas jurídicas diversas de las de su autor; a ello habría que añadir, según el autor citado, el carácter típico de las disposiciones testamentarias y su revocabilidad, frente a la regla de la irrevocabilidad de los negocios jurídicos.

²⁰ Kroppenbergh, I., *Privatautonomie von Todes Wegen*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2008), pp. 142 ss, y 176 ss. y doctrina allí citada; Röthel, A, "Testierfreiheit und Testiermacht", *AcP*, (2010), pp. 32-66.

bién a muchos otros entes instrumentales que actúan en el mercado²¹.

Por nuestra parte reconocemos que tanto la autonomía privada en sentido propio (libertad contractual) como la libertad de testar son ejercidas por medio de actos jurídicos y ambas han de ser reconocidas dentro de unos límites. No obstante, consideramos de interés poner de relieve que, precisamente por aquella diferencia de base constitucional, ni su concreta configuración, ni la de sus límites pueden medirse con idénticos parámetros. Cabe señalar, por ejemplo, que mientras el Código civil español recoge expresamente la regla de la autonomía privada en el artículo 1255 CC, no hace otro tanto con la referente a la libertad de testar, o al menos no lo hace con idéntica contundencia, aunque haya reflejos de ella en

²¹ Delgado Echeverría, (2012), p. 525, que tajantemente afirma, "la libertad de testar es ajena al mercado"; en la libertad de disponer para después de la muerte no hay intercambio de prestaciones. Nadie tiene derecho a una liberalidad, ni nadie tiene la obligación de aceptarla. Por su parte, Herrero Oviedo, M., "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación interprivatos de los derechos fundamentales", *Indret*, abril, (2012), p. 26, pone en evidencia que la elaboración de un testamento con la libre disponibilidad del caudal hereditario no puede equipararse sin más a la libertad de contratar, básicamente porque se trata de una facultad del testador que forma parte del libre desarrollo de su personalidad y frente a la que no se sitúa otro sujeto en igualdad de condiciones y con derecho a ser beneficiario de esa facultad.

preceptos como los artículos 763 y 667 CC o en otros semejantes de las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. También es oportuno recordar que en el sistema del Código civil español el testamento es un acto unilateral²², de suerte que la sola voluntad de su autor origina los efectos del acto, mientras que el contrato exige el acuerdo de voluntades. Además, como ya se ha anticipado, al disponer para después de su muerte el testador no se da norma a sí mismo, aunque sí actúa según sus propias normas y tomando en cuenta sus criterios personales, sus valores y sus principios. No se puede olvidar, por añadidura, que los límites impuestos a una y otra, que configuran la que hemos llamado libertad negativa, son bien distintos en ambos casos e incluso a veces, como también tendremos ocasión de poner de relieve, aparentemente contradictorios, como sucede por ejemplo con las disposiciones condicionales²³. Diferencias notables se producen también en

²² Cf. artículos 669 y 733 CC. En cambio se admite el testamento mancomunado en Aragón (artículos 417 ss. CDFA), Galicia (artículos 187 ss. LDCG) o el denominado "de hermandad" en Navarra, el cual no puede ser otorgado en forma ológrafa (ley 199 y ss).

²³ Diferencia que se ya se consagraba en los artículos 709 y 1033 del Proyecto de Código Civil de 1851; en el comentario a la primero de ellos entendía García Goyena, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, t. II, Madrid, (1852), p. 144, que la

materia de forma, puesto que frente al principio general de libertad de forma de los negocios *inter vivos* (artículo 1278 CC), el testamento es un acto genuinamente formal o solemne y revocable, característica esta última que conlleva que no se crean desde luego derechos a favor de los terceros beneficiados, de forma contraria a lo que suele suceder con los contratos²⁴. Con todo lo dicho, no es ocioso señalar por un lado, que el concepto de testamento actualmente reconocido por la mayor parte de los ordenamientos supone un amplio campo de actuación de la voluntad privada, y por otro, que sobre todo en las últimas décadas, la autonomía privada (contractual) ha pasado a ser una alternativa al testamento por suponer atribuciones patrimoniales *mortis causa* realizadas en formato puramente contractual²⁵.

verdadera causa de la diferencia residía es el favor de las últimas voluntades y el que en ellas interviene una sola persona.

²⁴ Gordillo Cañas, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad en los contratos*, Madrid, Tecnos, (1986), p. 223.

²⁵ Con particular énfasis resaltado en la doctrina italiana por Palazzo. A., *Autonomía contrattuale e Successioni Anómale*, Napoli. (1983), destacado en nuestra doctrina por Torres García, T.F., "Una relectura del testamento", *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto Privato 2, Persona, familia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Torino, UTET, (2009), pp. 865-883, especialmente p. 871. Vuelve sobre el tema, Ieva,

Precisamente, entre los límites a la libertad de testar y sin perjuicio de que en un momento posterior de este trabajo nos planteemos la existencia de otros posibles diques a la libertad de disponer *mortis causa*, nos interesa destacar en este punto la dialéctica y mutua interferencia que puede darse entre la libertad de disponer por causa de muerte y el principio de igualdad, o si se prefiere el derecho a no sufrir discriminación²⁶. Al respecto, es oportuno comenzar por poner de relieve las palabras de Robert Alexy cuando señala que por "libertad" e "igualdad" hay que entender en parte algo que está necesariamente vinculado, en parte algo que entra en colisión y en parte algo que simplemente es recíprocamente conciliable²⁷. Permítasenos centrar la aten-

M., *I fenomeni a rilevanza successoria*, Jovene, Napoli, 2008; del mismo autor, "Altre forme di trasmissione della ricchezza", en *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, P. Rescigno, Coord. M. Ieva, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, (2010), pp. 59- 145. Entre los autores españoles, Albiez Dohrmann, K.J., "Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, M. Garrido Melero/J.M. Fagardo Estivill (Coord.), Barcelona, (2005), pp. 581-637.

²⁶ Preocupación que se refleja también en el Derecho comparado, Waal, J. de, "A Comparative Overview", en *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, ed. K.G.C. Reid/M.J. de Waal and R. Zimmermann, Edinburgh Studies Law, (2007), pp. 1-26, espec., p. 17.

²⁷ Alexy, (2008), pp. 368-369, nota 66.

ción en la segunda de las circunstancias –las posibles situaciones de colisión– advirtiendo desde ahora que, a pesar de plantear problemas derivados de ya muy conocida *Drittwirkung* de los derechos fundamentales²⁸, no creemos que estos puedan resolverse con los mismos criterios que los utilizados cuando la colisión se produce entre la libertad de contratación y el principio de igualdad.

Es bien sabido que, aunque el problema suscitado se plantea con carácter general en el ámbito jurídico comparado²⁹, en concreto existen en nuestro Derecho algunas sentencias pronunciadas por los más altos tribunales en

²⁸ Entre lo más reciente en nuestra doctrina, Sarazá Jimena, R. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2011), pp. López Aguilar, J. F, "Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, (2012), pp. 1-48.

²⁹ Waal, (2007), pp. 1-26, espec., p. 16; muy recomendable, Toit F du, "The limits imposed upon freedom of testation by the boni mores lessons from Common Law and Civil Law (continental) legal Systems", *Stellenbosch LR*, pp. 358-384; García Rubio, M.P. *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, (2011), (2011 a) *ADC*, (2012-1), p. 379.

las que el mensaje principal pudiera ser que la libre voluntad del testador está limitada en todo caso por el principio de no discriminación, de modo que, como corolario, resulta sobreentenderse que si estuviera clara la voluntad discriminatoria subyacente en la voluntad testamentaria la disposición *mortis causa* tendría que ser considerada nula.

Con el antecedente directo que representó la sentencia del TEDH 13 julio 2004 (caso *Pla & Puncernau vs. Andorra*)³⁰, resulta de especial trascendencia para esta visión la STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, en la que el máximo intérprete de la Constitución consideró que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al interpretar la cláusula testamentaria redactada en 1927 que aludía a los hijos legítimos como sustitutos fideicomisarios le-

³⁰ Criticada por Arroyo i Amayuelas, E./Bondía García, D., "¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso Pla & Puncernay vs. Andorra (STEDH de 13 de julio de 2004)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, (2004), pp. 7 y ss., básicamente por desconocer las reglas básicas que rigen la interpretación de los negocios de última voluntad. También, entre otros, Kerridge R., "Freedom of Testation in England and Wales", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, (2011), p. 141, para quien una libertad de testar no discriminatoria es una contradicción en sus propios términos.

gitimados para suceder, en el sentido de estimar que el hijo adoptivo carecía de derechos sucesorios, había violado los artículos 14 y 39.2 CE que prohíben la discriminación por razón de filiación. Sin entrar ahora en otro tipo de cuestiones más menudas, como la relativa a la finta realizada por el Tribunal Constitucional para situar el tema en sede de interpretación del testamento y convertir así en autor de la acción supuestamente inconstitucional al tribunal, a fin de justificar la viabilidad del recurso de amparo y eludir el dudoso tema de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, nos limitamos a manifestar nuestra coincidencia con la opinión de Herrero Oviedo cuando estima que el máximo intérprete de la Constitución yerra en su razonamiento porque los dos preceptos utilizados se refieren a otro tipo de igualdad entre los hijos: en concreto, a la igualdad que ha existir entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales³¹, ya que la equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza es una decisión del legislador ordinario que no viene impuesta por la Constitución³². No parecen compartir este último cri-

³¹ Herrero Oviedo, (2012), p. 17.

³² De nuevo Herrero Oviedo, (2012), pp. 17 ss., exponiendo de manera detenida la evolución de la institución de la adopción hasta llegar a la equiparación (legal)

terio, sin embargo, algunas decisiones jurisprudenciales como la ya anterior STS de 29 de septiembre de 2006³³ que estimó que el otorgamiento de una sustitución fideicomisaria condicional a favor de "los hijos y descendientes legítimos" de un hermano del testador comprende los adoptados, interpretando que esa fue la verdadera intención del testador³⁴ y,

actual. Sin embargo, para Barber Cárcamo, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 54 ss., quien pone de relieve cómo, en uso de su libertad de configuración, el legislador puede regular o no la figura de la adopción, así como decidir si la configura como una clase de filiación, siendo tanto esta opción como la contraria acorde con la Constitución. Ahora bien, añade la autora, que una vez que el legislador optó por regular la adopción como una clase de filiación, sin tipos diferenciados, su equiparación plena con la filiación por naturaleza sí representa un imperativo constitucional. Con todo, también esta última autora se muestra muy crítica con la STC de 27 de abril de 2010.

³³ RJ 2006\6513. No obstante, es importante destacar la afirmación del alto tribunal en esta decisión, según la cual "...la asimilación de los hijos adoptivos a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio no implica que el testador no pueda excluirlos de la sucesión haciendo uso del principio de libre disposición de su patrimonio, siempre que respete los derechos legitimarios. Ni siquiera estamos ante un supuesto de *Drittwirkung*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares, dada la prevalencia en esta materia del principio de autonomía de la voluntad".

³⁴ Aunque en realidad esta decisión no es determinante pues señaló que al no existir legitimarios "la

sobre todo, la más reciente STS de 1 de marzo de 2013³⁵, que siguiendo la estela del TEDH y del TC en los dos casos ya citados, reconoce los derechos hereditarios de los herederos de un fideicomisario que había sido adoptado de forma simple y que había premuerto al fiduciario; en este último caso se estima que aquel había adquirido sus derechos sucesorios a la muerte del causante producida en 1935 –curiosamente varios años antes de la adopción–, añadiendo posteriormente que a ese proceso adquisitivo sucesorio, abierto y todavía no consolidado se debe aplicar de forma retroactiva el principio constitucional de igualdad o no discriminación respecto de sucesiones que, aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, como es del caso, no hubieran consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado³⁶.

invocación del principio de igualdad entre filiaciones no resuelve la cuestión", como reconoce Nieto Alonso, A., *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Madrid, La Ley, (2014), pp. 147 y 153; esta autora está de acuerdo con la tesis según la cual, respetando las normas imperativas, por ejemplo, la legítima, el testador puede someter la sustitución fideicomisaria a la condición que estime oportuna.

³⁵ RJ\2013\7414; Barber Cárcamo, (2013), pp. 56 ss.

³⁶ Nieto Alonso, (2014), pp. 158-162, critica el hilo argumental de la sentencia, a pesar de considerar acertado

Aunque en ninguno de los casos los tribunales juzgan directamente la contrariedad o no con el principio constitucional de igualdad de disposiciones concretas de un determinado testador –caso en el que en verdad se suscitará el tema de la eficacia directa o no de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados–, afirmaciones del tipo de las vertidas por los tribunales en los casos antes citados parecen derivar como dijimos en la limitación *tout court* de la libertad de disponer *mortis causa* cuando la disposición en cuestión sea contraria a algún precepto de la Constitución³⁷; en este caso opuesta al principio de igualdad entre los hijos, aunque podrían plantearse otros casos de cláusulas testamentarias discriminatorias o contrarias a otros derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad religiosa o la libertad de contraer o no contraer matrimonio; quede ya dicho desde ahora que así entendido, tal razonamiento es, a nuestro juicio, del todo punto inexacto.

Al respecto no es ocioso recordar que el principio básico que rige las relaciones de

el reconocimiento de la inclusión de los hijos adoptivos, para lo que a su juicio hubiera bastado con la aplicación de la norma civil de referencia, el artículo 675 CC.

³⁷ Incluso se ha llegado a hablar de la "usurpación" de la libertad de testar a través del Derecho constitucional [Kroppenberg, (2008), pp. 48 ss].

Derecho privado es el principio de libertad individual, también amparado constitucionalmente por el recurrente y versátil artículo 10 CE y que, como consecuencia de ello, en las relaciones estrictamente privadas tal libertad no tiene que ceder ante cualquier eventual violación de los otros derechos y principios fundamentales por parte de uno de esos sujetos, sino que solo habrá de hacerlo en los casos en los que en verdad constituyan discriminaciones insoportables o renunciaciones inadmisibles a sus propios derechos por parte del sujeto afectado³⁸.

En definitiva, si la cuestión se ha de resolver en términos de principios, como sucede en muchos supuestos de colisión de derechos fundamentales, se trata de una cuestión de ponderación y de límites que, en el caso concreto, derivará en la prevalencia de aquel de los derechos en liza que "pese" más, sabiendo como sabemos y hemos ya recordado aquí, que el peso de la libertad del disponente es, en el caso de las liberalidades *mortis causa*, muy alto; más alto, desde luego, que en los supuestos donde esté en liza la libertad

³⁸ García Rubio, M.P. "La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales", *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, (2002), pp. 297-314, p. 313.

contractual de cada parte, pues en estos últimos la de uno puede estar, y normalmente lo estará, limitada por la del otro³⁹; en cambio, en el caso de la libertad de testar el destinatario de la atribución ni está amparado por un derecho de libertad análogo (como no sea el de decidir si la acepta o si no la acepta), ni tiene derecho a ella antes de que el causante fallezca⁴⁰.

El problema planteado se debe responder no tanto en términos de colisión de principios constitucionales, si es que esta colisión se produce efectivamente⁴¹, sino del juego de las

³⁹ Pensamos en contratos onerosos o sinalagmáticos; la liberalidades *inter vivos* quedan al margen.

⁴⁰ Como señala el Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la STC 9/2010 "debe tenerse presente que nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. En nuestro Derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el artículo 14 CE".

⁴¹ Pues como ya tuvimos ocasión de señalar en otro lugar, García Rubio, M.P. "Recensión" a la obra *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.)

normas de Derecho civil las cuales, por así decirlo, hacen el juicio reglado de ponderación que, como manifestación de la voluntad general o del consenso democrático, conforma las reglas de juego. Esas reglas están en nuestro Derecho en el Código civil español o en los textos de Derecho civil autonómico correspondientes, donde se incluyen preceptos que consagran la libertad de disponer por causa de muerte, imponiéndole evidentemente los límites que se consideran apropiados. La pretensión de eludir esas reglas con el

Europa Law Publishing, Groningen, 2011, (2011 a), *ADC*, (2012-1), pp. 377-384, espec. p. 379, constituye una simplificación excesiva señalar que libertad de contratar y no discriminación son principios antitéticos o contrapuestos, pues la relación entre ambos es mucho más compleja; citábamos como ejemplo la decisión del Consejo Constitucional francés de 5 de agosto de 2011 (*Décision n° 2011-159 QPC, Mme Elke B. Et autres*), que declaró inconstitucional el artículo 2 de la ley de 14 de julio de 1819, donde se reconocía un derecho privilegiado al ciudadano francés que concurriera en la misma sucesión con un extranjero, que permitía al primero reclamar sobre los bienes situados en Francia la parte sucesoria que le otorgaba la ley material francesa, aunque hubiera sido excluido de ella por la ley aplicable a esa sucesión, según el propio Derecho francés. Se trataba de una regla material que derogaba la ley extranjera designada por la regla de conflicto francesa y que, según el Consejo constitucional, violaba el principio de igualdad, puesto que solo favorece al nacional francés, y "*restringe de manera injustificada la libre disposición de los bienes por el difunto*", además de suponer un atentado contra la propiedad".

recurso a principios constitucionales mucho más abstractos y moldeables significaría, en última instancia, prescindir del Derecho legislado y con ello violar las bases mismas del juego democrático, dejando la solución de los problemas privados en manos de la escurridiza ponderación judicial, con el consiguiente peligro no solo para la seguridad jurídica, sino también para la idea misma de libertad individual. No obstante, no podemos olvidar que también las normas civiles recogen, a través de las llamadas cláusulas generales, principios que a su vez pueden ser expresión de aquellos consagrados en la Constitución, entre los que destaca la apelación a las buenas costumbres como límite a la facultad de imponer determinadas condiciones a los posibles beneficiarios.

CAPÍTULO 3

Libertad "para" testar (autorrealización: dignidad y libre desarrollo de la personalidad del testador)

3.1. La libertad del disponente en el testamento. El significado del testamento.

Aunque el Derecho de Sucesiones tradicional y sus figuras más representativas hayan dejado de tener el monopolio en la transmisión intergeneracional de la riqueza, no se puede negar la centralidad que sigue teniendo el testamento en el cumplimiento de esa función⁴².

Es común afirmar que el testamento, instrumento central del Derecho de sucesiones en palabras de Díez-Picazo⁴³, es la manifestación

⁴² López y López, (1994), p. 37, quien además en p. 53 señala "el rostro histórico del Derecho de Sucesiones acuñado en una deriva milenaria padecería gravemente si una intervención del legislador ordinario suprimiera tal figura"; cf. también, del mismo autor (2011), p. 362.

⁴³ Díez-Picazo y Ponce de León, (2012 a), p. 242.

más evidente de la libertad individual. En uso de su libertad positiva, la persona puede testar o no (artículos 658 y 912 CC) y, en su caso, hacerlo con muy diversos contenidos. En su sentido más técnico y propio, el testamento se identifica con la declaración de voluntad mediante la cual el testador dispone y ordena libremente para después de su muerte; no obstante, en un sentido traslaticio y en cierta medida derivado, los textos legales llaman testamento al documento que contiene aquella declaración⁴⁴.

La declaración de voluntad constituye, pues, la esencia misma del testamento, si bien el carácter solemne del acto conlleva que para ser considerado como tal testamento la pretendida voluntad reúna los requisitos de forma exigidos por la ley -en el ámbito del Código civil español, entre otros artículos 687, 688, 695, 705, 706, 707 y 715-⁴⁵, sin que valgan en

⁴⁴ Ossorio Morales, J. *Manual de Sucesión Testada*, reedición presentada por J.M. Ossorio Serrano, Granada, Comares, (2001), p. 21.

⁴⁵ Torres García, T., *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, (1977), p. 32, resaltando que "la existencia de la declaración de voluntad tiene que ser integrada en la forma que para tal figura jurídica viene expresamente determinada por la ley". En ello incide la muy interesante STS de 4 de noviembre de 2009 (RJ\2009\5835), en un supuesto en el que se pretendía el reconocimiento como testamento de un acto otorgado en peligro de muerte ante cinco testigos, y en el que la

él como testamentos las donaciones *mortis causa* (artículo 620 CC) ni las memorias testamentarias (artículo 672 CC; pero cf. Disposición Transitoria Segunda CC)⁴⁶, ya que ni aquellas ni estas tienen por sí sustantividad propia para ser considerados como ac-

declaración de voluntad se hacía *per relationem* a las manifestaciones que en con anterioridad se habían realizado en la Notaria y habían quedado plasmadas en un documento informático, en espera de la posterior redacción del testamento [comentario de Gil Rodríguez, J., *CCJC*, nº 83, (2010), pp. 1185 ss]. Vid. también, STS 20 de marzo de 2012 (RJ2012\5120) en un supuesto en el que se pretendía la nulidad por violación de varios requisitos formales tales como la falta de constancia de que el testador no puede firmar o la cualidad en la que firma el testigo, y en la que el tribunal considera que el criterio para estimar la nulidad no puede ser excesivamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante; entiende asimismo que en todo caso no se imponen nulidades por razón de supuestas "fórmulas sacramentales" [Hornero Méndez, C., "El requisito de la forma en el testamento o de cómo lo sólido puede ser flexible. (A propósito de la STS 20 marzo 2012", *Estudios de Derecho Privado en homenaje a J.L. Rivas Martínez*, vol. I, Madrid, Dykinson, (2013), pp. 731-754, donde el autor señala (p. 753) que si la voluntad del testador puede apreciarse con solvencia y claridad, a pesar de que se pretenda el incumplimiento de algún requisito relativo a la forma en que ésta ha de expresarse, dicha voluntad debe sobrevivir a una contingencia de este tipo].

⁴⁶ STS de 29 de septiembre de 1956 (RJ\1956\3167), que aplica los artículos 689 a 693 y no la LEC de 1881, cuyo título VII se rubricaba "De la apertura del testamento cerrado y protocolización de las memorias testamentarias".

tos dispositivos *mortis causa*; en consecuencia, se reclama, para las primeras, que se rijan por las reglas de sucesión testamentaria y para las segundas que en las cédulas o papeles privados concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, entendiendo por tales no solo los del artículo 688, sino también la presentación, adveración y protocolización (artículos 689 a 693 CC)⁴⁷.

El carácter formal del testamento constituye, pues, una garantía del respeto a la voluntad del testador y, por tanto, a su libertad de testar en sentido positivo⁴⁸; a tal fin responde la intervención de un técnico independiente, el notario, que actúa en los testamentos más

⁴⁷ SSTS 20 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8118), y la ya citada 4 de noviembre de 2009. Vid. Cañizares Laso, A., "Sucesión y testamento", en ", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L. (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, (2014), pp. 807-829, espec., pp. 812 ss.

⁴⁸ El formalismo testamentario protege a su autor en un doble sentido: a) se tiende por medio de la forma a garantizar su declaración de voluntad b) se garantiza la autenticidad del acto [Torres García, (1977), pp. 45-46, donde se añade que el formalismo testamentario pone los medios para que se proteja al testador en el cumplimiento de su fin. Así la protección de la voluntad del causante a través de la forma testamentaria tiene su máxima importancia tanto por ser el testamento negocio unilateral no recepticio como porque el mismo produce sus efectos una vez muerto su autor, de ahí la necesidad de que la voluntad se pronuncie libremente y con seriedad].

frecuentes y que, entre otras funciones, cumple con la de asegurarse de la identidad y capacidad del testador, además de que su expresión se produzca de manera libre⁴⁹. En el caso del testamento ológrafo, la exigencia de mayoría de edad para su otorgamiento puede considerarse una garantía suplementaria, en cuanto que tal exigencia tiende a asegurar la firmeza de los rasgos grafológicos de su autor, evitando con ello el peligro de suplantación y la falsificación de la declaración de voluntad⁵⁰.

⁴⁹ Liserre, A., *Formalismo negòciale e testamento*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 102; del mismo autor, más recientemente, "Il formalismo testamentario", *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. delle Monache, Cedam, Padova, (2007), pp. 181-187. En el ordenamiento español, cf. artículo 685.1 CC, reformado en 1991 y relativo a los testamento abierto o público, en su párrafo primero; "deberá el notario asegurarse" (Cf. también artículos 696 y 707 CC), o artículo 421-7 CCCat, que efectúa una remisión a la legislación notarial estatal según la cual el Notario ha de hacer constar que, a su juicio los otorgantes tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate (Cf. artículos 156.8 y 167 Reglamento Notarial). Por su parte, el párrafo segundo del citado art. 685 CC se refiere a las formas en las que se puede prescindir del notario, caso en el que son los testigos quienes tendrán la obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad.

⁵⁰ Torres García, (1977), p. 190; de la misma autora "Comentario al artículo 688.1 CC", *Código civil comentado. Vol. II.*, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/ Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.), Cizur

Entre elementos que tratan de reforzar la libertad individual de su autor el Código civil español destaca asimismo, como rasgos característicos del negocio testamentario, su condición de acto unilateral⁵¹ y personalísimo, sin perjuicio del reconocimiento de ciertas relajaciones de ese último principio, como las previstas en los artículos 671 o 831 CC regulando la delegación de la facultad de mejorar⁵² o la llamada sustitución ejemplar del 776 CC⁵³.

Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2011), p. 384, donde se plantea que la posible captación de la voluntad del testador estuvo en el origen de la elevación de la edad para testar en forma ológrafa en la segunda edición del Código civil, aunque la Exposición de Motivos de la RO de 29 de julio de 1889, no hiciera mención a ello; también se pone de manifiesto (*loc. ul. cit.*, p. 386) que la diferencia de edad en la capacidad para testar en forma ológrafa con respecto a la requerida para las demás formas (14 años) puede tener otra razón de ser: dar firmeza a los rasgos grafológicos del autor. Cf. artículo 408.2 CDFA; en el Derecho catalán pueden otorgarlo los menores emancipados, artículos 421-4 y 421-17.1 CCCat.

⁵¹ Así lo proclama el artículo 669 CC al prohibir a dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, con la excepción de los otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil (Disposición Transitoria Segunda); igual prohibición se extiende al otorgado por españoles en país extranjero aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado (artículo 733 CC). Por el contrario, como ya se ha dicho en otro lugar, se admite el testamento mancomunado en Aragón (artículos 417 ss. CDFA), Galicia (artículos 187 ss. LDCG) y el "de hermandad" en

Constituye además el testamento, en su contenido típico, un acto esencialmente revocable (artículo 738 CC)⁵⁴, de tal manera que, al menos como intención, se trata de que

Navarra, excluyendo que pueda ser otorgado en forma ológrafa (ley 199 y ss FN).

⁵² García Rubio, M.P., "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *ADC*, (2008), p. 79, donde se pone de manifiesto que después de la reforma del precepto por la ley 41/2003, y a diferencia de la redacción anterior, solo es posible la atribución de esa facultad de mejorar y distribuir a través del testamento.

⁵³ En particular desde la STS de 7 de noviembre de 2008 (RJ\2008\7257), que retoma la decisión de la STS de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997\4234), a su vez herederas de la de STS de 6 de febrero de 1907, terminando por consolidar la tesis amplia en la STS 14 de abril de 2011, (RJ\2011\2753).

⁵⁴ Galgano, F., *Diritto Privato*, 16^a ed., Cedam, Padova, (2013), p. 904, pone de relieve que la revocación del testamento es una consecuencia de la libertad testamentaria; el individuo es libre de hacer o no hacer testamento y es libre de modificarlo o revocarlo; es una libertad a la cual ni siquiera el interesado puede renunciar. Como dice Bosch Capdevila, E., "Otros límites a la libertad de testar en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L. (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, (2014), pp. 653-675, la libertad de testar incluye la libertad de revocar. Aunque cumple decir, como se matiza en el texto, que esta característica esencial debe referirse, sobre todo, a su contenido patrimonial, pues como documento susceptible de contener otro tipo de declaraciones, el testamento, como se verá inmediatamente, puede tener contenidos irrevocables.

refleje la voluntad verdaderamente última del testador. Precisamente por ello la revocación está siempre a disposición del testador, con independencia de la forma testamentaria por él elegida⁵⁵, de suerte que en la revocación expresa, tanto para el testamento revocado, como para el que produce la revocación, es suficiente con que "el testamento sea perfecto" ex artículo 739 CC⁵⁶; es interesante a este respecto recordar que en la RDGRN de 26 de noviembre de 1998 se planteó la negativa de la inscripción del testamento presentado por los hermanos del difunto, en el cual "se instituye por el testador como heredera a su esposa", aunque el matrimonio se había disuelto por divorcio cinco años antes de la muerte del marido; este ni otorgó otro testamento, ni revocó el que había otorgado, optando la Dirección General por mantener su validez, basándose en que es doctrina consagrada que toda revocación debe observar "las solemnidades testamentarias necesarias para testar, pues ni la presencia de causas no previstas legalmente conlleva una revocación por ministerio de la ley".

⁵⁵ Supone una excepción a la formalidad de la revocación la llamada real del artículo 742 CC para algunas formas de testamento.

⁵⁶ La concurrencia de un testamento abierto y dos ológrafos protocolizados posteriores fue admitida por STS 23 de noviembre 1999, (RJ\1999\9049), "al reunir los requisitos que la Ley exige para su eficacia y validez".

No obstante, a pesar del principio recogido en el mentado art. 739 CC del que se deriva que "entre varios testamentos de una misma persona vale el último", al producirse la llamada revocación tácita cuando el testamento anterior quede revocado por el posterior perfecto⁵⁷, se ha abierto camino en la jurisprudencia la posibilidad de una sucesión con pluralidad de testamentos siempre que su contenido sea compatible⁵⁸.

Por lo demás, no afecta a la validez del testamento y, en consecuencia, a su posible revocación una pérdida sobrevenida de la capacidad del testador⁵⁹ y tiene efecto

⁵⁷ Torres García (1977), pp. 66 ss.; Perlingieri G., "La revocazione dell' disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero de M. Allara", *Rassegna Diritto Civile*, (2013), pp. 739 ss.

⁵⁸ La STS de 14 de mayo de 1996, (RJ\1996\3912), declara que la voluntad que exige el artículo 739.1 CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no solo la expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 CC, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior. Díez-Picazo, L., "La pluralidad de testamentos", *RDN*, (1960), pp. 7-97; en Cataluña Bosch Capdevila, E., *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Madrid, Dykinson, (2006), pp. 118-119 ss.

⁵⁹ STS de 23 de marzo 2010, (RJ\2010\2326), que a estos efectos señala que "lo que debe demostrarse en una

revocatorio el testamento cuyo único objetivo sea revocar otro anterior, situación expresamente reconocida en el artículo 422.9.5 CCCat.

Con el fin de proteger la voluntad del testador conviene recordar que en nuestro Derecho la garantía *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida, por lo que debe aquella ser conectada y completada con la solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador pudieran hipotéticamente influir de modo pernicioso en su voluntad⁶⁰; ciertos supuestos de

acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación".

⁶⁰ Son las incapacidades relativas (artículos 752 a 755 CC), inhabilidades para suceder (término que se utiliza en el CCCat, artículo 412.5.1) o prohibiciones de suceder (artículo 475 CDFA). Es cierto que en el caso del Código civil español el transcurso del tiempo ha dejado obsoletas algunas de estas prohibiciones concretas, mientras que se echan en falta otras más propias de nuestros días García Rubio, M.P. /Otero Crespo, M., "Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder", *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, Gete-Alonso (dir.), Cizur Menor, Civitas, (2011), pp. 231 ss; García Rubio, M.P. "Comentarios a los artículos 752 y 753 CC", en *Código Civil Comentado*, vol. II, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R.

la llamada indignidad para suceder aplicables a la sucesión testamentaria se sitúan en esta línea de protección de la voluntad del testador con parecidos objetivos⁶¹.

Desde el punto de vista del contenido del testamento, se debe resaltar que mientras en algunos sistemas, como paradigmáticamente sucede en el Derecho catalán o balear (con excepción de Ibiza), es imprescindible que el testamento contenga la institución de heredero, en el Código civil español es perfectamente posible un testamento que distribuya el caudal relicto a través de legados (ex. artículo 891), supuesto en el que además no resulta necesaria la apertura de la sucesión intestada⁶².

(dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, (2011), p. 616.

⁶¹ Como es el caso de los previstos en el CC en los artículos 756.5º, 756.6º o 713 (cf. también art. 674 CC), o en los artículos 412-3 g) y 412-3 h) CCCat; artículo 69 bis f) y 69 bis g) CDCIB, artículos 328 f) y 328 g) CDFA [García Rubio/Otero Crespo, (2011), pp. 260]; García Rubio, (2011), p. 636.

⁶² García Rubio, M.P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, (1989), *passim*; en fechas recientes mantienen la tesis de no necesidad de apertura de la sucesión intestada en caso de distribución de la toda la herencia en legados las RDGRN de 19 de abril de 2013 (RJ\2013\4826) y 11 de septiembre de 2013 (RJ\2013\8276). Para el Derecho italiano, parece sustentar la posición contraria, según la cual ante una disposición íntegra a través de legados sería necesaria la apertura

Por otra parte, a pesar del tenor literal del artículo 667 CC que, como es bien conocido, define el testamento como un acto de disposición de bienes⁶³, es notorio el debate sobre la consideración o no como verdadero testamento en este cuerpo legal de aquél acto de última voluntad que incluya únicamente el llamado "contenido atípico" y, por lo tanto, no suponga ni disposición de bienes, ni siquiera la inclusión de actos estrictamente negociales⁶⁴. Aunque siguen existiendo autores para quienes, si en estos casos hablamos de testamento, lo hacemos de manera impropia, como mera forma testamentaria⁶⁵, prevalece el criterio de considerar también como testamento en senti-

de la sucesión legítima a fin de que el heredero asumiera la función liquidatoria de la herencia Barba, V. "La nozione di disposizione testamentaria", *Rassegna di Diritto Civile* (2013) n° 4, pp. 963-1000, espec., p. 965.

⁶³ Pero *vid.* Cañizares Laso, A, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, (1990), p. 58 y (2014), p. 809; para la autora más que una definición, el artículo 667 contiene una regla que cumple una función normativa indiscutible, cual es la de expresar el único cauce posible para disponer de los bienes para después de la muerte en el Código civil español.

⁶⁴ Lipari, (1970), p. 68; Giampiccolo, G, *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano Giuffrè, (1954), p. 6.

⁶⁵ Jordano Barea, J., "Teoría general del testamento", en *Estudios de Derecho Público y Privado en homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, vol. I, pp. 431 ss, a quien sigue López y López, (2012), p. 360.

do propio este tipo de actos que, cumplimiento con las formalidades testamentarias, carecen de contenido patrimonial e incluso negocial⁶⁶.

El contenido posible del testamento puede ser, de acuerdo con lo dicho, tanto patrimonial en sentido estricto, esto es un acto de disposición de bienes, como de carácter extrapatrimonial; lo último sucederá si contiene, por ejemplo, el recurrente reconocimiento de hijo (artículos 741 y 120.1º CC *ad. ex.*, declaración que es además irrevocable, incluso cuando el testamento en que se hizo no contenga otras disposiciones)⁶⁷, el nombramiento de tutor (artículo 223.1 CC)⁶⁸, la determinación del destino del cadáver y del lugar de enterramiento o de los sufragios y funerales (artículo 902.1 CC). Fuera del marco del Código civil son destacables, entre otros, la declaración prevista en el artículo 4

⁶⁶ Siguiendo las tesis de Giampiccolo, G, (1954), pp. 5, 29, 316, 328. Cf. artículo 587.2 Codice civile; en la literatura italiana más reciente, Musolino, G "Disposizioni non patrimoniali di última volontà e testamento", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (2008), pp. 953-971.

⁶⁷ Cañizares Laso, (1990), pp. 127 ss. Siguiendo la regla según la cual las disposiciones testamentarias no patrimoniales siguen, en cuanto a su validez y eficacia, las normas sustanciales propias del acto o negocio singular [Musolino, (2008), p. 955].

⁶⁸ Cf. también artículos 225 y 226 CC.

de la LOPCDH nombrando a la persona que se ocupará de la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen del testador; la designación de la persona natural o jurídica que ha de hacerse cargo de la tutela *post mortem* del derecho moral del autor, prevista en el artículo 15 LPI, o, o la declaración del artículo 9.2 de la LTRHA por la que el marido consiente en la fecundación asistida *post mortem* de su esposa. También puede incluir cláusulas con virtualidad patrimonial, llamémosle indirecta, como la *professio iuris* a la que volveremos a referirnos⁶⁹, la designación de administradores en el supuesto del

⁶⁹ Álvarez González, S., "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2009), pp. 17-49; Rodríguez-Uría Suárez, I., "La ley applicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2 (2013). Ambos trabajos recogidos en *Estudios sobre ley applicable a la sucesión mortis causa*, Álvarez González S./Rodríguez Uría Suárez I., Universidad de Santiago de Compostela, (2013); y la magnífica monografía de Fontanellas Morell, J.M^a, *La professio iuris sucesoria*, Barcelona, Marcial Pons, (2010), quien en p. 23 nos recuerda que la locución *professio iuris* es una fórmula, entre otras de valor sinónimo, de la que por motivos históricos se vale usualmente la doctrina helvética para aludir a la facultad conferida al testador para elegir la ley rectora de su sucesión *mortis causa* y que el Convenio de La Haya de 1989 ha difundido universalmente.

artículo 164.1^a y 2^a CC, la confesión de privatividad de los bienes conyugales prevista en el art. 1324 CC, la dispensa de colación del artículo 1036 CC, la atribución de la obligación de pago de una deuda hereditaria a uno de los coherederos ex. artículo 1084.2 CC, la prohibición de división de los bienes hereditarios en los términos del artículo 1051 CC, la partición de sus bienes contemplada en el artículo 1056 CC, el nombramiento de contador o de albacea (artículos 1057 y 892 CC), o la rehabilitación del indigno del artículo 757 CC⁷⁰; en esta misma línea, al margen del Código civil, podemos mencionar el acto constitutivo de una fundación, recogido en el artículo 9 LF, precepto que en su párrafo cuarto distingue entre el acto constitutivo de la fundación al que el testamento presta su forma y el acto de atribución patrimonial constitutivo de la dotación o la cláusula de arbitraje testamentario recogida en el artículo 10 de la Ley 60/2003. Incluso cabe plantear contenidos doblemente atípicos, en el sentido mencionado de que no se corresponden con actos de disposición patrimonial en estricto significado, así como en el de que no están

⁷⁰ En el Derecho italiano, expresamente artículo 587.2 en relación con el artículo 466, ambos del *Codice civile*; Salvestroni, U., "Osservazioni sulla riabilitazione dell' indegno", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (2003), pp. 879-886.

tipificados legalmente, lo que sucede por ejemplo con el reconocimiento de una deuda en el testamento, declaración por lo demás relativamente frecuente y de indudable trascendencia patrimonial⁷¹, pero también con otras puramente extrapatrimoniales como la declaración de voluntad inserta en el testamento ordenando la incineración o el lugar de destino de las cenizas⁷². Asimismo es posible el testamento meramente negativo, entendiendo por tal aquel cuyas disposiciones se limitan a excluir de la sucesión a alguna o algunas de las personas que tendrían derecho a heredar *ab intestato*⁷³. En todos estos supuestos, los

⁷¹ A los que se podrían añadir algunos de los considerados como institutos alternativos al testamento (Palazzo, A., *Istituti alternativi al testamento*, en *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, VIII. 1, dir. P. Perlingieri, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 47 ss).

⁷² Musolino, (2008), p. 966.

⁷³ García Rubio, M.P., (1989), pp. 307 ss; Cámara Lapuente, S., "Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades del derecho sucesorio catalán", *RJC*, (2000), pp. 743-778. Este tipo de disposición, muy estudiada en la doctrina italiana, ha sido recientemente considerada como perteneciente al contenido típico del acto de última voluntad en sentencia de Cass. Civ. de 25 de mayo de 2012 según la cual "la clausola di diseredazione integra un atto dispositivo delle sostanze del testatore, costituendo espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, che può includersi nel contenuto tipico del testamento: il testatore, sottraendo dal quadro dei successibili ex lege il diseredato e restringendo la

actos que hayan cumplido con las formalidades necesarias para testar serán considerados como testamentos⁷⁴ y, por lo tanto, cualquiera

successione legittima ai non diseredati, indirizza la concreta destinazione post mortem del proprio patrimonio. Il "disporre" di cui all'art. 587 c.c., comma 1, può dunque includere, non solo una volontà attributiva e una volontà istitutiva, ma anche una volontà ablativa e, più esattamente, destitutiva. Altre volte, d'altronde, il nostro legislatore ha concepito disposizioni di contenuto certamente patrimoniale, che non implicano attribuzioni in senso tecnico e che possono genericamente farsi rientrare nella nozione di "atto dispositivo" del proprio patrimonio ex art. 587 c.c., comma 1, avendo utilizzato il termine "disposizione" nel senso riferito in questa sede (in materia di dispensa da collazione, di assegno divisionale semplice, di onere testamentario, di ripartizione dei debiti ereditari, di disposizione contraria alla costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, di disposizione a favore dell'anima e di divieti testamentari di divisione" [Palazzo A./Sassi A., "Successione testamentaria", in *Trattato della Successione e dei Negozi Successori*, 1. *Categorie e specie della successione*, Torino, UTET, (2012), p. 140]. Vid. Pacia, R., "Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo", *Riv. Dir. Civ.*, (2014), pp. 307-328; la autora pone también de relieve que la Ley de 10 de diciembre de 2012, al introducir el 448 bis en el *Código civil* admite por vez primera de manera expresa la desheredación de los progenitores ante determinados comportamientos que exceden las causas de indignidad, incluso en ausencia de otras disposiciones atributivas. Sobre el testamento negativo, también Barba (2013), pp. 967 y 981 ss y Mazzuca, M., "Riflessioni sulla clausola di diseredazione, tra vecchi dogmi e nuovi interrogativi", *Rassegna Diritto Civile*, (2013), pp. 1027-1045.

⁷⁴ Musolino, (2008), p. 962.

de tales contenidos, con o sin connotación patrimonial, siendo lícitos, suponen la actuación de la libertad de testar en su sentido positivo⁷⁵, lo que en este punto acerca la disciplina del testamento a la del contrato por el amplio campo de actuación de la voluntad⁷⁶.

Como un último apunte en esta sede, dejamos constancia de que no puede considerarse testamento en sentido propio el conocido como "testamento vital" o "testamento biológico"⁷⁷, que en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica se denomina "de instrucciones previas" y se concibe como un documento dirigido al médico o al equipo sanitario para señalar, llegado el momento, cuáles deben ser "los cuidados y el tratamiento de su salud" o, "una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o

⁷⁵ Delgado Echeverría, J., (2012), p. 525.

⁷⁶ Musolino, (2008), p. 966; la contraposición entre contrato y testamento puede verse en Barba (2013), pp. 973 ss.

⁷⁷ La primera denominación procede de la traducción del término anglosajón (Dworkin, R., *El domino de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de Caracciolo R/ Ferreres V., Barcelona, Ariel, 1998, p. 234, quienes, sin embargo, lo tradujeron como "testamento de vida"); la segunda es la denominación utilizada sobre todo por la doctrina italiana [cf. Palazzo/Sassi, (2012), pp. 208 ss].

de los órganos del mismo". El precepto permite también que "el otorgante del documento puede designar además un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas"⁷⁸. Por consiguiente, aunque parcialmente puedan contener disposiciones dirigidas al tiempo posterior a la muerte de su autor, este tipo de documentos no son, como el genuino testamento, actos *mortis causa*, por lo que no son exigidos los mismos requisitos de capacidad y forma que para este tipo de actos, ni en la ley estatal mencionada, ni en las normas autonómicas que regulan la materia, ninguna de las cuales, con buen criterio, utiliza para designarlos el término de "testamento vital".

3.2. *Derecho a decidir el destino del propio patrimonio de modo consciente y libre. El testamento de las personas con discapacidad.*

Las cautelas del ordenamiento jurídico en relación con la capacidad para testar tratan de

⁷⁸ Lo que es conocido como "poderes para el cuidado de la salud". Vid. artículo 212.3 CCCat que recoge el "documento de voluntades anticipadas". Sobre el 212.2, Torres García, T., *Tratado de Derecho de la Persona Física*. Tomo II, Geste-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (2013), pp. 145 ss.

garantizar el derecho de cualquier persona a decidir de manera consciente y libre el destino de su patrimonio de acuerdo con su propia y exclusiva voluntad. A pesar de ello, no se puede ocultar que esa libertad positiva, en el sentido que más arriba hemos indicado, no carece ni mucho menos de amenazas, algunas de las cuales son características del tiempo presente o, cuando menos, se han incrementado notablemente en la sociedad contemporánea.

Así, por una parte, el progresivo crecimiento de la población de edad avanzada hace que aumente también el número de posibles testadores afectados por enfermedades relacionadas con la capacidad volitiva. Por otra, ha de tomarse en consideración la plena incorporación de las personas de cualquier edad con algún tipo de discapacidad a la vida civil y las nuevas exigencias éticas y jurídicas que reclaman su participación en la realización de los actos jurídicos que les afectan. Todo ello hace que se incrementen las posibilidades de testadores especialmente vulnerables por su edad o por sus condiciones físicas y mentales⁷⁹, los cuales además en este momento se

⁷⁹ RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, en cuyo frontispicio se afirma que "Las

ven sometidos en nuestro ordenamiento a la concurrencia de regímenes jurídicos superpuestos que dificultan el recurso a una regulación suficientemente clara y precisa⁸⁰. A mayor abundamiento, cabría sumar a las antedichas otras razones de vulnerabilidad de los testadores, como las derivadas de relaciones de dominación o de violencia de las que fácilmente pueden surgir influencias indebidas en la voluntad de otros, todo lo cual explica la preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos por este tema⁸¹.

personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión"; sin embargo en artículo 2 de la ley, donde se incluyen las definiciones básicas, no aclara qué ha de entenderse por "persona vulnerable".

⁸⁰ Torres García, (2013), pp. 73 ss.

⁸¹ Aunque la preocupación por la integridad de la voluntad testamentaria estaba ya presente en el Derecho romano, como demuestra *Digesto* 29.6.3 *Papiniano*, donde se menciona a un marido que influencia en su esposa para que no lo desherede. La situación actual en un ordenamiento de especial relevancia como es el inglés, en García Rubio, M.P. "La protección de la voluntad del testador vulnerable en el Derecho inglés", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L. (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 1499-1521. Para el derecho norteamericano, Legerén, A., *El sistema testamentario estadounidense*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, (2009), pp. 71 ss.

Llegados a este punto, y por lo que respecta a las personas con discapacidad, se debe recordar que "el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" constituye el primero de los Principios generales contenido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad (artículo 3), que España ratifica el 23 de noviembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo 2008. Por añadidura, el artículo 12 de la misma Convención, rubricado "Igual reconocimiento como persona ante la ley", se expresa en su párrafos 4 en los siguientes términos: *"Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e impar-*

cial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas"⁸².

En el ordenamiento jurídico español vigente, pendiente todavía de su plena adaptación a las exigencias de la Convención citada⁸³, la

⁸² Además, de conformidad con el párrafo 5 del mismo artículo 12 *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.* García Pons, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 diciembre 2006*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, (2008), pp. 40 ss.; del mismo autor, "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios", *ADC*, (2013), pp. 59-147.

⁸³ Si bien, conforme al artículo 6 del Texto Refundido la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social precitado, se menciona bajo la rúbrica *"Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad"*:

1. *El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.*

2. *Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el*

situación se puede resumir diciendo que existe una presunción general de capacidad para testar de la que goza toda persona (artículos 662 CC y 421-3 CCCat)⁸⁴. No obstante, nuestro Derecho, adscribiéndose a la línea de aquellos que requieren una edad menor para el otorgamiento de testamento que para los actos *inter vivos* en general, exige una edad mínima de catorce años para hacer testamento⁸⁵, salvo el caso del ológrafo para el que se requiere la mayoría de edad⁸⁶. En ningún momento se establece una edad máxima, pero sí se pide al

consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

⁸⁴ Exhaustivamente, Torres García, (2013), p. 134.

⁸⁵ Según Rodríguez Guitián, A.M^a, *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, (2006), p. 30, se trata de un requerimiento de edad demasiado corto y no seguido en el Derecho comparado. A título de ejemplo, como principio general, el artículo 903 del Code francés y el § 2229 BGB exigen un mínimo de edad de dieciséis años (aunque el ológrafo, según el § 2247, no puede ser realizado por un menor); el artículo 591.2.1) del Código civil italiano y el artículo 2183 del portugués reclaman la mayoría de edad.

⁸⁶ Artículos 663 y 688.1 CC y 421-4 y 421-17.1 CCCat., el cual añade a los menores emancipados como sujetos capaces para el otorgamiento del testamento

testador, como garantía de su libre voluntad, que se halle en su cabal juicio (artículo 663.2º CC)⁸⁷ o que posea capacidad natural (artículo 421.4 CCCat)⁸⁸, o capacidad civil suficiente para otorgar el acto de que se trate (artículo 167 RN) circunstancias que, por lo demás, se presumen⁸⁹. Respecto a la añeja expresión

ológrafo; por su parte, Torres García (1977), p. 201, niega esta última posibilidad en el sistema el Código civil.

⁸⁷ STS 27 de noviembre de 1995 (RJ\1995\8717); STS 4 de octubre de 2007 (RJ\2007\7401). Sobre el significado de la expresión, Torres García, (1977) pp. 204 ss.

⁸⁸ Gordillo Cañas, A., (1986), pp. 216 ss., quien señala, en relación con la norma del Código civil español, que el contar con el intervalo lúcido como posibilidad de emergencia momentánea de una capacidad habitualmente no existente consagra inequívocamente la relevancia de la capacidad natural, aun sin correspondencia con la capacidad legal.

⁸⁹ STS 7 de octubre de 1982, (RJ\1982\5545), STS 26 de abril de 1995 (RJ\1995\3257), de conformidad con la cual "toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera voluntad de elección"; en la misma decisión asimismo se señala que se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse mediante prueba en contrario (cf. también, STS de 31 de marzo de 2004 (RJ\2004\1717); STS de 8 de julio de 2005, (RJ\2005\1858); STS de 14 de octubre de 2008 (RJ\2008\6909), STS 5 de noviembre de 2009,

utilizada por el artículo 663.2 CC español, entiende mayoritariamente la doctrina que alude a una situación de hecho que priva al sujeto de la facultad testatoria porque carece, en el momento que pretende testar, de capacidad suficiente de querer y entender el alcance de sus disposiciones y de apreciar los motivos para hacerlas⁹⁰; es pues sinónimo de la falta de capacidad natural para testar y puede afectar tanto a la persona incapacitada judicialmente, como a la que no lo está⁹¹.

(RJ\2010\84), si bien la jurisprudencia se ha cuidado de señalar que tal prueba ha de demostrar de forma inequívoca y concluyente que en el acto de otorgamiento el sujeto no estaba en su cabal juicio [Mesa Marrero, C., "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", *RJN*, núm. 43, (2002), pp. 159-243, p. 163].

⁹⁰ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, (1981), p. 203.

⁹¹ Gordillo Cañas, (1986), p. 223, donde señala que el testamento resulta el exponente más puro del juego de la capacidad, de suerte que en él es posible apreciar ésta en sí misma y directamente; esto es, sin la mediación del *status*. Pues como dice la STC 208\2013, de 16 de diciembre de 2013, en un caso relativo a un sujeto que no estaba incapacitado, pero cuya voluntad y autonomía sí parecían claramente comprometidas, "cualquier sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad ha de entrar en la eficacia del acto o negocio jurídicos que le perjudican o que hayan sido fruto de la vulnerabilidad derivada de esta situación de incapacidad".

En el caso de que la persona esté judicialmente incapacitada, según se desprende del artículo 665 CC, la propia sentencia de incapacitación ha podido reconocer expresamente su capacidad para testar⁹². En la situación actual parece, a primera vista, que la sentencia también ha podido declarar de modo expreso la incapacidad del sujeto para realizar cualquier acto jurídico o expresamente para otorgar testamento (argumento en los artículos 665 CC y 760 LEC)⁹³, en cuyo caso al incapacitado le quedaría vedada esta posibilidad, aun cuando pudiera pasar por estados de lucidez mental, si bien a través de un nuevo proceso que concluyera con la situación de incapacitación, esa persona podría testar válidamente (ex artículo 761.1 LEC)⁹⁴.

Por su parte, cuando la sentencia de incapacitación no contiene pronunciamiento algu-

⁹² Como sucedió en la SAP Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011 (AC\2011\45), que expresamente reconoció al incapacitado los siguientes derechos civiles: derecho de sufragio, derecho a contraer matrimonio y derecho a disponer de sus bienes *mortis causa*, señalando en este último caso que se regirá por sus normas específicas en cuanto a la validez de tales disposiciones.

⁹³ Torres García, (2013) p. 135, apunta que una actuación judicial restringiendo o eliminando lo reconocido en la ley a una persona incapacitada podría estar en contradicción con el texto constitucional.

⁹⁴ El artículo 591.2 CC italiano, niega al interdicto por incapacidad mental la capacidad de testar [Galgano, (2013), pp. 82 y 900].

no sobre la posibilidad de hacer testamento, se establecen especiales cautelas para asegurar la validez del otorgado por el incapacitado judicial, como se desprende del artículo 665 CC o del artículo 421-9.2 CCCat. En el primer caso, estas consistirán en el dictamen de dos facultativos designados por el notario, quienes han de concurrir, al igual que este, al otorgamiento del testamento (art. 698.2 CC)⁹⁵; el dictamen versará sobre la capacidad o no del sujeto para realizar el testamento, si bien el juicio de capacidad del notario puede, según alguna opinión, desvirtuar las pruebas médicas de la incapacidad⁹⁶. Finalmente, si no

⁹⁵ Todo lo cual explica que la doctrina mayoritaria estime que el incapacitado solo puede otorgar testamento abierto, lo que se corrobora porque en la regulación del cerrado el artículo 707.4 CC no hace alusión alguna a las garantías y cautelas mentadas, aunque el precepto se redactó por la misma Ley 30/1991, que modificó el 665 CC; la extensión del acta de protocolización del Notario en la llamada fase notarial del testamento cerrado no contempla especialidad alguna en relación con la incapacidad del testador; no obstante un sector minoritario de la doctrina no reduce las posibilidades de testar del judicialmente incapacitado al notarial abierto. Recoge las diferentes opiniones y sus respectivos argumentos, Torres García, (2013) pp. 135-136.

⁹⁶ Magariños, V., "La libertad de testar. Una reforma necesaria", *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, (2012), pp. 641 ss., espec., p. 681. Por el

existe sentencia de incapacitación pero se duda de la integridad de la voluntad de quien pretende testar, rige la presunción de capacidad⁹⁷.

Por otro lado, perdida la capacidad de testar por quien hizo en su momento testamento y en consonancia con el carácter estricta-

contrario, y siempre para el caso de la persona incapacitada judicialmente, opina que son los peritos los que responden de la capacidad y que el Notario queda vinculado por su juicio, Romero Coloma, A.M^a, "La capacidad mental del testador: problemática jurídica", *RCDI*, (2004) n^o 682, pp. 549-649, espec., 646-647; Mata Sáiz, A. "Valoración de la capacidad del testador en el testamento notarial" en Seminario de Jueces y Notarios. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, M. Pons, (2011), pp. 69-83, especialmente pp. 70 ss. Por su parte, Rodríguez Guitián, A. M^a, "Comentario al artículo 665", en *Código civil comentado*, vol. II, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2011), p. 281, considera que del tenor del artículo 665 se deduce que si el dictamen de los dos facultativos es desfavorable a la capacidad del testador el notario no puede autorizar el testamento; sin embargo si el dictamen de los facultativos es favorable da cuenta de dos posibles opiniones: según la primera el notario ha de autorizar el testamento haciendo constar de forma expresa su discrepancia con el dictamen de los facultativos; según la segunda, si el notario estima incapaz al testador, a pesar del dictamen de los facultativos, debe prevalecer la opinión de aquél y puede abstenerse de autorizar el testamento.

⁹⁷ Cf. no obstante, en el Derecho catalán, artículo 421.7 CCCat.

mente personalísimo del acto, se impide la realización de un nuevo testamento por parte del tutor o de cualquier otro sujeto que pueda actuar en representación del incapacitado, siquiera para dejar sin efecto el testamento del posteriormente incapacitado⁹⁸, como nos recuerda la ya citada STS de 23 de marzo de 2010⁹⁹; en consecuencia, ni dichos tutores pueden impugnar el testamento del devenido incapaz, ni existen en los sistemas españoles figuras que puedan corresponder al conocido como "*statutory will*" del Derecho inglés¹⁰⁰.

⁹⁸ Con anterioridad, Gordillo Cañas, A., "La absoluta inimpugnabilidad del testamento en vida del testado. (Un apunte ante un caso similar al que resolvió hace cien años la sentencia de 7 de abril de 1903", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, (2004), pp. 2195-2210, quien entre otros argumentos, recuerda que el artículo 226 RN impide al Notario actuar discrecionalmente y le obliga a denegar la expedición de copia del testamento de persona viva, no siendo a instancia del testador o de su apoderado judicial (Fernández-Tresguerres García, A: / Fernández Golfín A., en sus notas a la *Legislación Notarial*, Civitas, (2013), p. 214). Expone las opiniones encontradas en la doctrina española precedente, Torres García (2013), p. 60.

⁹⁹ STS\2010\2326. En contra, Rubio Garrido, T., "Nulidad del testamento por incapacidad del testador o/ y por captación de la voluntad solicitada cuando aun no ha fallecido el testador. Legitimación activa del tutor: comentario a la sentencia del TS 23 marzo 2010", *Revista Derecho Patrimonial*, 25, (2010), p. 363-372.

¹⁰⁰ García Rubio, (2014), pp. 1517-1518. No creemos

Al sujeto no incapacitado judicialmente que sufra ciertas discapacidades físicas, y dependiendo de la naturaleza de estas, se le impide, en el sistema vigente, la utilización de determinadas formas testamentarias. Así sucede, según disponen el artículo 708 CC y el artículo 421-14.5 CCCat, con el testamento cerrado si la persona es ciega o no sabe o no puede leer; tampoco podrá testar en esta forma quien no puede expresarse verbalmente y no sabe o no puede escribir, según se desprende *a contrario* del artículo 709 CC¹⁰¹; además, no podrá utilizar la forma ológrafa quien no sabe o no puede escribir¹⁰². Finalmente, puesto que el testamento abierto exige

que cambie la situación de presente la afirmación de la STS de 24 de junio de 2013, (RJ,2013\3948), en un supuesto de discapacidad en el que se acuerda la designación de curador, señalando cuál ha de ser la actuación de este en la esfera personal del discapacitado por un lado, y en patrimonial, por otro; la sentencia expresamente dice que "En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, complementando su incapacidad...".

¹⁰¹ Vid., con una formulación más amplia, artículos 421-14 y 421-15 CCCat.

¹⁰² Torres García, (1977), p 219, la razón está en las funciones que cumple la autografía en esta forma testamentaria; la misma autora (p. 221) estima que sí podrán utilizar esta forma los ciegos, siempre que se cumpla el requisito esencial de los artículos 688 "deberá estar escrito todo por el (testador)" y 691 "escrito y firmado de mano propia del mismo".

la expresión oral o escrita de la voluntad del testador (artículo 695 CC), queda vedada esta forma testamentaria a las personas que no saben o no pueden ni hablar ni escribir¹⁰³. De este modo, parece que en el Código civil español vigente las personas que no puedan expresarse oralmente ni tampoco escribir, no pueden testar en ninguna forma común y,

¹⁰³ Entendemos que en este caso no están quienes se comunican oralmente por la lengua de signos o por escrito en sistemas como el Braille, según se desprende de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; Domínguez Luelmo, A., "El testamento notarial", *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I*, M.C. Gete Alonso (dir.), J. Solé Resina (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, (2011), p. 428 y Otero Crespo, M., "Comentario al artículo 709", en *Código civil comentado, vol. II*, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2011), p. 496, estiman que el artículo 709 CC ha de considerarse parcialmente derogado en este punto por la ley citada, aunque a mi juicio es perfectamente posible interpretar que estas personas pueden comunicarse oralmente o por escrito. En realidad puede considerarse que la ley mencionada tiene precedentes más o menos directos en Resoluciones de la DGRN dictadas al hilo de algunas consultas realizadas por Notarios sobre la capacidad para otorgar testamento del sordo que no sabe leer ni escribir (Resolución de 18 de octubre de 1974) y del sordomudo analfabeto que puede comunizarse en su lenguaje especial (RDGRN 31 de agosto de 1987), que se pronunciaron ambas en sentido afirmativo, incluso valiéndose de un intérprete.

desde luego, de seguir la rígida interpretación jurisprudencial que caracteriza en los últimos años algunas exigencias formales en materia testamentaria, sobre todo en relación con el artículo 695 CC, no podrían hacerlo en la forma más habitual, cual es la del testamento abierto notarial¹⁰⁴. Por ello, parece oportuno adoptar una interpretación flexible de las antedichas reglas, como la que deriva, por ejemplo, de la STS de 24 de noviembre de 2004, en un supuesto en el que no se aprecia la nulidad del testamento abierto otorgado por una persona que, aunque no podía hablar ni escribir, manifestó su conformidad al notario mediante gestos y estimó que "aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un acto personalísimo que no puede dejarse al arbitrio de un tercero... ello no puede confundirse con una interdicción total o absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución..."¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cámara Lapuente, S, "Las distintas formas testamentarias", cap. 5 de *Curso de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Madrid, Colex, (2013), p. 124.

¹⁰⁵ RJ\2004\7554, añadiendo además que "doctrina científica moderna que esta sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo –la expresión directa de voluntad del testador al notario– no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera".

Al hilo de este repaso de la regulación actual debe reiterarse que la capacidad del testador ha de apreciarse en el momento de otorgar testamento (artículo 666 CC)¹⁰⁶. Por otro lado, conviene recordar que, ante la ausencia de regla expresa en el Código Civil, se discuten los efectos jurídicos de la falta de capacidad de testar y en concreto, si procederá la nulidad/anulabilidad del testamento (artículo 422-1 CCCat).

La sucinta exposición precedente nos lleva a preguntarnos si la regulación vigente de la

¹⁰⁶ Cf. también artículo 664 CC, del que deriva el testamento otorgado no queda invalidado por la enajenación mental posterior de su autor. No obstante la jurisprudencia no mantiene un criterio absolutamente uniforme, pues para algunas sentencias la incapacitación sobrevenida constituye un indicio significativo de que la enajenación mental ya existía en el momento de testar. Esto sucederá particularmente en los casos en los que el lapso de tiempo transcurrido entre el otorgamiento del testamento y la declaración de incapacitación no sea muy largo en relación con la evaluación de la enfermedad que motiva la falta de voluntad [STS de 19 de septiembre de 1998, (RJ\1998\6399), donde se alude a la proximidad temporal entre la fecha del otorgamiento del testamento y la de la declaración de incapacitación de la testadora). Por su parte, la ya citada STS de 23 de marzo de 2010 (RJ\2010\2326) señala que el testamento en cuestión "fue otorgado en un periodo en el que regía la presunción de capacidad del art. 664 CC, de modo que la discusión sobre la nulidad o no del testamento no puede centrarse en una incapacitación declarada cuatro años después por medio de la declaración de incapacitación"].

capacidad para testar resulta o no plenamente compatible con la mencionada Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad cuestión que, al no haberse llevado todavía a cabo una adaptación expresa del Derecho interno en este punto¹⁰⁷, no tiene una respuesta pacífica en nuestra doctrina. Aunque no podamos en este lugar detenernos en el tema con la pausa que merece, sí vamos a hacer algunas apreciaciones. La primera, que el punto de partida ineludible se halla en la consideración según la cual esta Convención recoge un cambio de paradigma sobre la discapacidad, superando la perspec-

¹⁰⁷ García Pons, (2013), pp. 121 ss; en la adaptación legislativa en el ámbito del Derecho civil en España es fundamental la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como muestran las SSTs de 29 de abril de 2009 (RJ\2009\2901), 17 de Julio de 2012 (RJ\2012\8362), 11 de octubre de 2012 (RJ\2012\9713), 24 de junio de 2013 (RJ\ 2013\3948), 10 de octubre de 2013 (RJ\2013\7804) y 7 de julio de 2014 (RJ\2014\3540). En el ámbito europeo es de gran interés la STEDH de 18 de septiembre de 2014 (*caso Ivinovic contra Croacia*) (TEDH\2014\57). Por su parte, la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modifica varias leyes que afectan a diversos campos relacionados, entre otros, con la salud, con el fin de hacer efectivo el derecho a la información en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, así como la prestación de su consentimiento en el campo sanitario. Cf. especialmente artículos 5.4, 6.4, 6.5, 11.7, 11.8, 15.1.a) de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

tiva asistencial para adoptar otra basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones que los demás. La segunda que, en consecuencia con ese cambio de paradigma, no resultaría conforme con la citada Convención una sentencia de incapacitación que impida *ex ante* que el afectado haga testamento, pues ello se opondría al contenido del reproducido artículo 12 del texto internacional y a la propia Constitución española¹⁰⁸. La tercera, que por idénticas razones, tampoco se compadece con la Convención una

¹⁰⁸ Creemos que la propia mención de los términos "incapacitación" e "incapacitado" deben ser desterrados de nuestro ordenamiento no solo por la connotación que llevan consigo, sino porque se desvían de los principios de informan la Convención [Torres García (2013), p. 74]; de hecho, nuestro ordenamiento es el único del entorno próximo que sigue manteniendo este sistema de protección y conserva el término incapacitación (cf. el propio Título IX del Libro I "De las Personas", del Código civil); dicho término se suprimió en Derecho alemán por Ley de 12 de diciembre de 1990, en vigor desde 1992; en Derecho francés la supresión se produjo por Ley de 5 de marzo de 2007 (*Réforme de la protection juridique de majeurs*) vigente desde el 1 de enero de 2009; en Derecho italiano por Ley de 9 de marzo de 2004 que introdujo la "*amministrazione di sostegno*", y en el Derecho suizo por ley de 19 de diciembre de 2008, "*Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation*" vigente desde el 1 de enero de 2013).

interpretación de las reglas del Código civil según la cual determinadas discapacidades físicas impiden testar o hacerlo en las formas comunes; en nuestra opinión, las exigencias de la Convención reclaman una interpretación amplia de lo que ha de entenderse por "oralmente" en el testamento abierto y por "expresarse verbalmente" en relación con el cerrado, así como por lo que es "expresión escrita" de la voluntad de su autor en ambos casos. Por ello entendemos que han de admitirse como tales todos los vehículos de expresión que, según los avances de la técnica, permitan la comunicación y exteriorización de la voluntad del discapacitado; esta interpretación es también, por lo demás, la más conforme tanto con el principio de mayor interés de la persona con discapacidad, como con el principio del *favor testamenti*¹⁰⁹. Es cierto que la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de

¹⁰⁹ Perego E., *Favor legis e testamento*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 73; De la Iglesia Monje, I., "Estudios Jurisprudenciales. Principio General del Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *"favor testamenti"*", *RCDI*, 2014, nº 742, pp. 604; Pereña Vicente, M., *Asistencia y Protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp. 115 ss.

las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, constituye un avance en la dirección indicada, pero la solución, para que nuestras reglas internas sean plenamente conformes tanto con la Convención como con la Constitución¹¹⁰, ha de ser la misma sea cual sea el tipo de discapacidad física que afecte al sujeto que testa¹¹¹. No se nos oculta que, a pesar de lo dicho, quedará sin resolver la situación del sujeto que es incapaz de hablar, escribir o expresarse de cualquier forma¹¹²,

¹¹⁰ Artículos 9.2, 10, 14 y 49 CE, Cf. también STC 208/2013, de 16 de diciembre de 2013.

¹¹¹ Es interesante traer aquí a colación una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1999 (*BVerfG NJW*, 1999, 1853) que entendió que era inconstitucional no establecer medidas que hagan posible que las personas que no pueden ni escribir ni hablar otorguen testamento; la sentencia provocó la modificación de los §§ 2232 y 2233 BGB, relativos al testamento público, de suerte que el nuevo texto, en vigor desde agosto de 2002, ya no exige la declaración verbal, el testador que es incapaz de hablar puede manifestar su voluntad al notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador [Rauscher Th., "Recent developments in German Succession Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.2 octubre (2010), <http://www.wjcl.org>, p. 3]. Solución que también podemos hacer extensible para el Código civil español, como se deriva de la ya citada STS de 24 de noviembre de 2004 (RJ\2004\7554).

¹¹² Cumple recordar que según el art. 1.2 de la Convención de las NU sobre los derechos de las personas con discapacidad "*Las personas con discapacidad inclu-*

quien no pudiendo exteriorizar su voluntad, difícilmente puede otorgar testamento¹¹³.

3.3. *Las salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable en el derecho sucesorio comparado y español. En especial la intervención del notario.*

Aunque ya hemos pergeñado algunas de las existentes, la creciente preocupación por los testadores más vulnerables ha hecho que la doctrina abogue especialmente por la necesidad de las figuras tendentes a amparar la verdadera voluntad de estas personas.

yen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

¹¹³ En el Derecho catalán, los artículos 421-8 CCCat. y Disposición Adicional segunda del Libro IV, se remiten a la legislación notarial en relación con los testamentos de *personas con discapacidad* sensorial, remisión que en la situación actual poco o nada significa. El artículo 421-3 CCCat exige que en el testamento abierto el testador exprese su voluntad al notario "de palabra o por escrito", lo que ha de ser entendido en el sentido amplio que citamos en el texto; en relación con el cerrado, de uso mucho menos frecuente, el artículo 421-14 CCCat lo define como el escrito por el testador, en forma autógrafa o por otros medios técnicos, o por otra persona por encargo suyo.

Del conjunto de salvaguardas que el Derecho español contempla para asegurar que el testamento refleje la verdadera voluntad de su autor, nos interesa destacar ahora la derivada de la necesaria intervención del notario en el momento de otorgar testamento¹¹⁴. No cabe duda de que esta intervención, que es imperativa en los tipos de testamento más frecuentes, cumple varios fines garantistas¹¹⁵: entre otros,

¹¹⁴ Según el artículo 685.2 CC, en los testamentos otorgados solo ante testigos previstos en los artículos 700 y 701, estos procurarán asegurarse de la capacidad del testador. En relación con el ológrafo, existen propuestas en algunos sistemas de precluir esta forma testamentaria en el caso de personas de edad avanzada, o en los supuestos en los que la firmeza de la voluntad o la plenitud de la capacidad sean dudosas [Bonilini, (2009), t. III, p. 743].

¹¹⁵ Sobre el papel del notario como garante y cauce de la voluntad testamentaria se extiende la ya citada STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ, 1998\6399) donde, entre otras afirmaciones, se señala que "...en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramiento precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando dichas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajusta a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad".

está destinada a asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria¹¹⁶ y la corrección jurídica del acto¹¹⁷. En el testamento abierto comporta una salvaguarda *ex ante*, puesto que en él el testador manifiesta precisamente su voluntad al notario, quien habrá de conocerla (artículo 679 CC), recibirla, bien sea a través de minuta escrita o bien oralmente, instrumentalizarla (redactar el testamento, conforme al artículo 696 CC) y, finalmente, leerlo en alta voz y recibir la conformidad del testador.

En ambos casos, juicio de capacidad y convencimiento de la integridad de la volun-

¹¹⁶ Como ya se ha señalado, conforme al artículo 685.1 CC, reformado en 1991 y relativo a los testamentos notariales; "deberá el notario asegurarse" (también artículos 696 y 707) [Torres García, T.F. "Comentario al artículo 685", *Comentarios al Código civil*, vol. 1, 2ª ed., Paz Ares C. y otros (Coord) Madrid, Ministerio de Justicia, (1993), p. 1728]; artículo 421-7 CCCat, el cual efectúa una remisión a la legislación notarial estatal según la cual el notario ha de hacer constar que, a su juicio los otorgantes tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate, si bien con referencia general a "actos y contratos" (cf. art. 167 RN).

¹¹⁷ Torres García, (1977), p. 46, en referencia al testamento abierto, la función del notario está dirigida precisamente a garantizar que la declaración testamentaria corresponda inequívocamente a la persona del testadora al mismo tiempo que a asegurar que la intención manifestada por el causante corresponde al esquema jurídico del acto.

tad¹¹⁸, se trata de un juicio subjetivo del propio notario, quien no está obligado, salvo en el caso ya citado de que exista sentencia de incapacitación que no se haya pronunciado sobre la capacidad de testar, a recurrir al asesoramiento de peritos¹¹⁹. Es de subrayar que no se establece en la legislación vigente un protocolo de actuación para que el notario se asegure de la capacidad del testador¹²⁰.

Conviene tener presente que la actuación del notario difiere también según la forma elegida por el causante, de suerte que en el testamento notarial abierto, como hemos dicho, la apreciación de la capacidad legal necesaria para testar tendrá lugar en el momento del otorgamiento (artículo 696 CC); en cambio si la forma elegida es el testamento cerrado la intervención del notario se relega a la segunda fase de su otorgamiento, según señala el art. 707.4 CC¹²¹.

¹¹⁸ Artículos 17 *bis* a) y artículos LN y 167 RN.

¹¹⁹ Cf. artículo 665 CC.

¹²⁰ Sobre la oportunidad de acometer la redacción de tal protocolo, en el caso de los testamentos, Mata Saíz, (2011), p. 74.

¹²¹ Artículos 211-215 RN; añadida la sección de "actas de protocolización", por el artículo 1125 del RD n° 45/2007, de 19 de enero de Modificación del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

El positivo juicio notarial sobre la capacidad del testador conforma¹²², según la jurisprudencia, una nueva presunción *iuris tantum*¹²³ o un refuerzo de la presunción de capacidad que en principio pertenece a toda persona¹²⁴. En la práctica esta presunción es muy difícil de rebatir, tanto por el juego de la propia

¹²² La ya citada STS de 20 de marzo de 2013, (RJ\2013\7291), que el juicio notarial de capacidad puede derivarse de declaraciones fedatarias del notario suficientemente expresivas, como las que se refieren "el consentimiento libremente prestado por la testadora" y que "el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa", expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad lo refieren "de otro modo" al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues... "no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que se pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello".

¹²³ Cf. la varias veces citada STS de 19 de septiembre de 1998, (RJ\1998\6399), donde expresamente se dice que "El juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción "iuris de iure" sino "iuris tantum", que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en momento histórico de llevar a cabo tal acto".

¹²⁴ Torres García, (1993), p. 1728; Rodríguez Guitián, (2006), p. 18. La ya citada STS de 26 de abril de 1995 estima que "la aseveración notarial de que se trate reviste especial relevancia de certidumbre".

presunción, como por la aplicación del principio del *favor testamenti*¹²⁵. En la doctrina existen autores que están a favor de que se cuestione lo menos posible el juicio del notario¹²⁶; no opinan lo mismo otros, como Lacruz Berdejo, quien considera que en muchos casos al notario, que no es un experto en psiquiatría, le puede pasar desapercibida la falta de capacidad¹²⁷. Por otro lado, según alguna opinión, la ausencia de juicio notarial (o en su caso pericial) expreso sobre la capacidad daría lugar a la nulidad del testamento, tesis que sin embargo no comparte la antecitada STS de 20 de marzo de 2013, la cual mantiene que en aplicación del principio *favor testamenti* y en la línea de flexibilización de las solemnidades testamentarias, descarta la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez,

¹²⁵ Cf. la precitada STS de 20 de marzo de 2013 (RJ\2013\7291) y STS de 28 de junio de 2013 (RJ\2013\8081); Perego, (1970), p. 83; de la Iglesia Monje (2014), pp. 604 ss.

¹²⁶ Jou i Miranbet, "Comentari al artículo 421-7", *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba (dirs.), vol. I, Atelier, Barcelona, (2009), p. 178.

¹²⁷ Con esta segunda postura coincide Rodríguez Guitián, (2006), p. 17, para quien hoy por hoy el juicio de capacidad que debe emitir el notario sobre la persona que va a otorgar testamento no constituye, de cara a la población, una verdadera garantía de que efectivamente el testador está en plenitud de facultades mentales.

de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad; en el caso en cuestión el Supremo entiende que el juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento, con expresiones que si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren "de otro modo" que estima suficiente¹²⁸.

Muestra de la importancia que el ordenamiento jurídico da a la figura del notario es, por otro lado, la estricta exigencia sobre su presencia y sobre la constancia de ella que deriva de la jurisprudencia de nuestros tribunales. Así, cabe mencionar, entre las relativamente recientes, la STS de 10 de junio de 2005 en el que, en relación con el testamento en inminente peligro de muerte previsto en el

¹²⁸ RJ\2013\7291 comentada por Hornero Méndez, C, "Un notario descuidado o la flexibilización de la forma en el testamento", *Revista Derecho Patrimonial*, (2014), pp. 453-470, quien se muestra más o menos de acuerdo con la decisión del Tribunal, aunque se sorprende de la cita de sentencias muy antiguas, cuando hay otras mucho más recientes que resultarían pertinentes (como la dictada justo un año antes el 20 de marzo de 2012, ya citada en este trabajo) y denuncia los excesos argumentales que, en efecto, no se ciñen a la materia controvertida.

artículo 700 CC, modalidad del abierto en el que ante el mentado peligro se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos, el alto tribunal reitera su doctrina en el sentido de que para su eficacia habría de proporcionarse "la justificación de que no se ha prescindido del notario de una manera voluntaria"¹²⁹. Rígida postura que, por cierto, no es compartida por buena parte de la doctrina¹³⁰.

¹²⁹ RJ\2005\4365; la sentencia considera también que la intervención tanto en la redacción, como para salvar la ausencia de la firma del testador, de uno de los testigos, que no se limitó a presenciar el acto, sino que ha coadyuvado a su conformación, supone una vulneración grave de la esencia misma de la institución, pues se trata de un acto personalísimo, y evidencia la ausencia intencionada del notario, con infracción de normas de obligado cumplimiento, en virtud a que, para que firme un testigo a ruego del testador, es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruegue a aquél que lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso que consten bajo fe de notarial. Sin embargo, en la ya citada STS de 20 de marzo de 2012 consideró que no pudiendo el testador firmar, y firmando por él uno de los testigos en los términos que establece el art. 695.2 CC (en este caso los dos que estuvieron presentes en el acto de otorgamiento), quedan cumplidos los requisitos formales, aun cuando el notario, por lo que se califica de mero error material hiciera constar que el testador lo firmaba, cuando no fue así [vid. comentario de Hornero Méndez (2013), p. 738].

¹³⁰ Por ejemplo, Rivas Martínez, J. J., "Comentario al artículo 700", en *Código civil comentado*, vol. II, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2011), p. 464.

Prueba también de la máxima relevancia de su intervención, es que en los testamentos en los que se requiera la autorización y/o la firma del notario, su falta producirá la nulidad del testamento¹³¹.

Todo ello es evidencia de que en el sistema español la condición de "funcionario público experto"¹³² (y por tanto, independiente) del notario, trata de garantizar que el testamento en el que interviene esté hecho por persona

¹³¹ Cf. artículo 27 Ley del Notariado; Rivas Martínez, (2011), p. 434.

¹³² STS 4 noviembre 2009, (RJ\2009\5835); cf. artículo 2.1 Reglamento Notarial. Por su parte, Fernández-Tresguerres García, A., / Fernández Golfín A., (2013), p. 16 señalan que como profesionales del Derecho los notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. El reconocimiento de los Notarios que ejercen funciones jurisdiccionales como "tribunales" a los efectos del Reglamento UE nº 650/2012 de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, se expresa en su Considerando número 20.

capaz, con plena e íntegra voluntad y que, al menos en el caso del abierto, sus disposiciones se ajustan a la ley y la manifestación de la voluntad en él contenida se produce de manera libre¹³³. En esta función notarial coinciden los sistemas continentales, característica que no comparten los anglosajones en los que la redacción del testamento se encarga a expertos abogados que ni son independientes, ni tienen entre sus funciones salvaguardar la validez del acto. De hecho, en estos sistemas, donde además la libertad de disponer es más amplia, las impugnaciones de testamentos son mucho más frecuentes, por lo que no es de extrañar que algún autor del ámbito del *common law* aconsejara la importación de la figura

¹³³ Como señala Ossorio Morales, (2001), p. 58, en referencia al testamento abierto, "La intervención del notario dota a este testamento de la fuerza probatoria cualificada propia de los actos auténticos; es una garantía contra posibles coacciones y abusos y, mediante su valioso asesoramiento técnico, hace sumamente difícil que se contengan en él disposiciones ineficaces o contrarias a la ley, tan frecuentes en el testamento ológrafo o en el cerrado. Esta forma de testamento asegura, además, su conservación, ya que después de otorgado queda bajo la custodia del notario, incorporado al protocolo como cualquier otro instrumento público". En relación con esa labor notarial, especial mención debe hacerse tanto del artículo 179 RN en materia de fundaciones de constitución testamentaria como del artículo 226 RN, sobre expedición de copias del testamento, así como del Registro de Actos de Última Voluntad contenido en el Anexo II del mismo cuerpo legal.

para garantizar mejor el respeto a la voluntad de los testadores¹³⁴, posibilidad que ya se ha introducido en los *Amendments* de 2008 al *Uniform Probate Code* estadounidense¹³⁵.

Aunque no sea preciso compartir enteramente las palabras de Ossorio Morales cuando, citando al propio Tribunal Supremo como fuente, afirma que el notario es "el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y familias"¹³⁶, sí es seguro que su intervención actúa como tutela preventiva de eventuales supuestos de invalidez testamentaria; desde luego, ello no impide que el testamento en cuestión pueda ser impugnado ante la autoridad judicial.

3.4. *¿Existe un derecho a testar de modo poco convencional, extraño o irracional?*

La rúbrica que antecede trata de responder a las cuestiones que se suscitan cuando, en el ejercicio de la libertad de disponer a causa de muerte, el testador manifiesta su voluntad en

¹³⁴ Reina, N.M., "Protecting Testamentary Freedom in the United States by Introducing into Law the Concept of the French Notaire", 46, *New York Law School Law Review*, (2002-2003), pp. 798- 820, *passim*; García Rubio, (2014), p. 1519.

¹³⁵ Legeren, (2009), pp. 32-33.

¹³⁶ Ossorio Morales, (2001), p. 65.

un sentido que se aparta de las convenciones, de lo que socialmente se considera adecuado, de lo que estadísticamente se asocia con la normalidad o incluso de lo que éticamente parece correcto. Conviene hacer notar que si se consolida la tendencia a flexibilizar o incluso a suprimir las legítimas u otras cortapisas semejantes legalmente impuestas al testador, tendencia evidenciada en los ordenamientos jurídicos del *civil law* en los últimos años de un modo que algunos consideran imparable, el problema que acabamos de plantear se va a suscitar de manera más cruda, pues a mayor libertad por parte del testador, mayores posibilidades de "creatividad", de que se aleje de lo esperado o lo deseado por sus allegados, o del modelo propuesto por las reglas de la sucesión intestada¹³⁷. Al respecto volvemos a traer a colación las palabras de I. Berlín cuando señala que "cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, honradez, justicia, cultura, felicidad humana o conciencia tranquila"¹³⁸, afirmación que debemos te-

¹³⁷ Prueba de ello es la enorme frecuencia en la que se suscitan controversias relacionadas con "testamentos raros" en el ámbito del *common law*, donde tradicionalmente se ha dicho que existe absoluta libertad de testar; Tate, (2008), 129 ss; Parra Lucán, M^a A., "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *ADFDC*, (2009), pp. 483-554, espec, p. 487.

¹³⁸ Berlín, (1988), p. 195.

ner presente si queremos argumentar con razones y no con convicciones.

Para decidir a día de hoy si el testador puede, en ejercicio de su capacidad para disponer *mortis causa*, establecer disposiciones testamentarias extrañas, injustas, caprichosas o incluso absurdas, pueden considerarse dos tipos de límites: aquellos que están en los principios generales del sistema, incluso con el rango de derechos fundamentales (por ejemplo, igualdad, no discriminación, dignidad humana, etc.) y aquellos que están en las reglas legalmente establecidas. Pues bien, tratando ahora con un cierto pormenor lo que más arriba quedó únicamente apuntado, entendemos que las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria han de buscarse prioritariamente en las reglas, y solo cuando estas no existen o en casos muy excepcionales en los principios, supuesto este último en el que nos encontraríamos en el resbaladizo y ya aludido mundo de la *Drittwirkung* y los conflictos entre derechos fundamentales. En el resto de las situaciones, que con seguridad son mayoría, esas limitaciones han de provenir, además, de las normas estrictamente sucesorias y no, por ejemplo, del artículo 1255 CC¹³⁹, salvo que se trate de pactos

¹³⁹ Es también la opinión de Delgado Echeverría, (2012), p. 531.

sucesorios, en cuyo caso la doble naturaleza contractual y sucesoria puede exigir el recurso a ambos tipos de reglas. Tampoco cabe el recurso al artículo 1902 CC, trayendo para sí las normas de responsabilidad civil en busca de acciones, daños y causalidades cuyo objetivo puede no ser otro que el de vadear las reglas propiamente sucesorias: por ejemplo, que nadie tiene derecho a suceder hasta que el causante fallezca, o que, en ausencia de legítima, no tiene más derecho un familiar directo que un vecino, un amigo, un cuidador o un amante.

Conviene volver a recordar que el testamento constituye un instrumento regulador de intereses que dependen únicamente de la voluntad personal del testador¹⁴⁰ o de la ley; además de las legítimas, en el ámbito del Derecho estatal español, los límites negociales generales a la libertad de testar se encuentran en preceptos como los artículos 763 y 764 CC, 811, 812, 968 y siguientes CC, o para las vinculaciones temporales en los artículos 781 y 785 CC; también en las llamadas condiciones inmorales, prohibidas o imposibles, reguladas en los artículos 790 y siguientes del CC, así como en todos los homólogos de las normas civiles autonómicas correspondientes; en relación a las prohibiciones de dispo-

¹⁴⁰ Palazzo/Sassi, (2012), p. 147.

ner testamentarias, los preceptos de referencia son los artículos 26 y 27 LH.

La existencia de esos límites reglados no ha impedido que, según señala Delgado Echeverría, la Historia del Derecho nos venga mostrando cómo los tribunales han tenido desde antiguo la propensión a juzgar sobre las disposiciones testamentarias con criterios extrajurídicos de decoro, corrección y moralidad, y a negar su apoyo a los testamentos que se desvían de las pautas sociales dominantes¹⁴¹. Veamos con qué resultados y consecuencias desde la perspectiva del Derecho vigente.

Insistimos en la idea de que en materia sucesoria, los criterios de actuación que el legislador considera más adecuados y que equilibran mejor los intereses que concurren en toda relación jurídica entre sujetos privados están en las reglas de Derecho sucesorio las cuales, en no pocas ocasiones, tienen siglos de existencia, aunque no coincidan siempre en unos y otros sistemas sucesorios, como pronto comprobaremos. En nuestro caso estas reglas se recogen en el Código civil español y en las normas autonómicas de las Comunidades Autónomas con competencias

¹⁴¹ Criterios de moralidad social o moralidad crítica, según Delgado Echeverría, (2012), p. 530.

en materia de Derecho civil, todas las cuales poseen, como es bien sabido, un buen elenco de normas sucesorias. A algunas de aquél y de estas nos referiremos inmediatamente. Es cierto que también el Derecho civil en general, y el sucesorio en particular, reconocen algunos principios ordenadores contenidos en las cláusulas generales relativas a la moral, las buenas costumbres o el orden público, que pueden y deben ser de aplicación en casos concretos; lo que deseamos poner ahora de manifiesto es que la aplicación de estos principios más abstractos y generales no debe utilizarse como vía de escape o de elusión de aquellas reglas, por hipótesis, plenamente válidas y eficaces.

Vamos a prescindir ahora de los límites a la libertad de testar derivados de las normas imperativas que tutelan la legítima debida por el testador a sus más cercanos parientes, cuestión que dejaremos para más adelante. Tampoco nos vamos a detener en otro tipo de límites a la libertad de testar derivados de reglas consolidadas que pretenden salvaguardar fines que se consideran de interés público, como la limitación del segundo grado en las sustituciones, introducida como mecanismo para asegurar la libre circulación de los bienes y la libertad de la propiedad o el régimen de las prohibiciones de disponer. Pretendemos centrarnos solamente en el alcance de la liber-

tad de disponer del testador respecto a las motivaciones que le llevan a hacerlo de una u otra forma y respecto a la condiciones que puede o no puede imponer a los favorecidos, sin desconocer, por supuesto, que la "creatividad" de los testadores a la hora de hacer disposiciones que se aparten de la normalidad o susceptibles de chocar con criterios de moralidad social puede ser muy amplia.

Como dice una antigua sentencia británica, el testador es libre y no tiene por qué ser prudente, si sabio, ni bueno¹⁴². Al hacer testamento sus motivos subjetivos pueden ser caprichosos, frívolos, o hasta deplorables; incluso, en el caso del Código civil español, pueden ser motivos ilícitos, aunque hayan sido expresados, como se desprende el artículo 767.2 CC que simplemente los tiene por no puestos, salvo que se trate de una causa falsa y determinante en el sentido del primer párrafo del mismo artículo 767, en cuyo caso estaríamos ante un caso de error esencial en los motivos que daría lugar a la ineficacia de la disposición en virtud del 767.1 CC¹⁴³. Esta es también la respuesta que da el CCCat, cuyo

¹⁴² *Bird v. Luckie* (1850) 8 Hare, pp. 301-307.

¹⁴³ Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, (2006), p. 354, entienden que la inmoralidad de la norma no puede ser más patente y reclaman su urgente supresión.

artículo 423-11 comienza diciendo "*La institución de heredero no es nula por el hecho de fundamentarse en un motivo ilícito...*"¹⁴⁴. Con todo, conviene advertir que la doctrina se muestra en general recelosa con esta interpretación literal del citado artículo 767.2 CC que mantiene la irrelevancia de causa ilícita verdadera, de manera que haciendo una interpretación conjunta de los dos párrafos –que prescinde del "aunque" del párrafo segundo– parece entender que la causa ilícita, verdadera y determinante¹⁴⁵ haría ineficaz la disposición¹⁴⁶, lo que más o menos vendría a coincidir

¹⁴⁴ Lo que algunos autores interpretan como manifestación del *favor testamenti*, en la medida en que, en el texto vigente, el precepto se refiere estrictamente a la institución de heredero, que de no ser válida, daría lugar a la nulidad del testamento. Entiende Llacer Matacás, "Comentari al artículo 423-11", en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, (J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba dir.), vol. I, Atelier, Barcelona, (2009), p. 353, que en el caso de los motivos ilícitos, la institución de heredero se preserva porque la ilicitud constituye una realidad pasada, y la institución no se condiciona a una conducta futura.

¹⁴⁵ Entendiendo por tales los móviles individuales que han animado decisivamente al disponente y han sido en él impulsores y decisores de la intención liberal, de tal modo que sin su concurrencia no se habría producido [Moreno Quesada, "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita", *ADC*, (1967), pp. 537-564; también en 1987, p. 357].

¹⁴⁶ Al respecto, Gómez Calle, E, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson-Civitas, Ma-

con lo establecido en el artículo 424 CDF Aragón, según el cual "*Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*"¹⁴⁷.

Como hemos apuntado, a nuestro juicio, aunque el texto del Código civil español no sea tan claro como el catalán, ambos están en la misma línea, que es la contraria del texto aragonés. Por consiguiente, en los dos primeros el motivo que impulsa al causante a otorgar una determinada disposición en favor de alguien, puede ser ilícito, porque aun siéndolo, no hará nula la disposición y, si ha sido expresado, se considerará como no escrito.

drid, (2007), p. 686. En realidad el artífice de esta interpretación del artículo 767.2 es Moreno Quesada, 1967, pp, 537-564, quien reitera ampliamente su postura ya argumentada en otro trabajo anterior, en 1987, p. 354 ss. Defiende también esta postura, Gordillo Cañas, A., "Comentario al artículo 767" en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, (1993), p. 1892; Espejo Lerdo de Tejada, M., "Comentario al artículo 767", en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid, Lex Nova, (2010), p. 878. Se cita además en apoyo de esta tesis una STS de 15 de febrero de 1928, que en una afirmación *obiter dictum* habla de causas contrarias a derecho que vician la institución; cf. de Castro y Bravo, F. (1971), Reimp. (1991), p. 198.

¹⁴⁷ Cf. en similar sentido el artículo 626 *Codice civile* italiano y el artículo 2186 del CC portugués.

Cabe no obstante plantear varias cuestiones en torno al significado de estos preceptos. En primer lugar qué ha de entenderse en ellos por motivo ilícito. Al respecto, entiende Lacruz Berdejo que estaríamos ante hechos pasados que actúan de móvil de la disposición¹⁴⁸ -por ejemplo, instituyo heredero a mi sobrino A, porque me ayudó en mis actividades ilícitas-, no ante motivos ilícitos para el futuro -instituyo heredero a mi sobrino A, porque se va a dedicar a actividades delictivas-; de aceptarse esta interpretación, se mantendría la duda sobre la validez de una disposición testamentaria destinada a provocar una conducta o situación ilícita por parte del favorecido bajo amenaza de revocación¹⁴⁹.

Entendemos, por nuestra parte, que literalmente, los términos "causa contraria a derecho" o "motivos ilícitos", son capaces de incluir otro tipo de situaciones que no son predicables ni del pasado ni del futuro y que, en la clave que pretendemos tratar aquí, nos llevaría a considerarlos como no puestos. Por ejemplo: instituyo heredero a mi sobrino A,

¹⁴⁸ En Lacruz Berdejo, (1971), p. 445, pues a su entender solo así puede hablarse de causa contraria a derecho, verdadera; para serlo, añade el autor, ha de ser un acontecimiento ya ocurrido, una cualidad ya existente, etc, pues si ha de sobrevenir, actualmente la causa no es verdadera ni falsa.

¹⁴⁹ De Castro y Bravo, 1971 (1991), p. 197.

porque es drogadicto y necesita dinero para adquirir la droga (actividad ilícita); o instituyo heredero a mi sobrino A porque es el único que es bígamo (directamente un delito) y tiene que mantener a dos familias; o más complicado si cabe, porque es el único sobrino ateo y yo también lo soy; este último ejemplo nos lleva de nuevo a la pregunta sobre si es o no es lícito discriminar por motivos religiosos en el ámbito testamentario, y en todo caso, aunque no lo sea, si es o no relevante el carácter discriminatorio para la suerte de la disposición.

Por otro lado hemos de plantearnos igualmente si "contrario a Derecho" o "ilícito" es únicamente lo contrario a una norma jurídica (regla o principio), posición que mantenemos, o incluye también lo contrario a la moral o a las buenas costumbres, postura que sustenta una opinión muy autorizada¹⁵⁰; según esta segunda opción, entraría en el supuesto, por ejemplo, una cláusula por la cual instituyo heredero a A, por haber sido mi fiel amante muchos años, durante los cuales estuve yo

¹⁵⁰ Moreno Quesada, B, "Comentario al artículo 767.2", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, M. Albaladejo, (dir.), (1987), p. 360, argumentando la similitud con el artículo 792 sobre condición contraria a la ley o a las buenas costumbres. También Gordillo Cañas, (2003), p. 1892.

casada con otra persona¹⁵¹. No cabe duda de que esta segunda interpretación, que basa la

¹⁵¹ La problemática sobre las atribuciones *mortis causa* en el marco de relaciones amorosas fuera del matrimonio ha sido un clásico en la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Como nos pone de manifiesto Flume, (1998), p. 449, durante mucho tiempo en la jurisprudencia la atribución a una persona con la que el disponente hubiera mantenido o mantuviera relaciones sexuales sin estar casado, siempre estaba expuesta al reproche de ser contraria a las buenas costumbres y en consecuencia, por virtud del § 138 BGB, nula, sobre todo cuando se trataba de una relación adúltera. Con la sentencia BGHZ, 53, 369 ss., entiende el autor citado que se produce un cambio fundamental, pues en ella se señala, en contra de la jurisprudencia anterior, que se trata solamente de la cuestión de si un negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres, y no de sancionar una conducta inmoral, si bien reconoce que la jurisprudencia continuó aplicando el precepto citado en casos como el descrito. En su opinión, solo podrían ser considerados nulos en por contrarios a las buenas costumbres *ex* § 138 BGB los negocios de atribución cuando tengan el carácter de contraprestación (retribución por la entrega sexual), o las relaciones se ponen bajo una vinculación jurídica, o si los negocios de atribución se realizan con desprecio de los vínculos que según el Derecho y la moral incumben al que dispone respecto de sus allegados (p. 450). En épocas más recientes los tribunales alemanes estiman que el precepto del BGB no les autoriza para juzgar los efectos de las disposiciones testamentarias según sus propias ideas de justicia ni para modificar la intención del testador, de suerte que los estándares de referencia son ahora únicamente los derechos fundamentales [Rothel A., "Law of Succession and testamentary freedom in Germany", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 157]. En

ilicitud en un reproche moral, promueve la litigiosidad, sobre todo si, a la par, se adopta la tesis de que el Código civil español permite la anulación de una disposición testamentaria basada en un motivo ilícito, verdadero y determinante. Con estas premisas, quienes se consideren perjudicados por la cláusula presuntamente inmoral pretenderán anular la disposición por estar basada en un motivo ilícito, por lo que hará falta que un tribunal valore la moralidad de la cláusula, lo cual muchas veces implicará además valorar una conducta; esto hace recaer sobre el juez una labor que está más allá de su función de aplicador de la norma e implica graves riesgos, cuando menos, aunque probablemente no solo, para la seguridad jurídica. Por todo lo dicho, estimamos lo más atinado es entender que lo "contrario a Derecho" en el artículo 767 CC es lo contrario a las normas jurídicas, aunque con la interpretación que defendemos, la disposición testamentaria en cuestión será en todo caso eficaz.

Probablemente porque los móviles últimos quedan muchas veces en el fuero interno del sujeto que actúa, es casi seguro que más

Derecho español, para un caso navarro, en el que se considera indigna para suceder a la instituida por haber mantenido relaciones incestuosas con su padre, testador, STS 20 febrero 1963, (RJ\1963\1126).

habituales que los supuestos de motivaciones ilícitas, inmorales, extrañas o simplemente caprichosas que llevan a alguien a testar de determinada forma, serán los casos en los que los testadores incluyen en sus testamentos disposiciones favoreciendo a alguien, pero con condiciones¹⁵² hasta el punto de que, según algunos autores, son precisamente este tipo de casos la principal manifestación de libertad de disponer en sede testamentaria^{153/}

154 .

¹⁵² Condiciones que, en el sistema del Código civil, donde no rige la regla *semel heres semper heres*, pueden ser tanto suspensivas como resolutorias (artículo 790 CC).

¹⁵³ Decía Royo Martínez, M, *Derecho Sucesorio*, Sevilla, (1951), p. 140 "la disposición mortis causa es una liberalidad, y en la liberalidad es donde el Derecho permite matizar de manera mas sutil, porque a quien brinda algo a otro, sin pedirle nada a cambio, parece justo ofrecerle la posibilidad de que gradúe y atempere a su gusto los supuestos de eficacia y de ineficacia de su voluntad...". Según Lacruz Berdejo, (1971), p. 479 probablemente el negocio jurídico a causa de muerte constituye el principal campo de aplicación de las llamadas modalidades accesorias. Estima que la cláusula condicional es el principal instrumento técnico-jurídico a través del cual los motivos personales del disponente pueden devenir parte del contenido de la disposición negocial, Bonilini, II, (2009), p. 1088; para este autor el añadir una cláusula condicional a una disposición testamentaria de carácter patrimonial constituye la principal manifestación del derecho-poder de autonomía privada en materia testamentaria (*ibid.*, p. 1111).

¹⁵⁴ Es oportuno recordar al respecto que, aunque el causante lo quisiera, en el sistema del Código civil

En concreto, vamos a aludir a los supuestos en los que la institución de heredero o el legado se efectúa con la condición de que el favorecido haga o no haga algo que puede ser considerado ilícito, inmoral, extraño, caprichoso o extravagante¹⁵⁵. Ejercita con ello el testador su libertad de testar y, al hacerlo, puede eventualmente contradecir un principio constitucional del que derive un derecho fundamental de otro sujeto; por ejemplo, si establece algo así como: instituyo heredero a mi sobrino B si se divorcia de su pareja gitana y no vuelve a convivir con ninguna mujer de etnia gitana, disposición evidentemente discriminatoria; o, instituyo heredero a mi sobrino A si se casa por la Iglesia y bautiza a sus hijos en la fe católica, lo que también puede interpretarse como discriminatorio y desde luego parece poco conforme con la libertad religiosa del sujeto favorecido. Estaríamos de nuevo en el poco confortable campo de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales y de la necesidad de acudir a las técnicas de la ponderación y la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. En otros casos

español esas condiciones no pueden recaer sobre la legítima (artículo 813.2 CC).

¹⁵⁵ Recientemente la RDGRN de 30 de abril de 2014, ha declarado que la heredera no puede decidir por sí y ante sí, sin intervención alguna del resto de los interesados, si se han cumplido o no las condiciones establecidas en el testamento.

la situación puede plantear verdaderos problemas éticos al intérprete como, pongamos por caso, en el supuesto de nombramiento de sucesor con la condición de que ayude a morir al testador (o a un tercero)¹⁵⁶.

Ocorre, no obstante, que en esta materia todos los sistemas poseen algunas reglas de naturaleza estrictamente sucesoria que son, en puridad, las destinadas a resolver esos conflictos entre sujetos privados, y que desde luego lo son *tout court* si los derechos que entran en colisión no tienen el rango de fundamentales, aunque como se ha puesto de manifiesto también pueden ser aplicables en casos en los que se hallan implicados aquellos. Nos referimos a los preceptos codificados sobre condiciones imposibles, contrarias a la ley o a la moral que, como seguramente es bien sabido, tienen origen y desarrollo en el Derecho Romano, donde para mayor complicación, nunca existió consenso sobre su alcance¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Con cita de una decisión de un tribunal de Turín que considera válida una disposición condicionada a la asistencia al suicidio del testador, Palazzo/ Sassi, (2012), p. 295.

¹⁵⁷ Aunque parecen existir fuentes que avalan la validez de la disposición testamentaria sometida a condición imposible o inmoral (Gai. III, 98), basándose en la idea del *favor testamenti*, lo cierto es que la oposición entre Proculeyanos y Sabinianos también se manifestó en

En el Código civil español el precepto que ha de actuar como referente es el 792, según el cual "*Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa*", precepto donde se recoge la llamada regla sabiniana¹⁵⁸ y que ha causado a una parte de la doctrina cierta perplejidad por mantener para las disposiciones testamentarias la posición contraria a la que para el caso de las relaciones obligatorias *inter vivos* sostiene el artículo 1116 CC¹⁵⁹, duplicidad que ha recibido explicaciones diversas¹⁶⁰. Aunque no sea este el lugar más

este punto, siendo la tesis de estos últimos, favorables a la preservación de la disposición testamentaria, la que prevalece en el Derecho moderno [Ossorio Morales, (2001), p. 177, quien reproduce argumentos de reputados autores; Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, (1996), p. 720 y nota 29.

¹⁵⁸ Recientemente explicada por Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El condicionamiento de las disposiciones mortis causa", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L. (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, (2014), pp. 1173-1186.

¹⁵⁹ Conforme al párrafo primero de este artículo "Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa".

¹⁶⁰ Para Lacruz Berdejo, (1971), p. 482, no parece bastante justificada la diferencia de régimen, que por

oportuno para profundizar en el tema, conviene hacer notar por un lado, que dejando al margen los precedentes romanos apenas insinuados, la diferencia de trato se produce ya en el *Code* civil francés donde se oponen dos textos: por un lado, el artículo 1172 para los actos onerosos, el cual sanciona la nulidad de la convención sometida a condición imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por la ley; por otro, el artículo 900 que, en materia de actos a título gratuito tanto *inter vivos* como *mortis causa*, tiene esas mismas condiciones como no escritas y, en consecuencia, mantiene la validez y eficacia de la disposición¹⁶¹. Similar es el contraste entre los

ejemplo la STS de 17 de noviembre de 1950, RJ\1950\1547, trata de justificar al señalar que "responden a la distinta regulación que merecen los efectos de voluntades emitidas con distintos fines y en distintas circunstancias, como son la del contratante y la del testador.

¹⁶¹ Para Terré, F/Simler, Ph/Lequette, Y, *Droit civil, Les obligations*, París, Dalloz, (2013), p. 1269, la explicación del texto del citado artículo 900 es de orden histórico y político: los redactores del *Code* civil trataron de evitar que por la vía de las condiciones incluidas en las liberalidades, los disponentes revivieran las instituciones antiguas, abolidas en 1789. El mantenimiento contrario a la voluntad de los disponentes, de las liberalidades exentas de tales condiciones tenía el doble objetivo de convertir en vanas tales tentativas y de reprimir, si se manifestaban, el desconocimiento del orden nuevo. Pensamos que esta tesis queda confirmada por las palabras de Barrère, pronunciadas en la sesión de la Asamblea Constituyente francesa de 5 de septiembre de 1791 (Citado por

artículos 634 y 1334 del *Codice civile* italiano, respectivamente referidos a los negocios *mortis causa* e *inter vivos*, diferencia de trato que parte de la literatura jurídica de este país justifica con base en el principio del *favor testamenti*¹⁶², mientras que para otros la radical inescindibilidad de la voluntad condicionada, implica que el primero de los preceptos señalados no se refiere a la condición, sino al modo o incluso que ambos preceptos no se contradicen¹⁶³. En cualquier caso, al resaltar

Baudry-Lacantinerie/Colí M., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Donations entre vifs et des Testaments*, 3ª ed., t I, 1905, pp. 28-29), quien afirmaba "Vigilad que del seno de esta misma revolución la ley no acabe prestando su apoyo a las opiniones contrarias a la igualdad o a la libertad que vosotros mismos habéis proclamado: vigilad que el padre fanático, el testador intolerante, el donante enemigo de la Constitución no deshereden a los hijos, quienes por naturaleza y gratitud estarían llamados a sucederles. Vigilad que los testadores y los donantes no establezcan condiciones imperativas o prohibitivas sobre los derechos y las donaciones que la ley debe hacer libres, debe emancipar respecto de antiguos prejuicios y alejar del imperio de las pasiones".

¹⁶² Cf. la doctrina recogida por Bonilini, II, (2009), p. 1117.

¹⁶³ Cf. Bonilini, II, (2009), pp. 1125 ss., donde se recogen también otras explicaciones; la que el propio autor sustenta, un tanto alambicada, es que la disposición testamentaria sometida a condición ilícita es nula por aplicación de la regla general del artículo 1334 del *Codice civile*, pero si se demuestra que esa disposición no fue determinada exclusivamente por un motivo ilícito, o bien que el testador no era conocedor de la ilicitud, se aplicará la regla del artículo 634 primera parte según la cual la

el opuesto tratamiento que reciben las cláusulas condicionales imposibles o ilícitas en testamentos y contratos¹⁶⁴ de nuevo conviene aquí traer a colación al distinto fundamento de la libertad contractual y la libertad de disponer *mortis causa* ya apuntado con anterioridad¹⁶⁵.

Se ha de añadir, por otra parte, que la radical oposición entre los artículos que regulan respectivamente las obligaciones condicionales y las disposiciones testamentarias sometidas a condición en el seno del Código civil español no es tal, no solo porque la literatura jurídica más reciente matiza el alcance absoluto del artículo 1116 CC¹⁶⁶, sino

disposición testamentaria condicionada ilícitamente queda convertida en una disposición testamentaria válida (*ibid.*, p. 1134).

¹⁶⁴ García Goyena, F., (1852), p. 144, después de explicar, como ya se ha señalado, que la verdadera causa de la divergencia es el favor de las últimas voluntades, y el que en ellas interviene una sola persona, advierte también que no se acoge en el español el artículo del Código francés que iguala bajo este aspecto las donaciones con las últimas voluntades.

¹⁶⁵ Distinto tratamiento que, aunque en forma más matizada, se produce también si se compara el citado artículo 1116 CC y el artículo 423.17 del CCCat, según el cual "*Las condiciones ilícitas se tienen por no formuladas, pero, si resulta claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es motivo determinante de la institución de heredero, esta es nula*".

¹⁶⁶ Infante Ruíz, F., "Comentario al artículo 1116",

porque de manera un tanto incoherente, el propio Código introduce algunas reglas *ad hoc*, estableciendo la nulidad de las disposiciones sometidas a ciertas condiciones y manteniendo su validez en otras¹⁶⁷. Así, por ejemplo, sucede con la conocida como condición captatoria del artículo 794 CC, donde se dice de modo tajante "*Será nula la disposición hecha bajo la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona*", precepto que para la doctrina mas conspicua es consecuencia de un arrastre histórico y que actualmente carece de razón de ser¹⁶⁸. Lo cierto es que una regla semejante se recoge también en otros Códigos vecinos, como el italiano (artículo 635) o el portugués (artículo

en en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid, Lex Nova, (2010), p. 1239. Autores más clásicos acercan también ambos preceptos, aparentemente contradictorios; así, por ejemplo, Albaladejo, M., "Comentario a los artículos 791 y 792", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, M. Albaladejo, (dir.), Madrid, Edersa, (1984), p. 410. en cuando dice no choca con el espíritu mejor o peor expresado del artículo 792, *in fine*, que el testador establezca que retira la disposición sometida a la condición de que se estime inadmisibile.

¹⁶⁷ Pero nunca hace prevalecer la condición si se califica de ilícita.

¹⁶⁸ Lacruz Berdejo, (1971), p. 482, quien además estima que no hay razón alguna para castigar precisamente estas condiciones y no otras que arguyen mayor inmoralidad.

2.231), así como en el CCCat (artículo 423-19)¹⁶⁹. En general se explica su contenido por la presión indebida que pueda tener una condición de este tipo sobre la voluntad del testador¹⁷⁰, lo que la emparentaría con la protección de la libertad de testar en sentido positivo. No obstante, también cabe encontrar cierta explicación a esta regla especial porque, de alguna manera, la reciprocidad que conlleva la aproximaría a los pactos sucesorios, igualmente prohibidos con carácter general en el Código civil (artículo 1271.2 CC)¹⁷¹. De cualquier modo, nos parece que la sanción de nulidad *tout court* de la disposición aquí contenida no es acertada, no solo porque si el causante teóricamente captado sobrevive al captador habrá recibido la contraprestación y el otro no habrá recibido nada, mientras que si le premuere el captador no va a impugnar la disposición que le beneficia y es más que

¹⁶⁹ Bosch Capdevilla, (2014), p. 665, quien además considera a este precepto como el exponente más importante de la vigencia del principio de libertad de testar en el CCCat.

¹⁷⁰ Albadejo, M. "Comentario al artículo 794", (1984), p. 451. En la doctrina italiana, Bonilini, II, 2009, p. 1124, quien además estima que, en este ordenamiento, el artículo 635 Cod. Civ. vendría a confirmar que las disposiciones testamentarias sometidas a condiciones ilícitas son siempre nulas, por ser inescindible la condición y la disposición.

¹⁷¹ De "especie de pacto sucesorio" la califican Díez-Picazo /Gullón, (2006), p. 355.

dudoso que un tercero pueda hacerlo y demostrar la captación, sino también porque fines muy próximos a los presuntamente aquí prohibidos pueden ser lícitamente alcanzados por el testador, por ejemplo, a través de una institución modal, por lo cual no se entiende por qué aquello y no esta es declarado nulo¹⁷². Resulta, en consecuencia, mas atinada en este punto la respuesta dada por el Derecho aragonés cuando en el artículo 476 CDFA, después de declarar la regla general según la cual son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres, se refiere precisamente a dos de ellas declarando expresamente válida "*la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona*", priorizando con ello la verdadera voluntad del testador.

La contraposición entre el Derecho aragonés y el del Código civil vuelve a manifestarse en los preceptos que establecen el régimen de la condición de contraer o no contraer matrimonio¹⁷³, la cual, dicho sea de paso y sea o no caprichosa, también puede significar, al me-

¹⁷² Argumentos de Espejo Lerdo de Tejada, M., "Comentario al artículo 794", en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid, Lex Nova, (2010), p. 910.

¹⁷³ Puesto ya de manifiesto por Delgado Echeverría, (2012), p. 532.

nos a primera vista, la tentativa de restricción por un sujeto privado de un derecho-libertad de rango constitucional del que es titular otro sujeto privado, cual es el contenido en el artículo 32 de la ley fundamental¹⁷⁴. Sin embargo, para decidir sobre la validez de una cláusula testamentaria que condicione la atribución testamentaria al favorecido al hecho de que este contraiga o no matrimonio, sea con cualquiera, sea con una persona determinada, no hemos de plantearnos ni problemas de eficacia *inter privatos* de derechos fundamentales, ni acudir a criterios de ponderación, puesto que existen reglas *ad hoc* que, al menos a día de hoy, no han sido consideradas inconstitucionales por quien tiene la capacidad de hacerlo, aunque nada nos impide, desde luego, hacer ese juicio por nuestra cuenta. Lo curioso es que, como hemos dicho, ante idénticas situaciones las soluciones de la regla del Código civil español y la del Código aragonés son parcialmente antagónicas.

Así, por un lado el ya citado artículo 476 CDFA, en su segunda parte, incorpora una regulación general sobre las condiciones relacionadas con el matrimonio del favorecido en materia testamentaria y considera expresa-

¹⁷⁴ Puede consultarse la referencia a la jurisprudencia preconstitucional sobre este tipo de condiciones en Albaladejo, (1984), pp. 421-424.

mente válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, por lo que al menos en línea de principio, disposiciones del tipo "te nombro mi heredero si no te casas" o "si te casas" o "te nombro mi heredero si no te casas con X", son en Derecho aragonés perfectamente válidas en sus propios términos, aunque a esta segunda se añada algo así como "porque es negro", salvo que esta circunstancia, como hemos visto, haya sido el motivo determinante de la disposición¹⁷⁵ y haya de ser tachada de ilícita por inconstitucional. Prevalece pues la libertad de disponer del testador sobre la libertad de contraer o no contraer matrimonio del posible favorecido, aunque la restricción a esta lo sea por motivos caprichosos.

Veamos qué sucederá con esa misma disposición si la ley sucesoria es el Código civil español. El precepto de aplicación será el artículo 793 CC, que contiene una regla general: *"La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta"* y una excepción *"a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste"*, en cuyo caso habrá de interpretarse *a contrario* que será válida. Por tanto, una

¹⁷⁵ Cf. el ya mencionado artículo 471 CDFA

disposición del tipo "te nombro mi heredero si no te casas con X", por su carácter relativo, no está regulada en este precepto, con lo que de ser tenida por contraria a la ley¹⁷⁶ (en este caso a la Constitución, ex. artículo 32, e incluso ex. artículo 14 si la fórmula es si no te casas con un negro, por ejemplo), se cobijaría en el ya comentado artículo 792 CC; en consecuencia, se tendrá por no puesta y la disposición testamentaria será válida despojada de la condición. La misma suerte seguirá la disposición absoluta "te nombro mi heredero si no te casas"; al contrario de lo que sucede en Derecho aragonés, parece considerarse una condición ilícita o inmoral, por lo que prevalecerá la libertad de contraer matrimonio sobre la de disponer y la condición se tendrá por no puesta¹⁷⁷. Sin embargo –y en eso coinciden ambos textos– si el disponente es el cónyuge, o los ascendientes o descendientes del cónyuge fallecido, la regla del Código civil es la contraria y prevalece la libertad dispositiva sobre la libertad matrimonial del viudo¹⁷⁸. Toda esta complejidad, con sus razo-

¹⁷⁶ En el sistema preconstitucional no la consideraban ni inmoral ni ilegal, y por tanto válida Ossorio Morales, (2001), p. 180 y Lacruz Berdejo, (1971), p. 484.

¹⁷⁷ En este caso de contraria a la moral, por oponerse a la espontaneidad y voluntariedad del matrimonio, la calificaba Ossorio Morales, (2001), p. 178; en similar sentido, Lacruz Berdejo, (1971), p. 484.

¹⁷⁸ Similar a la del español era la respuesta dada por

nes subyacentes, hacen muy discutible la oportunidad y conveniencia de este tipo de preceptos los cuales, como ya hemos dicho, que nosotras sepamos no han sido cuestionados ante el Tribunal Constitucional.

No se refiere el Código civil español de modo expreso a la condición de contraer matrimonio o de contraerlo con determinada persona o tipo de persona; según Ossorio Morales¹⁷⁹ la tradición romana ha llevado a que ni la absoluta ni la relativa se consideren ilegales o inmorales, y por tanto, sean tratadas como condiciones válidas, si bien el mismo autor pone de relieve el distinto significado del principio de libertad de casarse en los sistemas modernos en comparación con el imperante en el Derecho romano del que trae causa la explicación, lo que a su juicio obliga a la cautela a la hora de calificar su validez¹⁸⁰.

el *Codice civile* de 1865; sin embargo el vigente artículo 636 considera ilícita la condición de contraer primeras o ulteriores nupcias.

¹⁷⁹ Ossorio Morales, (2001), pp. 179-180; Díez-Picazo/Gullón, (2006), p. 355, estiman que deben considerarse eficaces las condiciones de contraer matrimonio o contraerlo con persona determinada, salvo que en este último caso vaya contra las buenas costumbres, aunque luego el ejemplo que ponen no parezca ya muy adaptado al tiempo presente, pues dicen que sería inmoral la condición de contraer matrimonio con mujer de vida deshonestas.

¹⁸⁰ Para el Derecho alemán, Flume, W., *El negocio*

Aunque se trate de un supuesto de sucesión anómala, y por lo tanto sus parámetros no sean trasladables al sistema sucesorio general, cabe señalar en este punto que la STC 27/1982, de 24 de mayo, admitió la posibilidad de que para suceder en un título nobiliario jugará la condición de casar con persona de la nobleza, tesis que había ya mantenido la STS 28 de noviembre de 1981¹⁸¹, y que coincide con la del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Hohenzollern*, donde no se juzgó inconstitucional *tout court* la cláusula por la cual la sucesión del heredero de la casa quedaba sometido a la condición de casarse con persona noble¹⁸².

jurídico, traducción española de J.M. Miquel y E. Gómez Calle, Madrid Fundación Cultural del Notariado, (1998), p. 442, señala que se debería ser muy prudente, por principio, al reconocer negocios jurídicos que colocan bajo la coacción de ventajas o desventajas, decisiones que deben ser libres; sin embargo, esto no deja de ser relativamente frecuente en Derecho privado (donaciones condicionales, donaciones por razón de matrimonio, mejoras, etc).

¹⁸¹ En general, favorable a la admisibilidad de este tipo de condiciones, salvo que se pruebe su inmoralidad, Espejo Lerdo de Tejada, (2010), p. 909.

¹⁸² *BVerfG*, NJW, 2004, pp. 2008 ss., Rauscher, (2010), p. 7, destacando que tal cláusula no constituía una restricción fundamental de la libertad de contraer matrimonio y que, cuando menos, el testador tenía buenas razones para incluir una cláusula de ese tipo que además no constituía un ataque inmediato hacia la específica libertad matrimonial del heredero. Además, el *BVerfG*

Tampoco existe en los textos legales mención expresa a la condición de divorciarse para verse favorecido por el testador¹⁸³. Flume cita un caso ya clásico del Derecho alemán en el que un agricultor instituyó herederos a sus hijos bajo la condición de que se divorciarán de sus mujeres, parece que por no considerarlas dignas de ser continuadoras de la explotación familiar porque durante el cautiverio de sus hijos no les habían guardado la debida fidelidad conyugal. Contradiciendo su jurisprudencia anterior, el BGH reconoció la eficacia de la institución de heredero condicional con base en los atendibles motivos impulsivos del causante. Sin embargo el autor citado no comparte la decisión por estimar que no importa que no quepa hacer ningún reproche al causante por su disposición, pues lo decisivo es más bien que la condición, con total independencia de la cuestión de cómo ha de

apreció que ambas libertades constitucionalmente protegidas, la de testar (artículo 14 GG) y la de contraer matrimonio (artículo 6.1 GG) deben ser objeto de ponderación también en los casos estrictamente civiles, estimando que siglos después del abandono de la monarquía en Alemania, la estabilidad de la una dinastía no era una razón suficiente para considerar que constituía una presión intolerable sobre la libertad de contraer matrimonio del heredero. También Kroppenber, (2008), pp. 29 ss; Röthel, (2011), p. 158.

¹⁸³ Aunque existen precedentes romanos que la consideraban como no puesta (C, 6,25,5), según recoge Zimmermann, (1990), p. 720.

juzgarse moralmente la conducta del causante, es contraria a las buenas costumbres, porque si se admite la validez de la condición, los herederos quedan bajo la coacción del hecho de divorciarse, porque de otro modo no pueden ser herederos¹⁸⁴. Ante esta argumentación y tomando en consideración la naturaleza de liberalidad de la disposición, siempre cabe argumentar que si los instituidos no están dispuestos a cumplir la condición basta con que no sean herederos, pues en el sistema alemán aunque estén llamados (condicionalmente) siempre pueden renunciar o, en el caso español, basta con que no acepten el llamamiento. No obstante, la idea según la cual ha de considerarse ilícita cualquier condición por la cual el testador coarte la libertad del instituido¹⁸⁵ está bastante extendida entre la doctrina comparada contemporánea¹⁸⁶, particular-

¹⁸⁴ Flume, (1998), p. 442.

¹⁸⁵ Cuestión que también plantea como especialmente relevante en el ámbito comparado, entre las suscitadas por la relación entre la libertad de testar y los derechos fundamentales, Waal, (2007), p. 17.

¹⁸⁶ Lo cual incluiría la ilicitud de las llamadas disposiciones sancionatorias; Lupo, M., "Le disposizioni sanzionate", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Bonilini G. (dir.), vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, (2009), p. 925, define como disposiciones sancionatorias aquellas en las que la ventaja patrimonial dispuesta por el testador actúa como pena o, más exactamente, como sanción para el heredero o legatario que no observe la obligación impuesta por el

mente en un sector notable de la italiana¹⁸⁷, sin obviar que también la sustentan con menos ahínco prestigiosos autores españoles¹⁸⁸. Aun-

testador; se trata de un concepto que buena parte de la doctrina considera escasamente útil por heterogéneo y que apela a las disposiciones *poenae nomine* del Derecho Romano, prohibidas durante la época clásica, pero admitidas en el periodo justiniano. En un sentido más estricto, esta autora considera disposiciones sancionatorias aquellas por las cuales el testador desea sancionar el incumplimiento de una obligación testamentaria que tiene su origen en un legado o en un modo (*ibid*, p. 933).

¹⁸⁷ Bonilini, II, (2009), p. 1142, quien dice que deben considerarse ilícitas todas las condiciones por las que el testador, aunque sea mínimamente o de manera indirecta intente coartar la libertad del instituido, regla que además, según su criterio, no debe sufrir ninguna excepción, por cuanto la mínima coartación de la voluntad del instituido y, por tanto, de su libertad, debe repugnar; no obstante creemos que el autor citado incurre en este caso en una contradicción, pues recordemos que como regla general y a pesar del texto del artículo 634 *Codice civile*, en su opinión la disposición sometida a condición ilícita es, por regla general nula, mientras que cuando estudia este tipo de condiciones (ilícitas) porque coartan la libertad individual del favorecido (de casarse, de tener hijos, de ejercer una u otra profesión, etc.) alude al texto literal del mencionado precepto, diciendo que representa un instrumento útil frente al disponente, por la falta de reconocimiento de la determinación negocial accesorio.

¹⁸⁸ Ya con anterioridad a la publicación de la Constitución, Lacruz Berdejo, (1971), p. 483, entendía que se consideran condiciones ilícitas no solo las que imponen actos o abstenciones reprobados por la ley o la moral, sino también si suponen una coacción injustificada de la libertad del favorecido en materia en la que se interfieran los derechos y atributos de la personalidad, de suerte que

que la cuestión merece un análisis mucho más pormenorizado del que ahora estamos en condiciones de hacer, nos permitimos discrepar de esta opinión puesto que, llevada a su extremo, la tesis de la ilicitud *tout court* de cualquier condición impuesta por el testador que limite la libertad individual del favorecido dejaría a nuestro juicio sin ningún contenido la posibilidad de condicionar las disposiciones testamentarias¹⁸⁹ y, en consecuencia, supondría una merma intolerable de la libertad de testar¹⁹⁰.

para apreciar cuándo existe coacción será preciso ver en cada caso las circunstancias de hecho en que la condición deba verificarse; cita como ejemplo de ilicitud en ese sentido la de ordenarse sacerdote o profesar una orden religiosa.

¹⁸⁹ En tal sentido estamos mucho más de acuerdo con Bosch Capdevilla, (2014), pp. 670-671, cuando en relación al Derecho catalán, pero con argumentos que son extrapolables a otros sistemas, dice que la regla general tiene que ser la de la validez de estas condiciones.

¹⁹⁰ De hecho Bonilini considera, entre otras ilícitas, las siguientes condiciones establecidas en testamento: la de emprender o no emprender una determinada carrera, la de seguir o abandonar determinados estudios, la de pertenecer o no a un determinado partido político o asociación, la de seguir o no un determinado credo religioso, la de tomar órdenes religiosas, la de estipular o no determinado contrato o hacerlo con determinada persona, la de residir en determinado domicilio, la de convivir o no con una persona, la de divorciarse o separarse o no hacerlo, la de contraer o no contraer matrimonio e incluso la *si sine liberis decesserit*, esta última por considerar contrario la moral social constre-

Volvemos al supuesto genérico de lo que sucederá cuando alguna de las condiciones impuestas por el testador sea *prima facie* genuinamente discriminatoria o contraria a otro principio constitucional generador de derechos fundamentales, como la libertad religiosa o la libertad ideológica del posible beneficiario; la pregunta que surge entonces es si debe prevalecer la libertad de testar del autor de la disposición, o, el otro principio contradictorio. Entendemos que existiendo una regla, cual es la dimanante del artículo 792 CC, esta ha de ser la aplicable, de modo que si la condición en cuestión es contraria a las leyes o a las buenas costumbres habrá de tenerse por no puesta pero la disposición será válida¹⁹¹. Sin embargo no es tan sencillo

ñir, aunque sea indirectamente la libertad de procrear [Bonilini, II, (2009), pp. 1150 ss; del mismo autor *Delle disposizioni condizionali a termine e modali*, artt. 633-648, *Il Codice Civile Commentario*, (P. Schlesinger/dir. F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 128 ss.)]. Aunque muchos de los ejemplos mencionados lo hayan sido también por autores decimonónicos franceses e italianos [cf. al respecto, Díez Picazo y Ponce de León, (2014), pp. 1184 ss], las exageraciones a las que lleva esta tesis son, a nuestro parecer, innegables.

¹⁹¹ Cámara Lapuente, (2013), p. 163, entiende que la libertad de conceder beneficios sucesorios (salvada la legítima) no puede verse limitada por el principio de igualdad, salvo que merezca reproche conforme al canon general de las buenas costumbres que se apela el artículo 792 CC, para todo tipo de condiciones, en cuyo caso se tendrán por no puestas.

decidir cuándo se produce y cuándo no esa contradicción. Es cierto que entre las leyes reclamadas por el precepto está también la Constitución que consagra el principio de igualdad, no discriminación y las libertades fundamentales, entre ellas la libertad de decidir si se acepta o no un beneficio sucesorio sin estar sometido a presiones o coacciones. Pero no lo es menos que la libertad de testar que incluye, como se ha dicho, la de condicionar las disposiciones de última voluntad, está también constitucionalmente protegida por varias vías, lo que dificulta enormemente la fijación del contenido de las cláusulas generales relativa a las leyes y a las buenas costumbres¹⁹². El juicio que habrá de realizarse en

¹⁹² Un ejemplo lo podemos ver en el caso inglés *Blathwayt v. Lord Cawley*, 1975, 3 ALL ER 625 (citado por Toit, (2000), pp. 363 ss.) en el que el testador había incluido una cláusula por la que los posibles beneficiarios de un *trust* dejarían de serlo, entre otras cosas, si eran o se convertían al catolicismo. Lord Wilberforce, reconocimiento la conveniencia de revisar la validez de este tipo de disposiciones en el Derecho inglés, no considera que esta en concreto sea contraria a los principios de orden público al estimar que entra dentro de la capacidad del testador de seleccionar a sus sucesores, por lo que mantiene la validez de la disposición, postura que también sustentan sus colegas de tribunal. El propio Toit, (2000), pp. 366 ss, incluye otros casos británicos relevantes, particularmente algunos en los que el testador o testadora pretende constituir "*charitable trusts*" en beneficio o perjuicio de ciertas razas o religiones; más adelante recoge casos australianos, holandeses o alemanes que

cada caso concreto será el que nos dé la respuesta que no cabe generalizar con discursos apriorísticos de pretendida validez absoluta.

Relacionado con lo anterior, otra condición especialmente compleja desde el punto de vista normativo es aquella en la que la atribución a favor del instituido se condiciona (y no se trata simplemente de un ruego), con el fin de que se respete la íntegra última voluntad de su autor, a que no se impugne el testamento, o a que no se promueva contienda judicial sobre la sucesión o sobre algún aspecto de ella. En este tipo de casos diríamos que si con la prevención de la impugnación se pretende eludir una norma imperativa (cf. artículo 675.2 CC)¹⁹³, por ejemplo, tratando de que suceda una persona que la ley declara incapaz para suceder, u omitiendo bienes hereditarios en la sucesión, o incluyendo los que son ajenos a la misma, o configurando la prohibición como una verdadera causa de desheredación atípica de los legitimarios, o para que estos reciban menos de lo que por legítima les corresponde, la condición ha de considerarse ilícita y por tanto se tendrá por no puesta en los términos del artículo 792

abordan la misma problemática de posible colisión entre libertad de testar y condicionamientos que pueden influir en derechos fundamentales de los posibles beneficiarios.

¹⁹³ Albaladejo, (1984), p. 417-418.

CC¹⁹⁴. En cambio, cuando lo dispuesto por el testador entra dentro de su lícito poder dispositivo o distributivo y, por lo tanto, con la impugnación prohibida por el causante lo que se pretende es eludir el cumplimiento de la voluntad del testador, el parecer mayoritario de nuestra doctrina y jurisprudencia resulta favorable al reconocimiento de ese tipo de cláusulas; así lo demuestra la admisibilidad de las cautelas de opción compensatoria de la legítima¹⁹⁵ y, más en concreto, de la conocida

¹⁹⁴ Lacruz Berdejo, (1981), p. 272 cita las SSTs de 12 de diciembre de 1959, (RJ 1959\4499) y de 3 de marzo de 1980, (RJ\1980\1016), como sendos supuestos de condiciones que impiden el acceso a la revisión judicial al pretender que se respetasen disposiciones de las testadoras que afectaban a bienes de los prefallecidos cónyuges; ambas son también recogidas por Díez-Picazo y Ponce de León, L, (2014), pp. 1173-1186, quien no obstante duda de que en estos casos se pueda hablar de condiciones imposibles, y menos todavía ilícitas o contrarias a los *bonus mores* (p. 1186). También se considera ilícita la cláusula que impide la impugnación en la STS de 20 de mayo 1959, (RJ\1958\2008).

¹⁹⁵ En denominación de Vallet de Goytisolo, J.B., "Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de legítima", *ADC*, (1963), pp. 281-344; "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 3ª, vol. 1ª, Madrid, (1964), pp. 405 ss. Vid. Entre las últimas sentencias que reconocen su validez, SSTs 27 mayo 2010 (RJ\2010\5158), 21 noviembre 2011 (RJ\2012\1635) donde expresamente se dice "no cabe una prohibición que la afecte y si se trata de prohibir la intervención judicial, nunca podrá impedir que la persona

como cautela socini¹⁹⁶, y ello incluso en el caso de que el resultado lícito sea desfavorable para el llamado, por ejemplo, porque vea reducida su cuota a la estrictamente legítima¹⁹⁷.

legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta"; 6 de mayo de 2013 (RJ\2013\8072) y, sobre todo, STS de 17 de enero de 2014 (RJ\2014\3116).

¹⁹⁶ En la precitada STS de 17 de enero de 2014 se parte, para analizar la validez y eficacia de la cautela socini (de dudosa concurrencia en el supuesto de hecho) de la distinción de dos funciones diferentes en la institución de la legítima: como límite o freno a libertad de testar y como derecho subjetivo del legitimario a ejercitar en defensa de su legítima. Afirma el alto tribunal que, de conformidad con la primera función, la respuesta debe ser favorable a la admisión de la cautela socini, la cual no puede considerarse como dirigida a imponer una condición ilícita o un gravamen directo sobre la legítima sino que se configura "como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador..., o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la integridad de su legítima.... Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya deferida".

¹⁹⁷ Así, la misma STS de 17 de enero de 2014, ahora desde la perspectiva de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, añade más adelante "...la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo

En fin, todos los ejemplos señalados demuestran la dificultad de traducir a reglas abstractas la problemática de la libertad dispositiva entendida como voluntad poco común, caprichosa o impulsada por motivos, razones o condiciones que pueden llegar a ser ilícitos o contrarios a la moral social o, si se prefiere, a las buenas costumbres. De hecho y por lo que respecta a esta última circunstancia, de nuevo cabe hacer referencia a su esencial mutabilidad, especialmente acelerada en los tiempos que corren, lo que significa que poner los límites de lo que el testador puede y no puede hacer en criterios de moralidad social tiene unos costes muy altos en términos de seguridad jurídica. Baste recordar en este momento, aunque referido a tiempos ya muy lejanos, que en las fuentes romanas, en concreto en Modestino D. 28,7, 27, se consideraba inmoral y por tanto como no puesta, la condición de que los restos del disponente fuesen arrojados al mar, lo cual hoy en día no solo no es inmoral, sino que con toda seguridad es bastante frecuente¹⁹⁸.

intacto, las acciones legales en defensa de su legítima". También en la todavía más reciente STS de 3 de septiembre de 2014, (RJ\2014\4795), que no plantea problema alguno de cautela socini, pero sí de admisibilidad de las cláusulas testamentarias que prohíben la intervención judicial, y que declaran su validez ante la reclamación de un legatario que no está satisfecho con la interpretación y actuación del albacea nombrado por el testador.

Si la reflexión la trasladamos a la "moral política" establecida por el poder imperante, la cuestión se torna todavía más difícil; traemos aquí a colación, como muestra, la Ley sobre la institución de testamentos y contratos sucesorios de 31 de julio de 1938, ley con la que, en palabras de Hattenauer, se satisfacían antiguos deseos reformistas sobre la manera de constituir disposiciones de última voluntad, lo que suponía una grave incursión en el Derecho testamentario y cuyo § 48.II establecía *"Una disposición mortis causa es nula cuando según el sano sentir nacional atente claramente contra las consideraciones de que un causante responsable debe dar muestras frente a la familia y a la comunidad nacional"*, dejando en manos de los tribunales la decisión de hasta dónde se podía disponer *mortis causa*¹⁹⁹.

Parece atinado concluir este capítulo con las palabras de Delgado Echeverría cuando, precisamente al hilo de su reflexión sobre las

¹⁹⁸ La STS de 4 de marzo de 1968 (RJ\1968\2161), en un supuesto en el que se discutía la validez de una condición puesta a las mujeres para suceder en determinado título nobiliario dice que la moralidad se juzga a tenor de la conciencia social del tiempo en que se contemple su validez y eficacia y no en el que la condición fue puesta (en el caso, más de cuatro siglos antes). Esta es también la tesis sustentada, para el Derecho italiano, por Musolino (2008), p. 969.

¹⁹⁹ Hattenauer, (1982- 1987), p. 189.

condiciones y motivos ilícitos en materia testamentaria, señala que "comprobado el insatisfactorio estado de las normas legales y de la doctrina sobre los problemas centrales de la incidencia de los criterios de la moral en el señalamiento de los límites de la libertad de disponer para después de la muerte, me parece oportuno un llamamiento a la reflexión, especialmente porque es de prever que tales criterios morales estén en el futuro inmediato más presentes en la práctica y en las decisiones de los tribunales de lo que han venido estando hasta ahora. La constitucionalización del Derecho civil lo hace inevitable. Es responsabilidad de la doctrina encauzar esta práctica y minimizar sus efectos en la seguridad jurídica"²⁰⁰.

²⁰⁰ Delgado Echeverría (2012), p. 533.

CAPÍTULO 4

Libertad "de" testar (ausencia de interferencias ajenas en la voluntad el testador; de nuevo influencia de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad)

Sin lugar a dudas, cuando se hace referencia a la libertad de testar en sentido negativo, esto es, como ausencia de interferencias de tercero y en particular del legislador en la voluntad del autor de la disposición *mortis causa*, surge de inmediato el tema de las legítimas. Aunque efectivamente en ellas nos vamos a centrar a continuación, conviene, no obstante, advertir que existen otros límites que afectan a aquella libertad negativa, límites marcados por la presencia en cualquier sistema hereditario de reglas imperativas que no pueden ser cambiadas por la voluntad del testador en su concreta sucesión; sustancialmente, con referencia ahora solo al Código civil español, estas reglas son las relativas a las reservas (artículos 811²⁰¹ y 968

²⁰¹ Serrano García, F.J., *La reserva troncal del artículo 811 del Código Civil*, Barcelona, Bosch, (1991), en

y ss. CC²⁰²), la reversión legal del art. 812 CC²⁰³, las vinculaciones temporales previstas, por ejemplo, en los artículos 781²⁰⁴ y 785 CC²⁰⁵ o las prohibiciones de disponer testa-

especial, sobre el concepto de línea, pp. 311 ss; Pérez Giménez, M.T., *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Jaén, Universidad de Jaén, (2005), pp. 59 ss, en especial en su relación con las normas reguladoras de la legítima de los descendientes; de la misma autora, *Reservistas y reservatarios: el elemento subjetivo de la reserva lineal*, Pamplona, Civitas, (2014), espec. pp. 163 ss.

²⁰² Munar Bernat, P.A., *La reserva viudal: especial consideración al Derecho civil de Mallorca*, Cuadernos de Derecho Registral, Registradores de Baleares, Madrid, (2009).

²⁰³ Román García, A., *El derecho de reversión legal (análisis del art. 812 del Código civil)*, Madrid, Montecorvo, (1984), espec., pp. 129 ss.

²⁰⁴ Sobre la interpretación del término "grado" en este precepto, aplicable también en material e llamamiento de usufructos sucesivos, recoge la tesis tradicional según la cual la expresión grado ha de interpretarse en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir, transmisión, "de modo que caben dos transmisiones sin contra con la del fiduciario inicial", la STS de 22 de noviembre de 2010, (RJ\2010\7983).

²⁰⁵ Aunque tampoco cabe desconocer el fundamento en la libertad para testar del causante que pueden tener algunas sustituciones fideicomisarias, como por ejemplo y sin que entremos a considerar si es o no una verdadera sustitución fideicomisaria, el llamado fideicomiso de residuo con el que el testador frecuentemente trata de alcanzar una doble finalidad, la protección de su cónyuge viudo para que pueda subsistir dignamente mientras viva, y evitar que a su fallecimiento los bienes hereditarios puedan transmitirse a personas distintas de las que el

mentarias, a las que aluden, además del propio artículo 785.2 CC, el artículo 26.3 LH²⁰⁶, ambos en la línea de prohibición de las vinculaciones perpetuas propias de los Derechos modernos²⁰⁷.

4.1. *Tema clásico: las legítimas. Su justificación o no en la sociedad actual. El panorama legislativo comparado, dentro y fuera de España. La reclamada modificación del Código civil en este punto. Posibles líneas de futuro.*

Tradicionalmente han existido límites más o menos extensos a la libertad de disponer *mortis causa*, justificados en la necesidad de proteger a los familiares más cercanos al difunto. Estos límites presentan contornos distintos en los diferentes sistemas jurídicos, de suerte que, atendiendo solo a nuestra época, van desde las prestaciones de índole ali-

testador desea, como señala recientemente, con cita de abundante jurisprudencia, Nieto Alonso, A, (2014), pp. 30 ss. Con posterioridad, STS de 6 de junio 2014 (RJ\2014\3127).

²⁰⁶ De "parco en la materia" califica al Código civil español, Cañizares Laso, A, "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC*, (1991), p. 1453-1528, espec., p. 1473, quien además apunta las relaciones entre ambas instituciones. Vid., también, Marqueño de Llano, M. Prohibiciones testamentarias de disponer, Barcelona, Bosch, (2003), pp. 81 ss.

²⁰⁷ Röthel, (2011), p. 159.

menticia de algunos países anglosajones como las *family provisions* de Inglaterra, Gales, Australia o Nueva Zelanda²⁰⁸ (no así en la mayor parte de los Estados norteamericanos), a rígidos sistemas de reservas que otorgan a estos familiares un derecho real sobre una parte del patrimonio del causante, pasando por una pléyade de regímenes intermedios en los que los derechos legitimarios se configuran de manera más o menos flexible o débil. También existen otras formas de protección familiar (en sentido extenso) menos extendidas, como el sistema de la troncalidad vizcaína²⁰⁹.

²⁰⁸ No se trata de derechos legitimarios, sino de índole alimenticia que dan amplio poder de configuración al juez, quien atenderá a las necesidades de los eventuales titulares del caso concreto. Sobre la evolución experimentada en este punto en el último siglo en este sistema, Barrio Gallardo, A., *La evolución de la libertad de testar en el common law inglés*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, (2011) espec. pp. 253 ss; Rentería Arozamena, A., "Libertad de testar en el Derecho comparado", *RCDI*, (2011), nº 726, pp. 2095-2128.

²⁰⁹ La STS de 11 de marzo de 2010, (RJ\2010\2343), reconoce que la troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa*, incluso en el caso, como el que sucedía en el pleito, de que el causante de la sucesión hubiese fallecido con vecindad civil común por haber perdido su original vizcaína. Añade además la sentencia que "De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general

Esta variedad de límites no impide que en las últimas décadas el desarrollo de los distintos sistemas sucesorios muestre un evidente acercamiento entre los dos extremos y una constatación de soluciones intermedias que se ha producido en las dos direcciones convergentes. Así, en los ordenamientos del *common law* se han venido introduciendo por distintas vías, mecanismos de protección de los familiares y dependientes del fallecido, que en cierta medida actúan como límites a la otrora libertad omnímoda de testar, favoreciendo o desheredando a quien el testador tuviera por conveniente²¹⁰. Al mismo tiempo, los países continentales que tradicionalmente han reconocido la legítima²¹¹, incluso como una insti-

a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones mortis causa, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión". Galicia Aizpurúa, G., *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, (2002), pp. 85 ss.

²¹⁰ Kerridge, (2011), p. 145. Por su parte, en el Derecho norteamericano, con excepción de algunos Estados como Luisiana, que modificó su sistema para aproximarle más al *common law* en 1996, o Puerto Rico, se sigue manteniendo un principio de libertad de disposición *mortis causa*, que permite al causante disponer de su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte de manera absolutamente libre, incluso absolutamente caprichosa. También Zoppini, A., *Le successioni in Diritto Comparato*, Torino, UTET, (2002), pp. 71 ss.

²¹¹ Que ya en sí misma puede ser considerada como un punto de encuentro entre dos extremos: libertad de testar

tución revolucionaria²¹², muestran en la actualidad una clara tendencia a su flexibilización y adelgazamiento²¹³, sin que falten voces que hacen una llamada directa a su total revisión o incluso a su supresión, por estimar que los fundamentos sociológicos y económicos que la sustentaban ya no tienen razón de ser²¹⁴.

Sin duda muchos pensarán que en un ensayo que lleva por título "La Libertad de Tes-

como consecuencia de la libre disposición que su titular tiene sobre la propiedad de su patrimonio y aquella que establece que el patrimonio debe destinarse a sucesores individualizados directamente por la propia norma [Torres García, (2006), pp. 160 ss]. Por su parte, Hattenauer, (1982-1987), p. 187, se hace eco de una idea similar en relación con el "compromiso viable" al que llegó el BGB en relación con el libro de las sucesiones, que además califica "no solo el más extenso de todos, sino también fruto de un trabajo especialmente concienzudo y sólido" y en el que, entre otras cosas, "la libertad de testar se veía restringida por las legítimas, ... Se llegó de modo práctica y teóricamente convincente, a un compromiso entre la libertad de testar y la asistencia familiar".

²¹² Así, fue concebida en la Francia revolucionaria y en el Código civil de 1804 que heredó los postulados de aquella, al ser un instrumento capital frente al "padre fanático" o al "testador intolerante" (cf. la cita de las palabras de Barrère, en la sesión de la Asamblea constituyente francesa de 5 de septiembre de 1791, reproducida en la nota 160).

²¹³ En expresión de Díez-Picazo, (2012 a), p. 243.

²¹⁴ En la doctrina española, entre otros, Magariños, (2012), pp. 641 ss, *passim*; Roca Trías, E., (2012), pp. 204 ss. Una perspectiva comparada, Waal, (2007), pp. 1-26.

tar", el tema de la legítima debería ser el central, sino el único, objeto de debate en la medida en que se considera el más importante "freno a la libertad dispositiva del causante"²¹⁵. Sin embargo, el hecho de que la institución de la legítima sea mucho más que un límite a la libertad de testar²¹⁶, así como el enfoque más amplio que le hemos dado a aquella expresión en esta sede, justifica que nos limitemos ahora a hacer algunos apuntes sobre la materia que, obviamente, no agotan las múltiples cuestiones que la figura plantea y cuya indudable actualidad no debe ocultar su condición de tema especialmente comple-

²¹⁵ Significativo el título de la archiconocida obra de Vallet de Goytisolo, J.B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. T. I, Las legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, (1974). Limitación que opera tanto *inter vivos* como *mortis causa*, como señala el propio Vallet de Goytisolo, (1974) I, p. 8 y Torres García, (2012), p. 21; indicando también que uno de los enfoques posibles de la libertad de testar y uno de los más importantes es su comparación con las legítimas, Torres García, (2006), p. 214. Recientemente, con este enfoque, en relación al Derecho catalán, Bosch Capdevilla, (2014), pp. 655 ss. aunque señalando también la existencia de otros límites a la libertad de testar en los que además centra su trabajo.

²¹⁶ Baste con señalar que la legítima opera también en la sucesión intestada, Espejo Lerdo de Tejada, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, (1996), pp. 40 ss; Torres García, (2012), p. 31.

jo²¹⁷, así como eternamente recurrente, como demuestra su importancia en la época de elaboración y aparición de nuestro Código civil²¹⁸.

Mencionaremos en primer lugar la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética norma que en cualquiera de los derechos civiles españoles o, más en particular, en el Código civil español, optara por la

²¹⁷ Hattenauer, (1982-1987), pp. 190-191, nos da noticia de que en 1972, la 49 Asamblea de Juristas (*Juristentag*) discutió la cuestión de si era recomendable proceder a una nueva regulación de la sucesión forzosa y de la legítima, pero los juristas se asustaron ante un trabajo de tal envergadura, admitiendo que se trata de una "tarea de siglos" (Bosch).

²¹⁸ Clásica es la cita de las páginas dedicadas por Sánchez Román a la cuestión de si es preferible o más conforme a Derecho un sistema de libertad de testar o uno de legítimas, quien ya anticipaba muchos de los argumentos barajados en el momento actual [Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil. T. 6º, vol. 21, Derecho de Sucesión. Sucesión Testada*, Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, (1910), pp. 719 ss]. Un resumen de las posturas y argumentos en la época inmediatamente anterior al Código civil, al que no era ni mucho menos ajeno el problema más general relativo a si el Código había de seguir la tradición castellana o aproximarse a los territorios forales, Pérez Ramos, C., "La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar", en *Autonomía privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones actuales y cuestiones de futuro*, Aguilar Ruíz L., et altri (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, (2014), pp. 107-125, espec., p. 108-112.

supresión de esta institución. La pregunta, recurrente en la moderna doctrina, tiene relevancia por la existencia en nuestro país de no pocas voces que, desde profesiones jurídicas diferentes, abogan por esa supresión. Es de sobra conocido que la respuesta a pregunta similar hecha en el seno de su ordenamiento ha sido ya abordada por su Tribunal Constitucional alemán. En síntesis, el *BVerG* en una decisión de 2000 pareció confirmar que la porción debida no era un derecho absoluto, mientras que en otra ya anteriormente citada, de 19 de abril de 2005, de mayor eco en España, estimó que esa porción tenía un carácter familiar e imperativo, independiente de la necesidad y de las circunstancias²¹⁹. En ella el *BVerG* considera la parte reservada a los hijos como manifestación de la garantía del artículo 14 GG (propiedad y herencia) que tiene un elemento que trasciende a las generaciones; el tribunal da gran importancia al elemento histórico en la configuración de la institución, considerando que además la "*Pflichtteil*" es expresión de la solidaridad familiar fundada en el 6 GG, el cual garantiza que la relación entre el testador y sus hijos es como una comunidad de vida, con el derecho

²¹⁹ Su contenido íntegro puede consultarse en la propia página del BVerfG, también en inglés (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050419_1bvr164400en.html).

y la obligación de responsabilizarse unos de otros. Por todo ello el *BVerG* declara constitucional la regulación de la legítima contenida en el BGB e inconstitucional su hipotética supresión; todo ello ha derivado en que la reforma del Derecho de sucesiones operada en Alemania en 2010 se limitase a introducir reformas menores en la regulación de la legítima²²⁰. La controversia se repite, como hemos apuntado, en otros países de tradición jurídica continental²²¹, sin que en ninguno de

²²⁰ Röthel, (2011), p. 162.

²²¹ Por lo que atañe al Derecho italiano, duda de la legitimidad constitucional de la supresión de la legítima, por más que la Constitución no menciona la sucesión necesaria, Monache, S. delle, "Abolizione della successione necessaria", Donati, A./Garilli A./Mazzarese S./Sassi, *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto Privato, 2, Persona, famiglia e successioni*, (2009), pp. 237 ss; del mismo autor *Il fenomeni a rilevanza successoria; un'analisi dell' "evoluzione del sistema successorio a lla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli (2008).

No obstante, en el país trasalpino se presentaron en 2006 y 2008 sendos proyectos de ley que pretendían la abolición de la sucesión necesaria; la Exposición de Motivos de ambos apelaba, curiosamente, a la libertad de testar como derecho constitucionalmente protegido, sometido la soberanía dispositiva del propietario [Dosetti, M., "Concetto e fondamento della successione necessaria", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, G.Bonilini (dir), II, *La successione legittima*, Giuffrè Ed., Milano, (2009), pp. 35 ss.]. Apelan al fundamento constitucional de la legítima en los artículos 42.4, 29 y 30 de la Constitución italiana, recogiendo también la refe-

ellos se haya optado por su total supresión, lo que no deja de ser relevante y debe hacernos pensar sobre la conveniencia de introducir cambios radicales en un sistema que, con sus múltiples fallos, ha servido durante muchos tiempo a los fines de solidaridad familiar intergeneracional²²².

En el Derecho español, después de recordar que el Tribunal Supremo ha reconocido que la legítima no está protegida por el orden público (interno), numerosos autores se hacen la ya anticipada pregunta por la constitucionalidad de una eventual supresión de las legítimas. Al respecto parece sensato concluir que la legítima es solo uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia

rencia a los proyectos de ley para la abolición de la sucesión necesaria presentados en el país trasalpino en 2006 y 2008 Palazzo/Sassi, (2012), pp. 497 ss; también en relación con la propuesta de 2006, Fussaro, A., "L'espansione dell'autonomia privata nel ambito successorio nei recenti interventi legislativi francese e italiani", *Contratto e Impresa/Europa*, (2009), pp. 427 ss., espec. p. 453.

²²² Pues como dice Miquel González, J.M^a, "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 6, (2002), pp. 153-190, espec, p. 153 "...una decisión en favor de la libertad de testar y en contra de la legítima no corresponde al intérprete, porque es una elección de política legislativa que en un Estado de Derecho incumbe al poder legislativo".

(artículo 39 CE), de modo que no sería estrictamente exigible por el texto constitucional el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, aunque probablemente sí se pide al menos una garantía de índole formal²²³. Esta opinión se basa sobre

²²³ Mantiene su necesaria protección constitucional con fundamento en los artículos 33.1 y 39 CE, López y López, (1994), p. 51 y (2012), p. 362; Torres García, (2006) pp. 220-221; 2009, p. 302; para Díez-Picazo (2012 a), p. 243, se puede discutir si la atribución de la cuota legitimaria forma parte del mandato constitucional de protección de los hijos de cualquier clase que fueren y por qué no existen razones de suficiente peso para erosionarla. Por su parte, cuando menos reclaman una protección formal, García Rubio, (2010 b), p. 11 y (2012), p. 204; no parecen entenderlo necesario, Parra Lucán, (2009), p. 500; Vaquer Aloy, "La legítima en Cataluña", *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, T. II*, en M.C. Gete-Alonso Calera (dir.) / J. Solé Resina (Coord.) Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, (2011), p. 2032; el mismo autor en "La legítima en el Código civil de Cataluña", en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, (2012) pp. 474; Roca Trías, 2012, pp. 194 ss; Delgado Echeverría, (2012), p. 520; Barrio Gallardo (2012) pp. 529-531; no contempla, tampoco objeciones constitucionales, Magariños, (2012), pp. 641 ss. Una síntesis de las diversas opiniones Cámara Lapuente, S., "Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law" en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, (2011), pp. 300-301; Cámara Lapuente, S., "La sucesión y el Derecho sucesorio", *cap. 1 de Curso de*

todo en que en el propio sistema español existen ordenamientos donde la legítima carece de contenido económico (Navarra y Fuero de Ayala)²²⁴ y no parece lógico considerar ahora que se trata de normas inconstitucionales.

Partiendo de esta base y tomando en consideración las modificaciones de la institución que han hecho algunos ordenamientos jurídicos continentales en los últimos años, entre ellos buena parte de los españoles, -señaladamente, el catalán, el aragonés o el gallego- se pueden observar algunos rasgos comunes en la evolución de la

Derecho civil V, Derecho de Sucesiones, Madrid, Colex, (2013), p. 57.

²²⁴ Lo que no significa que en estos sistemas no existan límites a la libertad de testar en sentido negativo; así en Navarra es relevante la mención a los derechos de los hijos del primer o anterior matrimonio a no recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio (ley 272 de CDCF Navarra), así como a la reserva del bínubo (ley 274), límites ambos que la jurisprudencia extiende a los casos en los que el causante con hijos de matrimonios precedentes ha convivido en relación de pareja de hecho, beneficiando a su pareja o a los hijos de esta (STSJ Navarra de 18 de septiembre de 2013 (RJ\2014\1559). *Vid.* sobre esta figura navarra, Hualde Manso, M.T., *Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: reservas y limitaciones dispositivas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, (2007), pp. 149 ss.

figura que trataremos de pergeñar seguidamente.

Así, se apuesta en general por el mantenimiento de la mencionada participación forzosa en la herencia para los hijos y descendientes²²⁵, basándose sobre todo en razones de solidaridad familiar entre los miembros de una generación y los de la siguiente. Se añaden otros argumentos como la eficacia de la propia institución de la legítima como instrumento de protección frente al testador fácilmente manipulable por terceros o incluso como mecanismo necesario de protección, en caso de familias sucesivas o reconstituidas, de los hijos habidos de una primera relación cuyo contacto con uno o ambos progenitores se debilita en beneficio de los descendientes de sucesivas relaciones²²⁶.

La tesis que opta por la conservación de la legítima no obstaculiza la general creencia de que no se trata de una institución de orden público, ni interno, ni internacional²²⁷, así

²²⁵ Así, entre los más recientes, Pérez Ramos, (2014), p. 119, a quien mencionamos por su condición de Notario, ya que es precisamente de este cuerpo de donde proceden las más radicales posturas en torno a la supresión de la legítima.

²²⁶ La idea aparece reflejada, por ejemplo, en la ya citada sentencia del *BVerfG* de 19 de abril de 2005.

²²⁷ Cámara Lapuente, (2013), p. 56.

como la de que su construcción en el seno del Código civil español necesita de una revisión profunda, e incluso, integral²²⁸ que supere las erráticas reformas parciales operadas en los últimos años²²⁹. Con todo, reiterando posturas históricas en un tema siempre polémico²³⁰, no faltan opiniones que *lege ferenda* parecen más favorables a su sustitución por una institución con fundamento puramente alimenticio²³¹, al

²²⁸ Gomá Lazon, F., "Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código civil". *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, vol. I, Madrid, Dykinson, (2013), pp. 555-576.

²²⁹ Torres García, (2006), pp. 174, con prolija enumeración de las mismas.

²³⁰ Polémica de la que también se hace eco la jurisprudencia; por ejemplo STS 8 de octubre de 2010 (RJ\2010\7449) que dice "Se podrá discutir la conveniencia de mantener la legítima en el tiempo actual pero mientras se recoja en el Código Civil no pueden los padres ignorar la existencia de la hija legitimaria...". Dejamos simplemente constancia de que la hija en cuestión había sido adoptada simplemente de conformidad con la legislación preconstitucional, discutiéndose como objeto central del pleito, la existencia o no de tal adopción.

²³¹ Opción que, desde luego, no es novedosa. Vallet de Goytisolo (1974), pp. 24-25, recoge la opinión de varios de los autores españoles más representativos de los siglos XVI y XVII, que consideraron la posibilidad de que el Derecho positivo redujera la legítima a un mero derecho a recibir alimentos caso de precisarlos. *Vid* también los autores citados en Torres García, (2006), pp. 222 ss. y algún precedente español en artículo 2266 del Proyecto de CC de 1836; en referencia al Código civil español señala que existe un derecho de alimentos con tintes sucesorios en los arts. 964 CC, 1408 CC, por los

modo que sucede, por ejemplo, con la cuarta viudal en el artículo 452.1 CCCat, a la que solo se tiene derecho en caso de que el viudo o superviviente de la pareja estable se halle en caso de necesidad²³², o más ampliamente, en

que el sobreviviente y los hijos hasta que se liquide la sociedad de gananciales tendrán derecho de alimentos en la masa común de bienes [Martín Meléndez, M.T. *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, MacGraw Hill, (1995), pp 392 ss]. Sin embargo no creemos que la sustitución de la legítima por derechos de alimentos sea la solución idónea, pues ni tienen el mismo carácter, ni responden a los mismos presupuestos; en el punto de vista opuesto, Ferré i Riba, J. "La successió per causa de mort: llibertat de desposar i interessos familiars", en *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, C.E. Florensa i Tomás (dir) J.M. Fontanellas Morell (coord.), Marcial Pons, Madrid, (2011), pp. 337-362, espec. p. 360, quien opina que los deberes jurídicos de naturaleza sucesoria no deben ser concebidos autónomamente como deberes primarios, y que es mucho más fecunda su comprensión como deberes secundarios, justificados en deberes familiares precedentes. También Barrio Gallardo, (2012), p. 587, quien resume su postura señalando que sería preciso revisar el sistema legitimario del Código civil, siguiendo las mismas pautas que ilustraron la modificación de la prodigalidad: aumentar la autonomía de la voluntad del sujeto y darle mayor cabida al principio de libertad civil en el ámbito de la sucesión por causa de muerte, aunque siempre dentro del respeto a unos mínimos necesarios e imprescindibles y, por ende, también indisponibles para el testador, que el autor cifraría en la prestación de un crédito alimenticio a favor de los parientes de grado más próximo que, en todo caso, habría de quedar siempre asegurado.

el Derecho inglés; se trataría en cualquier caso de una figura que estaría pensada, sobre todo, para aquellos familiares en situación de necesidad o dependencia²³³.

De momento parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* (en cualquiera de sus modalidades *pars hereditatis*, *pars bonorum* o incluso *pars valoris bonorum*) por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero²³⁴, toda vez que se piensa que aquella supone un obstáculo para la libre circulación de los bienes, especialmente en el caso de los inmuebles y de las pequeñas y medianas empresas. Las reformas recientes de los ordenamientos donde se configuraba como una participación en los bienes, entre los que debemos incluir la reserva del Derecho francés o la del Derecho holandés, van dando pasos en esta línea²³⁵. La misma que

²³² Cf. en el Derecho aragonés el art. 515 CDFA; Parra Lucán, (2009), p. 401.

²³³ Lo que hasta cierto punto contradice la supresión de la legítima de los ascendientes, tal y como se ha hecho por ejemplo, en Galicia en 2006.

²³⁴ Sobre el reflejo de todas estas modalidades en el Código civil vigente, Torres García/Domínguez Luelmo, (2012), pp. 24 ss.

²³⁵ Verbeke A-L./Leleu Y-H, (2011), pp. 468, quienes señalan que en el caso holandés el heredero se ha convertido en un mero acreedor de la sucesión, mientras que en el francés el título del heredero sobre los bienes de la sucesión se limita a la relación frente a terceros, y

siguen, por cierto, tanto el Derecho catalán a partir de Ley 8/1990, de 9 de abril, la actual configuración de su legítima como *pars valoris*²³⁶, como el ordenamiento gallego desde 1995, aunque probablemente en este último la opción haya quedado todavía más clara tras la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia²³⁷. La reforma profunda de la institución pendiente todavía en el Código civil español la llevarán probablemente por este mismo camino, por el que ya se ha dado algún tímido paso²³⁸.

desde la ley de 23 de junio de 2006 la reserva se reduce a un derecho en valor. Lo confirman en el caso francés, Jubault, Ch., *Droit civil. Les successions. Les libératités*, 2ª ed., París, Montchrestien (2010), p. 355, para quien aunque después de las últimas reformas del *Code* la reserva se siga definiendo "*en nature*" pero que su sanción se pueda concebir "*en valeur*".

²³⁶ Torres García (2006), p. 201; Vaquer Aloy, (2012), pp. 472-473.

²³⁷ García Rubio, M.P., "Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia", con Herrero Oviedo M y Nieto Alonso A, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, (2012), pp. 205 ss. ; ya estimaba que esa era la situación en la LDCG de 1995, García Rubio, (1997), "Comentario al artículo 146 y ss LDCG", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dir.), T. XXXII, vol. 2º, "Artículo 100 al final de la Ley de Derecho Civil de Galicia", Madrid, Edersa, 1997, pp. 1143 ss. Cf. STSJ Galicia de 24 de abril de 2012, (RJ\2012\6362).

²³⁸ Torres García, (2012), p. 27. Cf. también la STS de 18 de julio de 2012, (RJ\2012\8364), en un supuesto de

En la línea de adelgazar y flexibilizar la legítima de los descendientes, a la par que se favorece la libre circulación de los bienes que la legítima tradicional puede llegar a obstaculizar²³⁹, se muestra también la predisposición por parte de los legisladores reformistas a proteger las donaciones del causante frente a las pretensiones de los legitimarios. Así, al reconocimiento de la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de reducción que se ha introducido en la reforma francesa de 2006²⁴⁰, se ha de sumar la inviolabilidad de las

pago de la legítima en dinero autorizado por el testador en los términos de los artículos 841 ss. CC.

²³⁹ Parra Lucán, (2009), p. 484 ss.

²⁴⁰ Siguiendo la senda, también propia de estas modernas reformas de dar mayor cabida a los pactos sucesorios [Herrero Oviedo, M., "Los pactos sucesorios en el Código civil francés", en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, (2009), pp. 443 ss.; García Rubio/Herrero Oviedo, (2011), pp. 1259 ss.]; Jubault, (2010), p. 356, pone un ejemplo de cómo esta posibilidad de renuncia anticipada puede servir a los intereses de las modernas familias, en el caso de hijos de sucesivas parejas. En Italia también se intentó la introducción de la renuncia preventiva a la acción de reducción en 1999, si bien finalmente no prosperó; la reforma en la materia, hecha en 2005, que afectó a los artículos 561 a 563 *Código civile*, se limitó a introducir algunas innovaciones en régimen de la retroactividad real de la acción de reducción con el objeto de favorecer la circulación de los bienes inmuebles; en general la doctrina italiana se muestra crítica con esta reforma que incluso es tachada por algún autor de inconstitucional (Ieva, M "Divieto di patti

donaciones que fueron hechas hace algún tiempo²⁴¹ e incluso la previsión de plazos más

successorie e tutela dei legittimari", *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. delle Monache, Padova, Cedam, (2007), pp. 297-307, espec., p. 305); asimismo sobre esta reforma, Verdicchio, V., "La diseredazione 'per giusta causa' (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c., introdotto dalla l.n.219/12)", *Le nuove leggi civili commentate* (2014), vol. 37- 2, pp. 275 – 282; y con anterioridad, juzgándola insuficiente, Vitucci, P., "Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito", *Rivista Dir, Civ.*, (2005), pp. 555-574, quien en pp. 573-574, precisamente en relación con la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de reducción estima que la concepción tradicional de los derechos de los legitimarios, entendidos como irrenunciables hasta la apertura de la sucesión debe ahora confrontarse con exigencias, unas nada novedosas como la necesidad de favorecer la circulación de los bienes, y otras más actuales, como la tutela de los discapacitados sobrevivientes o las necesidades sentidas por los nuevos modelos familiares.

²⁴¹ Diez años Alemania con reducción progresiva, según el § 2325.3 BGB (Arroyo i Amayuelas, E., "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", *Indret*, (1/2010), pp. 8 ss. (http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf); Röthel, (2011), p. 164; diez en Cataluña conforme al artículo 451-5 b) CCCat., si bien curiosamente quedan fuera de la nueva regla, y por tanto han de ser objeto de computación, las donaciones imputables a la legítima; la limitación de las donaciones computables a extraños obedece, según el Preámbulo de la Ley 10/2008, a la simplificación de las operaciones de cálculo y a la tendencia a reducir la propia legítima, señalando que "... no se verán entorpecidas por problemas de prueba y valoración de actos pretéritos, pero, sobre todo, debe percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad

breves para la acción de reducción²⁴², todo lo cual parece adecuado, pues cuanto más antigua sea la donación, probablemente más difícil será de probar, además de que no tiene sentido que el causante tenga que preservar su patrimonio durante su toda su vida a favor de sus más cercanos parientes²⁴³.

Por otro lado, también se observa la tendencia común a flexibilizar el pago, incluyendo la posibilidad de hacerlo de modo diferido, facultad introducida, por ejemplo, para un supuesto concreto en el propio Código civil español en la reforma operada en el artículo

contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores" (Lamarca i Marqués, A., "Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al Llibre IV del Codi civil de Catalunya", en *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, (2009), pp. 263-307, espec., p. 274).

²⁴² Cf. artículo 921 *Code civil*.

²⁴³ Pintens, W, "Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, (2011), p. 17; Zoppini, (2002), p. 71 ss; Fussaro, (2009) pp. 427 ss, exponiendo las últimas reformas francesa e italiana; muy crítico con el sistema vigente de reducción de donaciones en el Código civil español, Gomá Lanzón (2013) p. 559.

1056.2 por la Ley 7/2003²⁴⁴, así como en la reforma alemana de 2009, en vigor desde el 1 de enero de 2010.

Asimismo, también es una tendencia clara en el ámbito comparado que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, lo que se ha hecho, por ejemplo, en Alemania y, dentro de nuestro Derecho, en Cataluña; respecto a este último sistema llamamos la atención sobre la introducción como nueva causa de desheredación, en el artículo 451-17 e) CCCat, de la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, sobre la que volveremos inmediatamente²⁴⁵. En el ámbito

²⁴⁴ Donde además de reconocer la posibilidad del pago en metálico en atención a la conservación de la empresa o el interés de la familia, el testador o el contador-partidor por él designado pueden establecer aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador [Torres García, T., "Una aproximación al artículo 1056.II Código civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa)", *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, t. II, J. Gómez Gállico (Coord), Madrid, Colegio de Registradores-Thomson-Civitas, 2008, pp. 1653-1671]; también se refiere al supuesto en términos positivos Gomá Lanzón, (2013), p. 560.

²⁴⁵ Para Pérez Ramos, (2014), p. 117, las grandes deficiencias de nuestro sistema legitimario (se refiere al del Código civil) son la imposición de la legítima de los ascendientes en perjuicio del cónyuge sobreviviente y la imposición a los padres del deber de respetar la legítima

del Código civil español la reciente STS de 3 de junio de 2014, que considera el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra a los efectos de estimar que existía en el supuesto justa causa de desheredación de los hijos del testador (ex. artículo 853.2^a CC), se sitúa también en esta línea de actualización de las tradicionales causas de desheredación que no obstante, siguen siendo por su naturaleza sancionatoria de interpretación y aplicación estricta.

Otro punto a considerar es el de los sujetos legitimarios²⁴⁶, pues mientras en algunos ordenamientos las recientes reformas se ha optado por una restricción del círculo –por ejemplo, en el Derecho civil gallego, donde a partir de la entrada en vigor de la LDCG de 2006 los ascendientes dejan de tener aquella condición²⁴⁷, que tampoco poseen en el Dere-

de aquellos hijos con los que han perdido relación; el autor es partidario de incluir una causa de desheredación similar a la catalana en el Código civil (p. 121), al igual que Gomá Lanzón (2013), p. 575.

²⁴⁶ Como cuestión de política legislativa considera la enumeración de los sujetos legitimarios, Torres García, (2012), p. 39. Para una sucinta visión de estos sujetos en Europa Verbeke A-L./Leleu Y-H, "Harmonization of the Law of Succession in Europe", en *Towards a European Civil Code*, Hartkamp A. et altri (Eds), 4th Ed., (2011), pp. 459-479, espec. p. 468.

²⁴⁷ También en el Derecho francés tras la reforma de 2006 se ha suprimido la reserva de los ascendientes,

cho aragonés o navarro, ni en el francés después de la reforma de 2006^{248/249}- en otras ocasiones, por el contrario, ese círculo se amplía o se intensifica, lo que ha sucedido, señaladamente, con el reforzamiento de la posición del viudo como legitimario²⁵⁰,

aunque se les reconoce el derecho a recobrar los bienes que hubieran donado a sus descendientes como anticipo de sus derechos sucesorios.

²⁴⁸ Lo cual, como ya hemos indicado, no se cohonestaba del todo con la tendencia a ligar el reconocimiento del derecho a legítima y las situaciones de necesidad o asistencia, en la que muchas veces pueden hallarse estos ascendientes mayores. No obstante, debe hacerse notar la paradoja que supone en el sistema actual del Código civil la posibilidad de que, aún cuando tras la reforma de 1981 el cónyuge viudo tenga prioridad sobre los colaterales en la sucesión intestada, el hecho de que de los padres del premuerto sean legitimarios, aun en presencia del viudo o viuda, conlleva que frecuentemente aquellos colaterales, hermanos del fallecido, le terminen sucediendo en la parte de la legítima de los ascendientes a través de la herencia de sus propios padres, lo que es tanto más sorprendente cuanto, no pocas veces, el bien en cuestión es la vivienda que había sido la familiar del difunto y su esposo o esposa [Pérez Ramos, (2014), p. 118].

²⁴⁹ Resaltando alguna situación inicua a la que lleva el reconocimiento de la legítima de los ascendientes en el sistema del Código civil, Gomá Lanzón (2013), p. 558.

²⁵⁰ Reconocimiento que ya se produjo en la Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, con el objetivo confesado de la aproximación a las legislaciones forales como nos recuerda, Pérez Escolar, M, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, (2003), pp. 43 ss.

reforzamiento que ya se produjo en el propio Código civil español a partir de la Ley 11/1981 (ex. art. 807.3 CC y concordantes)²⁵¹, o con el supérstite de la pareja de hecho, por ejemplo, en el Derecho gallego (Disposición Adicional Tercera LDCG de 2006²⁵²). No obstante conviene advertir respecto de este último supuesto que la STC 93/2013, de 23 de abril, que parece condicionar el reconocimiento de derechos sucesorios entre los miembros de la pareja a la existencia de previo pacto entre ellos, nos llevaría, sin embargo, por la senda contraria.

Aunque en las recientes reformas del Derecho sucesorio europeo los hijos y descendien-

²⁵¹ Reforzamiento que en esta ley se produce sobre todo, en el caso de sucesión intestada; Pérez Escolar, M., "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil español. Revisión, fundamentos y planteamientos de futuro", *ADC*, (2007), pp. 1641-1678.

²⁵² Sometida a varias cuestiones de inconstitucionalidad por posible invasión competencial entre otras, en la materia de formas del matrimonio; de estas cuestiones se han resuelto hasta el momento cuatro; por STC 18/2014, de 30 de enero y 75/2014, de 8 de mayo, si bien en ninguna de ellas se entra en el fondo de la cuestión por considerar que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, remitente de las cuestiones, no había satisfecho suficientemente los juicios de aplicabilidad y relevancia de la norma cuestionada exigidos por el artículo 35 LOTC; en el mismo sentido, sin entrar en el fondo y remitiéndose a las dos anteriores se pronuncian las STC 125/2014, de 21 de julio de 2014 y 127/2014, de 21 de julio de 2014.

tes continúan siendo legitimarios en todo caso, no resulta extemporáneo plantear, en el camino de minoración de la legítima, si tiene sentido mantener que esto ha de ser así en cualquier caso, o si es preferible una limitación a aquellos supuestos en los que los hijos o nietos se hallen en especial situación de necesidad o vulnerabilidad. Un botón de muestra en esa dirección lo representa la reforma operada en Luisiana en 1996²⁵³ que limitó la mencionada legítima a favor de los descendientes a los hijos menores de veinticuatro años, a los discapacitados de forma permanente o a los que probablemente estarían discapacitados en el futuro debido a una enfermedad hereditaria e incurable²⁵⁴.

Más allá de las líneas de actuación de las últimas reformas, merece también la pena meditar, de cara a una posible modificación de la legítima en el Código civil y al reconocimiento de una mayor libertad de testar, la conveniencia de introducir la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima²⁵⁵, al modo

²⁵³ Estado de EEUU que reconoce la legítima y donde el Derecho sucesorio posee una fuerte impronta española.

²⁵⁴ Tate, J.C., "Caregiving and the Case for Testamentary Freedom", University of California Davis, (2008), pp. 129-193, espec., p. 139.

²⁵⁵ A favor de esta introducción ante una hipotética modificación del Código Civil, se muestra Gomá Lanzón, (2013), pp. 575-576.

que se hace, por ejemplo, en Galicia con el pacto de apartación, figura que desde su reconocimiento en la LDCG de 1995 constituye una de las señas de identidad del Derecho civil gallego²⁵⁶. Como es bien sabido, el vigente artículo 816 CC no admite tal posibilidad, al declarar nula toda renuncia o transacción sobre la legítima futura²⁵⁷, lo que estaría además en consonancia con la prohibición de los pactos sucesorios contenida en el artículo 1271.2 CC²⁵⁸. Sin embargo, el creciente

²⁵⁶ García Rubio, M.P. "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *ADC*, (2000), *passim*; para la regulación actual en los arts. 242 LDCG de 2006, García Rubio, (2012), pp. 212 ss; Lois Puente, J.M., "De la apartación", en *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado (2007), pp. 533-578. La figura es analizada en la STS de 5 de noviembre de 2013 (RJ\2013\8429), donde se plantea su posible consideración como negocio realizado en fraude de los derechos de los acreedores del causante, cuestión que el alto tribunal despacha en sentido afirmativo, estimando que se integra en el contexto presuntivo de fraudulencia *iuris et de iure*, previsto en el artículo 1297 del Código Civil; sobre el tema García Rubio, (2000), pp. 1479 ss.

²⁵⁷ Torres García/Domínguez Luelmo, (2012), pp. 34 ss; Barrón Arniches, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Madrid, Cedecs, (2001), pp. 36 ss.

²⁵⁸ Pero vid la RDGRN de 31 de mayo de 2011, que con fundamento en abundantes precedentes judiciales, admite en un supuesto de fideicomiso condicional, la

cuestionamiento del interés de esta última prohibición²⁵⁹, así como los beneficios que la posibilidad de una renuncia *ex ante* puede conllevar para todas las partes interesadas, siempre que se regule de manera equilibrada, hacen conveniente considerar su introducción en un hipotético Código civil reformado.

validez de la llamada renuncia preventiva, entendiendo por tal "aquella en la que un sujeto separa de su propia esfera jurídica de voluntad algún derecho a adquirir otro derecho, es decir, rechaza a hacer suyo un derecho aún no incorporado definitivamente al patrimonio del renunciante, implicando, por ello, una *omissio adquirendi*" [Nieto Alonso, (2014), pp. 270 ss].

²⁵⁹ García Rubio M.P/Herrero Oviedo M, "Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad", en *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, (2009), pp. 465-483 y de las mismas autoras, "Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho civil de Galicia", *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, Gete-Alonso (dir.), Cizur Menor, Civitas, (2011), pp. 1257 ss; Requeixo Souto, M., "Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271 apartado 2º del Código civil", *ADC*, (2012), pp. 1745-1781. Sobre los pactos sociales relacionados con la muerte de los socios en las sociedades civiles, Mesa Marrero, C., "Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil", *ADC*, (2014), pp. 895-929. Sobre los efectos de uno de estos pactos en sociedad de capital, RDGRN 13 enero 2014 (RJ/2014/862).

4.2. *Nuevos retos: A) La progresiva complejidad del concepto de familia, de las relaciones familiares y de las relaciones afectivas no estrictamente familiares. B) Los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores del testador. C) La decisión sobre el destino post mortem de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital D) La globalización, internacionalización y europeización del Derecho de sucesiones. E) La perspectiva de género en el Derecho de sucesiones.*

A) La progresiva complejidad del concepto de familia, de las relaciones familiares y de las relaciones afectivas no estrictamente familiares

La íntima relación entre Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia que siempre ha existido se mantiene en la actualidad, pero necesariamente el cambio de paradigma sobre lo que significa la familia o las familias y las relaciones entre sus miembros²⁶⁰ ha de conlle-

²⁶⁰ Sobre la pluralidad y complejidad de los modelos familiares Valpuesta Fernández, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blach, (2012); Roca Trías, (2012), pp. 41 ss; Gomá Lanzón, (2013), pp. 566 ss. Se ha hecho eco la STS de 12 de mayo de 2011 (RJ\2011\3280) donde se afirma que "el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional tienen la consideración de familia aquellos grupos o unidades que

var también algunos cambios significativos en el Derecho de Sucesiones, al tiempo que algunos temas clásicos de esa relación siguen apareciendo en la actualidad de modo reiterado.

Entre los temas recurrentes está el caso de la tutela jurídica del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte²⁶¹, preocupación que ya estuvo muy presente en la elaboración del Código civil español y muy especialmente en su última etapa a finales del siglo XIX²⁶².

constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarle y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten los valores constitucionales"; repite la misma afirmación la STS de 5 de diciembre de 2013 (RJ\2013\7640). Sobre la necesidad de adaptación de ese cambio del concepto de familia al Derecho de Sucesiones y la utilización como herramienta más apropiada para el mismo de la autonomía de la voluntad, Pérez Ramos, (2014), p. 108.

²⁶¹ En el ámbito europeo comparado, Verbeke A-L./ Leleu Y-H, (2011), p. 466.

²⁶² Base 17 Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Torres García, (2006), pp. 208 ss, incidiendo en las características de esta legítima viudal del Código civil español. Por su parte, Pérez Escolar, M., (2003), p. 48, después de hacer un completo examen de los derechos sucesorios del viudo a lo largo del proceso codificador concluye "La codificación del Derecho civil se hizo posible bajo el ideal del encuentro de las diversas legislaciones existentes en un lugar intermedio que, en nuestro caso, quizá pueda ser presentado como tal, pero en ello pensamos que la motivación más fuerte fue el deseo constantemente manifestado a lo largo de todo el proceso

Más de un siglo después la preocupación permanece, si bien ahora parece extenderse también al conviviente de hecho, al menos en aquellos casos en los que la convivencia ha sido formalizada o institucionalizada de alguna manera²⁶³.

El reforzamiento de la posición del supérstite se realiza a través de varias vías que, como ya se ha apuntado, tienden a incrementar los derechos legales del viudo en detrimento de la legítima de los hijos (y en su caso, también de la de los ascendientes), otorgándole una participación en la herencia que en el ámbito comparado tiende a ser en propiedad, tanto en la herencia intestada, como en los casos en los que el viudo es incluido entre los legitimarios

de mejorar la situación del cónyuge supérstite que llegar al repetido punto de conexión con la normativa navarra y aragonesa que, por otro lado, quedaron subsistentes en sus respectivos territorios".

²⁶³ Si bien no falta quien entiende, en relación con el cónyuge, que su adecuada valoración a efectos sucesorios no se debería hacer exclusivamente con fundamento en la formalización del vínculo matrimonial, sino más bien con su duración, la seriedad y estabilidad de la relación, la efectividad de la vida en común así como la entidad de las contribuciones al nacimiento o incremento del patrimonio familiar, así como a la existencia de descendientes [Perlingieri, P., "Il diritto ereditario all'oggi facciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive", en *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. delle Monache, Padova, Cedam, (2007), pp. 317-322, especialmente p. 319].

(a título de ejemplo, artículos 756 y 757 del *Code civil* francés, tras la ley de 3 de diciembre de 2001). De esta opción se apartan en cierta medida la mayoría de los Derechos civiles españoles, que reconocen derechos legitimarios al viudo en usufructo (aunque este pueda ser conmutado); esta situación se da incluso cuando esa legítima se ha reducido al mínimo, posibilitando que sea el propio testador el que atribuya a su cónyuge mayores cotas de participación²⁶⁴. A este respecto, en nuestro ordenamiento es conocida la relativamente frecuente problemática que se produce cuando el testador, anticipando la situación en la que se puede llegar a encontrar el viudo, decide imponer un usufructo sobre la totalidad de su herencia a favor del cónyuge, posibilidad no expresamente contemplada en nuestro Código (a diferencia de lo que sucede en el aragonés, ex. artículo 500 CDFA) por infringir, según se dice, la intangibilidad cualitativa de la legítima de los hijos o descendientes ex. artículo 813.2, al suponer para estos una

²⁶⁴ Como sucede por ejemplo en el Derecho gallego con el reconocimiento del usufructo universal a favor del viudo, incluso cuando el viudo sea legitimario, según los artículos 238 y 253 LDCG [Herrero Oviedo, M. "Reformulación del usufructo voluntario del cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, ", *Homenaje al Prf. Manuel Cuadrado Iglesias*, t. II, J. Gómez Gállico (Coord.), Colegio Registradores de España-Thomson-Civitas, (2008), pp. 1605-1625].

demora en el tiempo de adquisición de los bienes pertenecientes a la sucesión del causante. De modo usual, el mantenimiento de tal disposición testamentaria se supedita a la aquiescencia de los legitimarios quienes, en caso contrario, verán reducida su participación en la herencia a la legítima estricta. Se trata de un tipo de disposición a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos en esta sede, denominadas como cautelas de opción compensatoria²⁶⁵ o también cautela socini o sociniana, y que en todo caso es bien conocida por la doctrina y la jurisprudencia, que en ambos casos han reconocido su admisibilidad²⁶⁶.

²⁶⁵ Vallet de Goytisolo, 1963, pp. 281-344; sobre los presupuestos para que opere esta disposición testamentaria, Torres García/Domínguez Luelmo, (2012), p. 47; Ragel Sánchez, L.F., *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Madrid, Dykinson, (2004), pp. 173 ss. En la jurisprudencia STS 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001\9925) [comentada por Real Pérez, A, en *CCJC*, núm. 58, (2002), pp. 393-406, quien además resalta las diferencias entre la cautela socini expresa y la tácita contenida en el art. 820.3 CC]; más recientes y ya SSTs 27 de mayo de 2010, 21 de noviembre de 2001, 6 de mayo 2013 y la ya citada 17 de enero de 2014, si bien en el supuesto que dio origen a esta última no queda claro si existe una verdadera alternativa por un *quantum* mayor en caso de violación de la prohibición de intervención judicial, cuando la reclamación se hace precisamente para aumentar la cuota legitimaria.

²⁶⁶ Sobre el conflicto de intereses cuando la opción ha de ser ejercida por hijos menores de edad, Castán Pérez-

Volviendo al tema de la naturaleza del derecho reconocido legalmente al cónyuge creemos que, de mantenerse la legítima del viudo, los cambios sociológicos operados en las familias contemporáneas, las nuevas formas de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, e incluso las dificultades técnicas que pueden derivar de la concurrencia de propietarios y usufructuarios en una misma sucesión, aconsejan la opción por la propiedad y no por el derecho de goce²⁶⁷. Sin duda, con ello se evitan *ex ante* muchas querellas familiares, especialmente en aquellos casos en los que el viudo o viuda lo es de un segundo o ulterior matrimonio del causante de la sucesión y concurre con los descendientes del matrimonio o matrimonios anteriores²⁶⁸.

Gómez, J., "Cautela Socini y conflicto de intereses", *Libro Homenaje a Víctor Garrido de Palma*, Madrid, Consejo General del Notariado, (2010), pp. 1010.

²⁶⁷ El contraste entre ambas posibilidades, usufructo y propiedad, puede verse en Ferreira de Sousa Leal, A.C., *A legítima do cônjuge sobrevivente. Estudo comparado hispano-português*, Coimbra, Almedina, (2004).

²⁶⁸ Evitando así, por ejemplo, los problemas que derivan de la conmutación prevista en preceptos como los artículos 839 y 840 CC reformado por Ley 15/2005 de 13 de julio [Torres García/Domínguez Luelmo (2012) pp. 119 ss.]; también en artículos 255 y 256 LDCG; *vid* al respecto de este último cuerpo legal, con consideraciones comparadas con el primero Nieto Alonso, (2012), pp. 249-250.

Origen de problemas interesantes es el nombramiento voluntario como sucesor del cónyuge que, en el momento de la muerte del causante, ya está separado o divorciado, sin que se haya producido la revocación del testamento donde se establecía la institución²⁶⁹. Sabido es que esta cuestión no ha recibido, hasta el momento, respuesta expresa en el Código civil español, lo que origina dudas en la doctrina²⁷⁰ la cual, salvo voluntad testamen-

²⁶⁹ En la RDGRN de 26 de noviembre de 1998, ya citada, se planteó la negativa de la inscripción del testamento presentado por los hermanos del difunto, en el cual "se instituye por el testador como heredera a su esposa, aunque el matrimonio se había disuelto por divorcio cinco años antes de la muerte del marido; este ni otorgó otro testamento, ni revocó el que había otorgado, optándose por mantener su validez, basándose en que es doctrina consagrada que toda revocación debe observar "las solemnidades testamentarias necesarias para testar, pues ni la presencia de causas no previstas legalmente conlleva una revocación por ministerio de la ley".

²⁷⁰ Al respecto, puede verse, Torres García, "Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid (2004), pp. 25 ss; Cañizares Laso, A., "Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior", en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga, (2001), pp. 113-122; Egusquiza Balmaseda, M^a A, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi (2003), pp. 109; Gómez Calle, (2007), pp. 341 ss; En Cataluña, en el régimen anterior al CCCat, Casas Vallés, R., "La disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisi-

taria en contrario, en general apuesta por la ineficacia de la disposición tras la crisis matrimonial, sin dejar de reconocer las dificultades que puede plantear el régimen vigente; por ello, lo más oportuno sería introducir la pertinente modificación legal e incluir una disposición *ad hoc*, como la que ya se introdujo en Aragón en 1985 para el testamento mancomunado y que hoy se contiene con carácter general en el artículo 438 CDFA, en la misma línea, cada una con sus matices, de las recogidas en la Ley 201 FN, en el artículo 422-13 CCCat., o en el artículo 208 LDCG²⁷¹.

tudes del matrimonio. Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña", *ADC*, 1993, pp. 1747-1783, donde estudia los antecedentes en Derecho catalán, considerándola como una implícita presunción; Vaquer Aloy, A., "Testamento, disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio", *ADC*, (2003), pp. 67-100, donde plantea la posible inconstitucionalidad del artículo 132 CSCMC (pp. 94 ss.).

²⁷¹ Donde además también se contempla expresamente la situación de convivencia; según este precepto: "1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación. 2. Las disposiciones a favor del conviviente en unión estable de pareja devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia,

Entre los temas suscitados por la evolución de las estructuras familiares que, en las circunstancias presentes, nos obligan a hacer un esfuerzo de imaginación y construcción jurídica está el de los derechos sucesorios del conviviente de hecho. La sucesión de la pareja de hecho es una circunstancia a la que con frecuencia se enfrentan actualmente los tribunales, los cuales se encuentran, en muchos sistemas jurídicos, entre ellos el del Código civil vigente, sin respuesta legal directa. Algunos, como sucede en el caso del gallego cuando en la pareja concurren los requisitos establecidos²⁷², optan por la equiparación to-

o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.

²⁷² Cf. la ya citada Disposición Adicional Tercera, LDCG de 2006, modificada por Ley 10/2007. Como ya hemos dicho en una nota precedente, esta disposición, en ambas versiones, ha sido objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema en la STC 18/2014, de 30 de enero y STC 75/2014, de 8 de mayo; en ninguna de las dos ocasiones entró en el fondo del asunto, amparándose, básicamente, en que no se habían satisfecho de modo suficiente los juicios de aplicabilidad y relevancia derivados de la artículo 35 de la LOTC, pues el tribunal

tal de miembro supérstite de la pareja con el cónyuge viudo, lo que supone tanto su reconocimiento como legitimario, como su inclusión en el elenco de llamados a la herencia intestada²⁷³. Aún está por ver la trascendencia que a la larga tendrá en este tema la STC 93/2013 de 23 de abril, que considera inconstitucional gran parte de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad jurídica de las parejas estables; sentencia que de manera harto discutible, entre otras cosas afirma que "...únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja"²⁷⁴.

juzgador, antes de interponer la cuestión debía haber resuelto previamente las dudas sobre la aplicación temporal de la norma al caso. Con posterioridad, remitiéndose a las anteriores y con base en idénticos óbices procesales, sin entrar por ello en el fondo de la cuestión competencial, se ha pronunciado también en STC 125/2014, de 21 de julio de 2014 y 127/2014, de 21 de julio de 2014.

²⁷³ O en el artículo 452-1 a 6 del CCCat, reconociendo al superviviente de la pareja estable el derecho a la cuarta viudal; cf. asimismo el artículo 234-14 CCCat le reconoce los derechos viduales familiares.

²⁷⁴ La sentencia es objeto de crítica, entre otros, por Martín Casals, M. "El derecho a la convivencia anómica en pareja. ¿Un nuevo derecho fundamental?, *Indret*, julio, 2013, disponible en *indret.com*; Coca Payeras, M., "Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad", *Revista Derecho civil*, vol. 1, num. 1, enero-

Con todo, a pesar de conocer que una parte no desdeñable de los autores españoles apuestan por esta equiparación en un futuro reformado Código civil español entre viudo y miembro de la pareja supérstite²⁷⁵, estamos lejos de considerar que esta sea la opción más adecuada por razones que ya han sido expuestas en otra sede²⁷⁶. Nos limitamos aquí a señalar aquellos aspectos que podemos relacionar con la libertad del testador unido en pareja de hecho a otra persona.

Para comenzar, si el conviviente supérstite fuese considerado como heredero intestado, y en coherencia con el sistema de *opt-out* que parece el más respetuoso con los derechos en liza en las situaciones de convivencia no formalizada como matrimonio, creemos que el causante debería poder excluir al conviviente de los posibles llamados al *ab intestato*. Por supuesto esto podrá hacerse por testamento en uso de la libertad de testar; la cuestión

marzo (2014), pp. 29-48, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

²⁷⁵ Así, entre otras en relación con la sucesión intestada, Pérez Escolar, (2004), p. 745; Mesa Marrero, C, *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, (2006) p. 261; Espada Mallorquín, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Cizur Menor, Thomson Civitas (2007), p. 330; Nieto Alonso, (2010), p. 135.

²⁷⁶ García Rubio, (2012 a), pp. 1512 ss.

sería decidir qué valor otorgar a un contrato de convivencia por el que las partes acuerden no exigirse ningún tipo de derechos tras la finalización de la relación. Este tipo de acuerdos puede ser de especial interés para las parejas que inician la convivencia con cierta edad y que tienen hijos de anteriores relaciones cuyos derechos quieren preservar, por lo que debería considerarse su admisibilidad. Somos conscientes, desde luego, que si se reconoce efectos a esta posibilidad de exclusión pactada estaríamos ante un pacto de *non succedendo*, hasta ahora proscrito en el sistema del Código civil en virtud de la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios contenida, entre otros, en el artículo 1271.2 CC²⁷⁷, y a cuya virtualidad futura ya hemos hecho alguna mención.

²⁷⁷ Como es sabido, la regla general prohibitiva cuenta con algunas excepciones en el seno del propio Código Civil, la mayor parte de las cuales tienen su razón de ser precisamente en la comunidad de vida y de intereses generados por el vínculo matrimonial; tal es el caso de las donaciones *propter nuptias* de bienes futuros entre los contrayentes realizadas antes del matrimonio y sólo para el caso de muerte (artículo 1341.2 CC), la mejora irrevocable realizada en capitulaciones matrimoniales (artículo 827 CC), o la promesa de mejorar o no mejorar hecha también en capitulaciones matrimoniales (artículo 826 CC) (Hidalgo García, S., "Algunas consideraciones acerca de la naturaleza y funcionamiento de la mejora", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid

La segunda posibilidad sucesoria sería la de incluir al otro miembro de la pareja como legitimario, como se ha hecho ya en los ordenamientos catalán, gallego, vasco o balear en Mallorca y Menorca. A nuestro juicio, a pesar de los nada despreciables fundamentos de la postura contraria²⁷⁸, esta no es una buena opción, pues el respeto por la libertad tanto matrimonial (que incluye la de no verse sometido involuntariamente a los efectos del matri-

(2004), pp. 217-241, espec, pp. 227 ss.). En principio, la exigencia de la forma en capitulaciones matrimoniales excluye la posible extensión analógica a las parejas de hecho, de modo que éstas no podrán realizar válidamente estos pactos sucesorios admitidos con carácter excepcional; sin embargo, de *lege ferenda*, Espada Mallorquín, (2007), p. 471, estima que se debería admitir esta posibilidad siempre que los pactos entre convivientes se realizasen en escritura pública; la autora excluye, no obstante, el caso de las donaciones *propter nuptias*, ya que el artículo 1334 CC considera la celebración del matrimonio en el plazo de un año como un requisito de eficacia ineludible; no encuentra, sin embargo, razón de peso para excluir esta posibilidad a los convivientes Nieto Alonso, (2010), p. 136.

²⁷⁸ Así, Espada Mallorquín, (2007), pp. 385 ss., que sobre todo después de la reforma operada por la Ley 15/2005 ve claro que el fundamento de la legítima del viudo está precisamente en el mantenimiento de la convivencia *more uxorio* y no en el hecho del matrimonio, por lo que la analogía con la situación de pareja le parece evidente; también estima que deben reconocerse derechos legitimarios al conviviente Nieto Alonso, (2010), p. 125. Esta es la situación en Galicia para las parejas que cumplan los requisitos de la Disposición Adicional Tercera de la LDCG [Nieto Alonso (2012), p. 260-261].

monio), como la de testar en su más amplio sentido, exige que pueda excluirse al conviviente de la sucesión por la sola voluntad del futuro causante sin necesidad de que concurren causas de desheredación y se haga en forma testamentaria. También sería conveniente que el legislador estableciese las consecuencias que pueda tener la ruptura de la pareja previa a la muerte del testador en un testamento realizado antes y cuyo beneficiario principal sea el ex conviviente o que tenga alguna disposición a su favor (*v.gr.* 831 CC). La situación es similar al caso, ya anticipado, de separación y divorcio posterior al testamento que favorece al cónyuge y en principio la solución debe ser la misma. Pero la cosa se puede complicar, puesto que el divorcio y la separación legal entre cónyuges son actos jurídicos formales de fácil acreditación, mientras que la separación de hecho entre convivientes (o entre cónyuges²⁷⁹) frecuentemente serán más difícil de probar, aunque sin duda puede haber actos que la pongan en evidencia (por ejemplo, se habían pedido derechos derivados de la ruptura de la pareja).

²⁷⁹ Entre quienes también conlleva la pérdida de derechos sucesorios, en el caso del Código civil desde la modificación producida en los artículos 834 y 945 por la Ley 15/2005, de 8 de Julio [Pérez Escolar, M., "Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio en los Derechos Sucesorios del Cónyuge sobreviviente", *RJUAM*, nº 17, (2008), I, pp. 196 ss].

En definitiva, creemos que más que extender sin más los derechos sucesorios del viudo al conviviente supérstite es preferible establecer un sistema flexible que permita reconocerle derechos reales o personales frente a la herencia en función de las circunstancias del caso. Esta es también la conclusión a la que llega la citada STC de 23 de abril de 2013, si bien lo hace con argumentos que en buena medida no se pueden compartir²⁸⁰.

²⁸⁰ Se puede leer en el *Fundamento Jurídico* núm. 13: "El artículo 11 introduce ciertas modificaciones en tres Leyes de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, referidas al régimen sucesorio. El apartado 1 añade un párrafo a la ley 253 equiparando a la situación del cónyuge viudo al miembro sobreviviente de una pareja estable a efectos del usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al fallecido en el momento de su muerte. Por su parte, el apartado 2 modifica la ley 304.5 incluyendo a la pareja estable junto con el cónyuge viudo en el orden de llamamientos de la sucesión legal en bienes no troncales. Finalmente, el apartado 3 modifica la ley 341, disponiendo que el miembro sobreviviente no puede ser contador-partidor, al igual que el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo. Pues bien, las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, *sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro.*

En otro orden de cosas, cumple reconocer que la existencia de hijos u otros allegados con discapacidad y, por ello, con necesidades especiales, acrecienta el deseo de muchos testadores de contar con mayor libertad dispositiva a efectos de poder favorecer precisamente a esos sujetos²⁸¹. Los legisladores

Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada *ex lege* a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja. Máxime cuando la Compilación de Derecho civil foral de Navarra ofrece una amplia regulación que permite instrumentar la sucesión de los integrantes de la pareja que, partiendo de la libertad de disposición declarada en la ley 149, cuentan con las opciones que les ofrecen las donaciones mortis causa (leyes 165 a 171), los pactos o contratos sucesorios regulados en el título IV del libro II o, finalmente, el testamento de hermandad a que Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de se refieren las leyes 199 y siguientes.

Por tal razón, los apartados 1 y 2 del artículo 11, al desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, incurren en inconstitucionalidad por vulneración del artículo 10.1 CE".

El texto de la sentencia completa puede consultarse en *BOE*, núm. 123, de 23 de mayo de 2013, pp. 46 a 82.

²⁸¹ Torres García, T. "El hijo incapacitado como sucesor universal", en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), Madrid, La Ley, (2011) (2011 a), pp. 689-724. En el ordenamiento italiano, Vitucci (2005), pp. 573-574.

modernos, entre ellos también el del Código civil español, ha hecho ya algunos avances en este sentido²⁸², si bien de nuevo cabe señalar que las exigencias de la Convención de Nueva York probablemente reclaman ulteriores reformas. Asimismo, la actual coyuntura económica explica que también se busquen mecanismos voluntarios para garantizar en la mayor medida posible la estabilidad del patrimonio que se quiere transmitir como herencia (por ejemplo, limitando a lo mínimo exigible lo dejado al hijo concursado o embargado, beneficiando a los hijos de éste, nietos del causante), lo que también incide en la libertad dispositiva.

Por otro lado, la complejidad de las modernas estructuras familiares no hace extrañas las situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno de sus hijos, o incluso mantienen relaciones francamente

²⁸² Artículos 782, 808, párrafo tercero y 813 párrafo segundo, en relación a los incapacitados, introducidos por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre [vid. al respecto, Martín Meléndez, M.T., *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, (2010)]; por la misma ley, respecto a los discapacitados, 756.7^a, 822, y 1041 CC, [Torres García, (2011 a), pp. 712 ss.; Díaz Alabart, S., "La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de Sucesiones", en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz J. (dir.), Madrid, La Ley, (2011), pp. 849-934].

malas, y no están del todo conformes con que aquellos tengan una participación forzosa en su herencia o un crédito sobre ella. Este tipo de situaciones, que siempre han existido, han incrementado notablemente su número, en parte debido a la existencia de sucesivos matrimonios o parejas del testador, que a su vez significan sucesivos núcleos familiares, con hijos o grupos de hijos, no siempre bien avenidos entre sí²⁸³. Sabido es que tradicionalmente la figura de la desheredación para ser eficaz, exige la concurrencia de unas causas tasadas, graves, rígidas, y sometidas a una interpretación restrictiva y que, además, ha de hacerse en forma testamentaria²⁸⁴. No son

²⁸³ De suerte que se habla ya de hijos perdedores (los de anteriores vínculos, que no conviven) y otros ganadores (los de posteriores uniones que conviven) [García Cantero, G., "Qué generación debe responder de la presente crisis? XIV Congreso Internacional de la "International Society of Family Law", *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo (2013), pp. 531-593, especialmente p. 573].

²⁸⁴ Torres García/Domínguez Luelmo, (2012), pp. 67-68. Sin obviar la tipicidad de las causas de desheredación, no debe desconocerse el esfuerzo jurisprudencial por adaptarlas a la realidad contemporánea; al respecto, y con precedentes de interés como el representado por la STS de 26 de junio de 1995 (RJ\1995\5117) es interesante y sumamente instructiva la STS de 3 de junio de 2014 (JUR\2014\181499) que considera el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, al estimarlo incluido en el concepto de maltrato de obra del artículo 853.2 CC, por entender que

pocos los que cuestionan la conveniencia de esta situación al considerar de nuevo que también en este punto es deseable una mayor libertad de testar, si bien sea para ejercitarla de modo negativo, esto es, excluyendo a un legitimario. Esa ha sido, precisamente, la opción del legislador catalán de 2008, cuando en el artículo 451.17.2 e) incluye como causa de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario²⁸⁵.

las expresiones de precepto "deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen" y que la inclusión en dicha causa del maltrato psicológico "sienta su fundamento en nuestro sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios...". En la literatura previa, Barceló Domènech, J., "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves o de palabra", *RCDI* nº 682 (2004), pp. 473-519.

²⁸⁵ Disposición similar a la introducida en 1996 en el estado de Luisiana, Tate, (2008), p. 139. Sobre el significado de la norma catalana, Ribot Igualada, J., "Comentari al article 451-17", *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba (dir.), vol. I, Atelier, Barcelona, (2009), pp. 1393-1402, especialmente pp. 1399 ss., quien la considera una de las principales novedades de la regulación de la desheredación en el CCCat y la de mayor importancia práctica; Vaquer Aloy, (2012), pp 499-500,

La justificación ética de este tipo de preceptos en los casos de "abandono" de las obligaciones filiales frente al causante de la sucesión²⁸⁶

la relaciona directamente con la libertad de testar del causante para que, privando de la legítima a quien no ha mantenido el trato familiar, pueda favorecer a aquel de sus descendientes, o al cónyuge o conviviente que mejor le haya atendido. La jurisprudencia menor recaída hasta la fecha estima que dicho precepto es de interpretación restrictiva), que para su aplicación es necesario que se acredite una total ausencia de relación familiar entre padres e hijos, que la misma sea manifiesta, es decir, pública y conocida, continuada y constante en el tiempo, y que la causa sea imputable exclusivamente al hijo/hija sin intervención de los padres, lo que se ha equiparado a que se pueda probar que la voluntad del padre o madre que deshereda ha sido la de comunicarse y tener constancia de la vida cotidiana del hijo (cf. SAP Tarragona de 28 de enero de 2014, JUR\2014\46676, en un supuesto en el que se pedía la extinción de la obligación de alimentos por la remisión del art. 237-13 e) CCCat).

²⁸⁶ Como se menciona en la nota precedente, por la remisión contenida en el art. 237-13 del Libro II del CCCat a las causas de deshederación, la ausencia manifiesta y continuada de relación en los términos antedichos en la precedente nota es también causa de extinción de la obligación de alimentos, aunque el alimentista no tenga la condición de legitimario. En el mismo sentido, el Anteproyecto de Ley de sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar en caso de ruptura de la convivencia, destinada a la modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en varias materias, pendiente de su tramitación parlamentaria en el momento de redactar estas líneas, incluye un nuevo número 6º en el artículo 152 CC a fin de considerar, como causa de cesación de la obligación de alimentos entre parientes, "Cuando no hubiere relación entre el

no puede ocultar algunos inconvenientes, como el de ser semillero seguro de reclamaciones judiciales²⁸⁷ y fuente de algunos efectos colaterales seguramente no deseados que cualquier propuesta de cambio legislativo debería sopesar.

Desde la perspectiva contraria, es fácil pensar en algunas modernas estructuras familiares o cuasifamiliares en las que los lazos entre sus miembros son lo suficientemente estrechos como para plantear si no sería deseable la existencia entre ellos de derechos sucesorios. Analizaremos seguidamente con un cierto pormenor el caso de las personas que han cuidado en vida al causante de la sucesión. Pero, aunque sea con un mero apunte, no queremos dejar de mencionar otro tipo de relaciones como la que se puede dar entre un sujeto adulto y los hijos de su pareja o su cónyuge, que aunque no sean hijos naturales ni adoptivos del futuro causante de la herencia, pueden haber convivido con él y mantener una relación de afecto y hasta de dependencia económica. Es evidente que, salvados los

alimentante y el alimentista de forma manifiesta y continuada, si fuera por causa imputable a este último"; ninguna previsión similar existe, sin embargo, en materia de desheredación.

²⁸⁷ Lo que expresamente reconoce el Preámbulo de la ley catalana 10/2008.

derechos de los legitimarios si los tuviera, el causante puede hacer un testamento beneficiando a estos sujetos. Con todo se podría pensar, tal vez, en la conveniencia de revisar las normas supletorias de la sucesión intestada, con el fin de hacerlas más coherentes con una de las explicaciones funcionales que se ha dado a este tipo de reglas: la de ser expresión de la voluntad presunta del testador²⁸⁸.

B) Los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores del testador

También dentro de las preocupaciones sociales más actuales, es fácil constatar el creciente interés por los problemas surgidos en torno a las interferencias entre las relaciones de cuidado y el Derecho sucesorio. No en vano, como ya se apuntado en otro apartado,

²⁸⁸ Sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la sucesión intestada, entre ellos el de la voluntad presunta Pérez Escolar, (2003), pp. 59 ss. En relación con el no solo posible sino incluso probable deseo de los causantes de beneficiar los "*stepchildren*" en el Derecho norteamericano, reflejando estudios empíricos, Hirsch, A., "Default Rules in Inheritance Law: a Problem in Search of its Context", *Fordham Law Review*, vol. 73, (2004), pp. 1031-1101, extendiendo también la consideración al caso de los hermanastros que han crecido juntos y que con las actuales reglas supletorias -al igual que sucede en España, por cierto- carecen de derechos intestados (cf. espec, pp. 1091-1092).

el incremento notable de la expectativa de vida hace que cada vez sean más y por mayor tiempo los individuos que en una etapa más o menos larga de su vida necesitan de la asistencia y atención de otros; estos realizan tal tarea a veces gratuitamente, otras a cambio de una contraprestación y en ocasiones a cambio de meras expectativas sucesorias en la herencia del quien recibe los cuidados (o de un tercero) que no siempre se materializan. Asimismo, el también significativo aumento de personas de cualquier edad con discapacidades físicas y/o psíquicas, que están en condiciones de sobrevivir a sus padres o a otras personas que se vienen ocupando de ellos, hace que estos últimos se interesen cada vez más por tratar de asegurar, a través de sus disposiciones *mortis causa*, el futuro cuidado de aquellas personas.

No se trata de problemas enteramente nuevos, aunque las nuevas circunstancias sociológicas²⁸⁹ y normativas crean a su vez nuevos interrogantes, a los que no siempre el Derecho vigente está en condiciones de responder de la mejor manera.

²⁸⁹ No en vano, como señala Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. De Greppi, A., Trotta, (2010), p. 253, se viene discutiendo precisamente del paso de la sociedad del "bienestar" a la sociedad del "cuidado".

Es fácil imaginar el problema que se suscita cuando en aparente uso de su libertad de testar, el autor del testamento otorga disposiciones a favor de personas que están (o incluso pueden llegar a estar) encargadas de su cuidado y que no tienen por qué ser, ni a veces lo son, sus más cercanos parientes, "esperados" destinatarios del patrimonio hereditario dejado por aquél; estos últimos, ante un evento como el supuesto, tratan de demostrar que en realidad el testador no actuó con libertad, sino que su voluntad fue manipulada de manera capciosa por el favorecido. Una situación de este tipo se planteó, por ejemplo, en la ya citada STS de 10 de junio de 2005, en un supuesto de testamento otorgado en peligro de muerte que favorecía a los titulares de la residencia donde se cuidaba al testador, y que a la postre fue considerado nulo porque el tribunal entendió que en el caso no estaba justificada la no intervención notarial.

La experiencia comparada nos muestra casos donde subyacen intereses similares a los puestos de relieve en esta sentencia, lo que ha motivado la reacción de algunos legisladores más o menos próximos que han dictado disposiciones legales *ad hoc*. Así sucede por ejemplo con el artículo 909 del *Code* francés, modificado por Ley de 5 de marzo de 2007, en vigor desde el 1 de enero de 2009, y que en su último párrafo establece que los mandatarios

judiciales de protección de mayores y las personas morales a nombre de los cuales ejercen su función, no pueden beneficiarse de disposiciones *inter vivos* o testamentarias de las personas protegidas, aunque se reconocen excepciones para ciertas disposiciones remuneratorias y para las universales a favor de los parientes hasta el cuarto grado²⁹⁰, solución en cierta medida similar a la que se deriva del Código italiano en relación con la figura del "*amministratore di sostengo*"²⁹¹.

En el caso alemán el conflicto de intereses se ha tratado de llevar por la vía del § 134 BGB, precepto que como es bien sabido esta-

²⁹⁰ Jubault, (2010), p. 481, quien cita asimismo el artículo L.331-4 del *Code de acción social de las familias*, que reenvía al artículo 909 y 911 del *Code civil* para recoger otras incapacidades de recibir a fin de proteger a los pensionistas en relación con los propietarios, administradores y empleados de los establecimientos hospitalarios.

²⁹¹ García Rubio/Otero Crespo, (2011), p. 233; Bonilini G/Chizzini, A, *L'amministrazione di sostengo*, Padova, Cedam, (2004), pp. 161 ss; Sconamiglio, C., "La capacità di ricevere per testamento", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Bonilini G. (dir.), II, *La sucessione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 187; Palazzo, A./Sassi, A., "Protezione di soggetti deboli", en *Trattato della Successione e dei Negozi Successori*, 2. *Negozi Successori anticipatori*, Torino, UTET, (2012), p. 523; AAVV, *Tutela ed amministrazione di sostengo*, Col. Dir. Da Bruno de Filippis, Padova, Cedam (2012), pp. 305 ss.

blece la nulidad de las declaraciones negociales contrarias a una prohibición legal, siendo así que el § 14 de la *HeimGesetz* prohíbe a los directos y empleados de los centros asistenciales públicos –aunque también en algún caso se ha aplicado a centros privados– recibir ventajas patrimoniales de los residentes, y que ha sido considerado por los tribunales aplicable a las disposiciones testamentarias²⁹². Por ser considerada una fuerte limitación a la libertad de testar²⁹³, esta última norma fue sometida al control de constitucionalidad del BVerfG, quien en una decisión de 1998 la consideró conforme con la ley fundamental tras realizar el juicio de ponderación del citado límite con los públicos beneficios derivados de la prohibición citada, concretados en la protección frente a la explo-

²⁹² Tanck M., "Gestaltung von letztwilligen Verfügungen", en *Erbrecht. Testamentsgestaltung/ Vertragsgestaltung/Prozessführung*, Tanck/Uricher (Hrsg.), 2 Auflage, Nomos, (2011), pp. 774-775, quien da cuenta además de algunos cambios introducidos por algunos Länder en esta norma como consecuencia de la ley que modificó la distribución de competencias entre aquellos y el Estado federal y que siguen presentando dudas de constitucionalidad.

²⁹³ Frank, R., *Erbrecht*, 4^a Auf., München, Verlag C.H. Beck, (2007), pp. 44-45; Tersteegen J, /Reich, Th, *Erbrecht in Europa, Deutschland*, Zerb. Verlag, (2008), p. 483; Röthel, (2011), p. 162, quien además señala que para otra parte de la doctrina la limitación se juzga insuficiente.

tación económica de los testadores vulnerables, la protección de los centros residenciales frente al riesgo de dispar tratamiento de los residentes en función de sus posibilidades económicas y la protección de la libertad de testar, libre de influencias, de los propios residentes²⁹⁴.

Todos estos ejemplos muestran una clara desconfianza hacia las disposiciones hechas a favor del cuidador (o de cierto tipo de cuidadores) en la sospecha de que pueden ejercer una influencia indebida en la voluntad del testador, para que este abandone sus afectos "naturales" en beneficio de esos cuidadores. No cabe duda de que quienes están físicamente más próximos al testador, más o menos vulnerable, en el momento de hacer testamento son quienes más fácilmente pueden captar su voluntad, por lo que parece que este tipo de casos la función profiláctica que cumple la "incapacidad relativa para suceder", que se incluye en normas como las descritas en el ámbito comparado, resulta tan justificada o más que en otros supuestos legalmente previstos en el Código civil español, como el del confesor, tutor, curador, o notario que autoriza el testamento (artículos 752 a 754 CC). Sin embargo, desde otro punto de vista, una prohibición de suceder para las personas que

²⁹⁴ García Rubio/Otero Crespo, (2011), p. 234.

se han ocupado del cuidado del testador cuando más lo necesitaba choca frontalmente con el legítimo deseo de recompensar a las personas que han tenido actitudes bondadosas y generosas con el causante y, en definitiva, supone una restricción muy fuerte a la libertad de testar en sentido negativo. Es más, la falta de retribución o retribución insuficiente en vida que muchas veces caracteriza estas formas de cuidado, hace que tampoco sean justas prohibiciones *ex ante* como las previstas en los sistemas jurídicos mencionados, sobre todo si estas no permiten matizar en función de las circunstancias del caso²⁹⁵.

El legislador catalán de 2008 trató de encontrar una solución intermedia recogida en el artículo 412.5.2. CCCat, cuando señala "Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, sólo pueden ser favorecidos con la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio". De este modo, limitándose al caso de las relaciones asistenciales privadas de índole contractual, la regla reproducida no establece un nuevo supuesto de inhabilidad

²⁹⁵ García Rubio, (2011), p. 621; García Rubio/Otero Crespo, (2011), pp. 239 ss.

sucesoria, sino una serie de cautelas formales destinadas a preservar la integridad de la voluntad testamentaria de la persona sometida al cuidado, dejando una vez más en manos del notario la salvaguarda de esa libertad.

Un punto de vista diferente es el adoptado por el legislador gallego, que a través de las disposiciones contenidas en los artículos 203 y 204 LDCG parece admitir con carácter general la validez de la disposiciones otorgadas a favor de la persona que cuide al testador²⁹⁶. Así, el primero de los preceptos citados, después de recoger en su párrafo primero la regla clásica según la cual "Toda disposición a favor de persona incierta será nula, salvo que por algún evento pueda resultar cierta", reconoce expresamente que "Será válida la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien

²⁹⁶ Espinosa de Soto, J.L., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Rebolledo Varela, A.L. (Coord.), Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, (2008), pp. 870 ss; Rueda Pérez, J.M., en *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado (2007), pp. 205-298, quien pone de relieve cómo este tipo de disposiciones son materia tradicional de testamentos otorgados en Galicia (p. 206).

determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador"²⁹⁷. Es indudable que el precepto pretende favorecer la libertad dispositiva del testador reconociendo la posibilidad de que, a pesar de concurrir en ella un cierto grado de incerteza, realice una disposición a favor de la persona que le cuide sin concretar quién ha de ser exactamente esta, y sin que quede excluido *a priori* ningún cuidador, familiar o no, empleado o no, o de asistencia pública o privada. Una vez más el criterio de justicia conmutativa que subyace en una norma de este tipo no debe ocultar las dificultades que puede originar su aplicación y el más que probable conflicto que puede plantear una disposición como la descrita. Aunque la norma atribuya al testamentero o albacea la determinación de quién ha de ser la persona favorecida, lo cierto es que ha de designar precisamente a quien ha cuidado al testador en el sentido querido por este y no a cualquier otra persona; de lo contrario estaríamos ante un caso de disposición testamentaria hecha por tercero, lo que no es de recibo,

²⁹⁷ Por su parte, el artículo 204 LDCG reconoce "También será válida la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Si el testador designara testamentero, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria". Sobre las diferencias entre esta y la regla precedente, Rueda Pérez, (2007), pp. 213 ss.

pues también en Derecho gallego el testamento es un acto genuinamente personalísimo, salvo que se trate de un testamento por comisario (artículos 196 ss. LDCG). A mayores, y entre otras muchos interrogantes cuya respuesta no podemos abordar aquí, se debe considerar la posibilidad práctica de existencia de conflicto de intereses entre el propio testamentero encargado de la determinación de la persona que ha cuidado al testador y quien se considera legitimado para reclamar el beneficio de la disposición por autocalificarse como cuidador²⁹⁸.

En el seno del Código civil español cabría también considerar la posibilidad de instituir heredero o legatario a la persona cuidadora, previsión que puede plantearse con fórmulas diversas; por ejemplo, a través de una cláusula testamentaria que, vista desde el momento de la disposición, mire al futuro: algo así como "a la persona que me cuide o que me atienda"; o, con una formulación del tipo "instituyo a Pedro si me cuida", la primera de las cuales plantearía cuestiones relacionadas con la certeza de las disposiciones, mientras que las del segundo tipo suponen disposiciones condicionales, si bien con condición im-

²⁹⁸ Sobre los problemas planteados por los preceptos citados en relación con la designación, Rueda Pérez, (2007), pp. 274.

propia en el sentido de que el evento condicionante es un hecho futuro en el momento de redactar el testamento, pero que será un hecho pasado una vez que se produzca el fallecimiento, momento en el que habrá de verificarse²⁹⁹. En ambos casos, disposiciones del tipo de las descritas han sido reconocidas como válidas en la jurisprudencia³⁰⁰.

Los ejemplos recogidos sirven para mostrar las dificultades que plantean las disposiciones testamentarias destinadas a favorecer a quienes han ejercido las labores de cuidado del testador (o de otras personas allegadas a este, como sus hijos u otros parientes discapacitados), así como la dificultad de encontrar soluciones generales que satisfagan

²⁹⁹ Lacruz Berdejo, (1971), p. 481; Lacruz Berdejo (1981), p. 271.

³⁰⁰ Así, entre las formuladas como condición, pueden citarse entre otras, STS 9 de mayo de 1990 (RJ\1990\3696) o la de STS 3 de diciembre de 2009 (RJ\2010\269); en otras ocasiones se han considerado disposiciones modales, como en la STS de 21 de enero de 2003 (RJ\2003\604), en el que se toma en cuenta además la prueba extrínseca, entre ellas la conducta de la testadora, para la interpretación del testamento controvertido. Entre las planteadas en términos de certeza del designado, ha considerado que cumple los requisitos exigidos por los artículos 750 y 772.2 CC, una la institución de heredero a favor de la persona que durante su última enfermedad cuidase y asistiese asiduamente al testador y que además se prestase gustosa a hacerse cargo de su perra, la STS de 21 de diciembre de 1920.

a priori los requerimientos de todo tipo de situaciones.

Pero las relaciones de cuidado pueden generar muchos otros problemas conectados con el Derecho de sucesiones y con algunos de los tópicos a los que ya se ha aludido precedentemente³⁰¹. A título de ejemplo, no cabe duda de que un mayor ámbito en la libertad dispositiva del testador en el sentido negativo antes señalado, le permite una mayor libertad para otorgar beneficios *post mortem* a sus cuidadores, tanto si estos están en el círculo de los posibles legitimarios, como sobre todo si están fuera de él. Es cierto que en un sistema de legítima larga como el del Código civil, la institución de la mejora que permite la desigualación entre los descendientes³⁰² puede ser utilizada, y de hecho lo es en muchos casos, precisamente para beneficiar a aquel de los hijos o descendientes que se ha ocupado en mayor medida del testador o que ha ejercitado las labores de cuidado, a veces incluso con renunciaciones de tipo personal o en su carrera³⁰³, labores que en la mayor parte de los

³⁰¹ En el Derecho norteamericano y con defensa de la libertad de testar como instrumento idóneo para la tutela del cuidador, Tate, (2008), *passim*.

³⁰² Sobre la naturaleza auténticamente dispositiva y no meramente distributiva de la mejora, Hidalgo García (2002), p. 220.

³⁰³ Lo cual no significa que necesariamente tenga que

casos no son retribuidas y que en las actuales circunstancias en no pocas ocasiones tienen que simultanear con el cuidado de los propios hijos e incluso de los nietos.

Pero también lo es que un sistema en el que la legítima no exista o sea muy pequeña, las posibilidades de beneficiar al cuidador, sea o no pariente o cónyuge, son todavía mayores; nótese además que tampoco el cuidador "extraño" recibe siempre una retribución por sus labores de cuidado, pues por un lado muchas personas ancianas, dependientes o discapacitadas no disponen de medios para pagarles, y en otros muchos casos son los cuidadores los que desean hacerlo de forma gratuita. La libertad de testar permite precisamente que se recompensen los servicios prestados durante la vida del testador a través de disposiciones *mortis causa*, que no tienen por qué exactamente la contraprestación de aquellos servicios, pero que de alguna manera, como expectativas, pueden estar en el horizonte de las/los cuidadores y ser además convenientes para los que reciben el cuidado. Pensemos en una anciana que necesita asisten-

haber una situación de conflicto entre los hermanos, o entre los distintos hijos del sometido a cuidado; a veces son meras circunstancias fácticas, pero el resultado es que un hijo o varios (normalmente hijas) soportan las labores de cuidado y otros no.

cia y tiene como únicos bienes su pequeña pensión y la casa donde vive; la primera le permite cubrir sus necesidades vitales pero no pagar a una asistente profesional; su vecina realiza esas labores de asistencia por las cuales la anciana testa en su favor, instituyéndola como heredera o legándole la propiedad de la casa.

Por otro lado, es inevitable que algunos testadores hayan hecho en vida promesas a sus cuidadores que después de la apertura del testamento se ven defraudadas; incluso en algunos casos esas promesas han podido concretarse en verdaderos contratos convenidos por ambas partes del tipo "todo esto será tuyo si me cuidas" "te dejaré mi casa si me cuidas", etc., que *ex post* no resultan respaldados por el testamento de la persona que ha recibido el cuidado. De nuevo el Derecho comparado nos puede servir de auxilio a la hora de buscar posibles soluciones. En este sentido es interesante la experiencia del *common law*, donde la categoría de los contratos sucesorios resulta totalmente desconocida, pero donde los *contracts to make a will* por los que una persona se compromete a dejar a otra en testamento parte o todo su patrimonio, siempre que reúnan los requisitos exigidos a todo contrato (incluida la existencia de *consideration*), son válidos, como también lo son aquellos por los que el promitente se

compromete a mantener un testamento en el que se favorece al promisorio, situaciones todas ellas que se mueven en el puro derecho de contratos y cuyo incumplimiento da lugar a los remedios propios de este sector del ordenamiento, de suerte que el promitente conserva su libertad de testar pero, si incumple la promesa, los beneficiarios tendrán, como regla general, un crédito contra la herencia como consecuencia del incumplimiento del contrato³⁰⁴.

No sucede lo mismo en los regímenes del *civil law*. En un sistema como el del Código civil que no admite los pactos sucesorios, o incluso en sistemas de pactos sucesorios típicos, como la mayoría de los que los admiten (v. gr, el catalán o el gallego), parece que no es posible reclamar judicialmente a los herederos el cumplimiento de acuerdos del tipo descrito. Cabe plantearse entonces qué pueden hacer, si es que algún derecho les asiste, esos cuidadores defraudados. A primera vista, excluida la vía contractual, habrá que acudir a las normas generales en materia patrimonial, que, en último término, conducirán a la *condictio por impensas* derivada del

³⁰⁴ Rodríguez-Uría Suárez, I., *Ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela. Estudios de Derecho Internacional privado. Universidade de Santiago de Compostela. 2013, pp. 62 y ss.

enriquecimiento sin causa del testador y, en consecuencia, de su herencia o, de darse sus presupuestos, a la reclamación de la indemnización de daños ex. artículo 1902³⁰⁵.

C) La decisión sobre el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital

Otro de los temas que interesa destacar por su innegable relación con la voluntad del causante, es el relativo al destino *post mortem* de derechos que no tienen una dimensión exclusivamente patrimonial, por derivar bien de los llamados derechos de la personalidad, o bien de decisiones o relaciones cuya relevancia para el tiempo posterior al fallecimiento de la persona que las protagoniza no está, a día de hoy, suficientemente aclarada.

Respecto de la disponibilidad *mortis causa* de los bienes o derechos de la personalidad³⁰⁶, el punto de partida desde el plano normativo tiene que ser la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, de cuya Exposición de Motivos, unida a la regulación de la materia contenida en los artículos 4, 5,

³⁰⁵ Sin que podamos dejar de recordar, una vez más, que estas normas generales no pueden ser utilizadas para evadir las reglas sucesorias (entre las que está el 1271.2).

³⁰⁶ Más ampliamente, García Rubio, (2013), pp. 621.

6 y 9.4, se solía extraer la conclusión de que los derechos de la personalidad del fallecido no formaban parte de su herencia³⁰⁷. Ello no impedía la transmisibilidad de ciertas acciones destinadas a hacerlos valer, así como la transmisión de los efectos patrimoniales de lesiones producidas en vida del titular del derecho en cuestión. Así, los artículos 4 y 6 contemplan el supuesto de muerte del titular del derecho lesionado en función del momento en que la lesión se produjo, como recuerda la Exposición de Motivos el primero se destina a la protección de la memoria del fallecido cuando se pretende lesionar esta, es decir, después de la muerte del titular; el segundo contempla situaciones en las que la lesión se produjo en vida del titular del derecho de la personalidad, pero sin que este hubiera podido ejercitar las acciones para hacerlo valer. La doctrina destaca en el primer caso la decisión del legislador de desconectar memoria del fallecido y herencia del causante, como muestra que las acciones de tutela de la primera corresponderán, en primer lugar, a la persona designada al efecto en testamento, y en su defecto, al cónyuge y parientes más allegados, que no tienen por qué ser sus herederos, aunque sí lo serán de las posibles

³⁰⁷ Espejo Lerdo de Tejada, "Comentario al artículo 659" en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid, Lex Nova, (2010), p. 776.

consecuencias patrimoniales de esa protección de la memoria "en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados" en virtud del artículo 9.4 LOPDH. Por su parte, el artículo 6 está pensando exclusivamente en efectos patrimoniales de acciones que nacieron en vida del causante y por eso el artículo 9.4 LOPDH estima que la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado, aunque también se mantenga la legitimación de las personas previstas en el ya citado artículo 4. Lo que interesa destacar aquí y ahora es que esta regulación pone de manifiesto una mayor libertad dispositiva del causante, que puede elegir a la persona destinada a tutelar su memoria y algunas consecuencias de la lesión de sus derechos de la personalidad, siempre que lo haga en testamento; al desconectar esa función del carácter de heredero, el precepto se distancia del concepto romano clásico del heredero como continuador de la personalidad del causante, y permite a este una mayor libertad a la hora de elegir a la persona física o jurídica que mejor puede hacerse cargo de la tutela de tan particulares derechos.

Parece oportuno señalar también que la regulación que se acaba de resumir olvida un supuesto de hecho de creciente importancia, toda vez que resulta fácil constatar la progresiva patrimonialización de los derechos de la

personalidad de la persona difunta³⁰⁸: el supuesto en cuestión es el de violación del derecho de la personalidad de la persona fallecida cuando dicha violación consiste en la utilización, sin autorización, de derechos como el nombre o la imagen de la persona en cuestión, obteniendo con ello el usurpador beneficios económicos. Repárese en que, genuinamente, el supuesto de hecho no está ni en el artículo 4 LOPDH, que se refiere a los aspectos extrapatrimoniales de la violación *post mortem*, ni en el artículo 6 de la misma ley, que se refiere a los aspectos patrimoniales de la violación en vida y a su traspaso a la herencia³⁰⁹. Pues bien, a nuestro entender, esa

³⁰⁸ Delgado Echeverría, (2011), p. 8; una muestra más de la falta de exactitud de calificarlos como de naturaleza extrapatrimonial, como ya se pone de relieve en García Rubio, (2013), pp. 616 ss.

³⁰⁹ García Rubio, M.P., "Los derechos de la personalidad" *Tratado de Derecho de la Persona Física*. Tomo II, Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, (2013), p. 622. Tampoco la jurisprudencia nos ayuda; la STS de 21 de diciembre de 1994, que contempla precisamente un caso como el descrito, elude el tema al considerar, erróneamente, que no había habido intromisión ilegítima. Más certera fue la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 1 de diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*, *Juristenzeitung*, (2000), p. 1056, en el que el alto tribunal germano tuvo que decidir sobre si, para el Derecho alemán formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que

laguna en la ley citada no impide que el causante, en uso de su libertad dispositiva, pueda designar voluntariamente a los destinatarios de los beneficios económicos que pueda generar su personalidad después de su falleci-

permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopadoras Xerox para que usara el seudónimo "Ángel azul" en un anuncio publicitario. La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales (a) si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos (b) si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular. El tribunal contestó afirmativamente a ambas cuestiones, resaltando la importancia de la autodeterminación como uno de los valores que sustentan el derecho general de la personalidad y fundamentando en dicho valor el derecho a controlar la explotación comercial de la identidad. Añadió además que el derecho general de la personalidad y sus formas especiales de manifestación sirven primariamente a la protección de intereses no materiales, pero también protegen intereses de la persona que tienen valor económico. En fin, el tribunal dio un paso importante al reconocer la transmisibilidad por vía hereditaria de los componentes comerciales del derecho de la personalidad de Marlene Dietrich, afirmando también que los intereses no materiales del fallecido habían de ser defendidos por sus parientes y allegados. El Tribunal Constitucional alemán confirmó la constitucionalidad de la protección dispensada *post mortem* en su decisión de 22 de agosto de 2006 (BVerfG, 1 BvR 1168/04 vom 22.8.2006).

miento, designación que en el régimen del Código civil habría de hacerse en testamento y constituiría un legado atípico (o en su caso un prelegado); el causante, podría también, en uso de su libertad dispositiva, establecer las cautelas o modalidades que tuviera por conveniente, de suerte que los beneficiarios estarían legitimados para exigir la tutela *post mortem* de los derechos patrimoniales derivados de la violación de un derecho de la personalidad susceptible de generarlos (vertiente defensiva o negativa), así como para negociar con ellos (vertiente positiva); en todo caso habrían de hacerlo respetando la libertad de testar del titular del derecho³¹⁰. Matizamos también que, de no establecerse nada, los beneficiarios serían los herederos.

La segunda cuestión que vamos a tratar en este punto es la relativa al juego –si es que tiene alguno– de la libertad de testar en relación con la protección del llamado patrimonio digital (cuentas de *e-mail*, blogs, redes sociales, etc), un tema que en nuestro Derecho todavía está ausente de regulación *ad hoc*³¹¹, y que por razones bastante evidentes, está destinado a tener una importancia creciente en la medida en que las huellas que dejamos en el

³¹⁰ García Rubio, (2013), p. 623.

³¹¹ A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en algunos Estados de EEUU y Canadá.

espacio digital ni son bienes tangibles que se puedan incorporar a la herencia sin más, ni mueren con nosotros, como recientemente se ha puesto de manifiesto en la STJUE de 13 de mayo de 2014, reconociendo el llamado "derecho al olvido"³¹². Como en tantos otros aspectos, estas nuevas realidades tecnológicas constituyen un auténtico reto para el mundo del Derecho, en este caso sucesorio, reto que no pretendemos afrontar en esta sede, donde nos limitaremos a dar cuenta con trazo grueso de algunos problemas.

En el tema que ahora nos ocupa es innegable que los recursos que una persona fallecida puede dejar en el espacio digital pueden ser de muy diversa naturaleza: algunos datos personales, como imágenes y fotografías personales y familiares, datos médicos, listas de teléfonos de amigos y conocidos, etc; algunos de estos datos o de otros pueden estar compartidos en las redes sociales; los datos pueden ser también de naturaleza económica, como cuentas bancarias, cuentas en servicios de pago como Pay-pal, cuentas en tiendas *on line* de todo tipo; en algunos casos, el empresario o pequeño empresario cuenta con datos de relevancia económica para la empresa como

³¹² Baste señalar que, en la práctica, ya existen empresas que ofrecen la gestión *post mortem* de esas huellas, servicio que también comienzan a proponer algunos de los gigantes de Internet.

listas de clientes, de proveedores, de acreedores o deudores, etc; en otras, la persona en cuestión puede tener alojado en algún lugar del espacio digital documentos o escritos de indudable valor, como el escritor que tiene originales en *Dropbox*, o el científico que tiene sus últimos trabajos inéditos en ese mismo lugar. Sin lugar a dudas, la transcendencia sucesoria en unos y otros casos puede ser muy diversa.

En buena parte de los casos, aunque no siempre, los proveedores de los servicios de Internet han establecido en sus contratos con el cliente original algún tipo de previsión sobre los efectos de la muerte del cliente en relación con el acceso a sus datos o con la extinción de los mismos, previsión que normalmente el cliente se ha limitado a aceptar ¿Puede el testador establecer en su testamento el destino de este tipo de datos, el sujeto o sujetos que puede acceder a los mismos y en su caso quien puede explotarlos o beneficiarse de ellos si tuvieren algún valor patrimonial, a modo de lo que ya viene siendo llamado "testamento digital"? Si las condiciones contractuales cumplen los requisitos de inclusión y contenido propia de este tipo de contratos, ninguna disposición testamentaria tendrá eficacia si contradice aquel contenido (por ejemplo *Facebook* dice que se extingue la cuenta a los tres meses de la muerte, por tanto no se

puede dejar a nadie su uso ilimitado en testamento); si no hay esa contradicción nada parece impedir que, en uso de su libertad de disponer *post mortem*, el causante otorgue el acceso a una determinada persona, quien será una especie de albacea testamentario particular si la atribución no tiene contenido económico y un legatario (o prelegatario) si ese contenido existe.

D) La globalización, internacionalización y europeización del Derecho de sucesiones

El Derecho de Sucesiones ha dejado de ser una parte del Derecho privado relativamente minoritaria y poco conocida por la mayoría, como sin duda lo ha sido durante mucho tiempo. A ello se añadía su fuerte apego a la historia de cada país y a las tradiciones nacionales, lo que hacía que este sector del ordenamiento fuese un terreno poco permeable a los reclamos de la internacionalización y, como consecuencia, a la unificación o al menos la aproximación de los distintos sistemas europeos. Los comunes valores, la homogeneidad de los problemas suscitados en los países del entorno europeo y el notable incremento de las sucesiones en las que existe un elemento de internacionalidad³¹³, han producido un giro

³¹³ Las cifras no son concluyentes; en el Libro Verde

radical en este planteamiento, de suerte que en nuestros días también el Derecho sucesorio está muy afectado por la globalización y la internacionalización, sobre todo, aunque no solo, a escala europea, lo que también se manifiesta en los trabajos doctrinales que se publican sobre la materia³¹⁴.

Con atinada expresión Pintens ha constatado la existencia de un proceso de "armonización espontánea" derivada de los cambios sociológicos producidos por los continuos flujos de personas, de problemas y de ideas que caracterizan la Europa de nuestros días³¹⁵.

Como manifestación de esta armonización espontánea el citado autor menciona dos temas particulares ya referidos en este trabajo con anterioridad: la porción legal del cónyuge

sobre Sucesiones y Testamentos de 2005 se calculaban unas 50.000 sucesiones transfronterizas, la Propuesta de Reglamento de 2009 fue precedida de un sorprendente aumento de esta cifra que se elevó hasta 450.000 sucesiones, por una cuantía global de 123.300 millones de euros.

³¹⁴ Al respecto señala Álvarez González, S., que el Derecho de sucesiones está de moda en Derecho Internacional Privado y que es además una moda actual y sin precedentes, puesto que las sucesiones internacionales no han suscitado tradicionalmente un interés multitudinario entre la doctrina científica ["Legítimas y Derecho interregional", en *Tratado de Legítimas*, Torres García, T. (Coordinadora), Barcelona, Atelier, (2012), pp. 153].

³¹⁵ Pintens, (2011), p. 8; Verbeke A-L./Leleu Y-H, (2011), p. 475.

sobreviviente y la porción necesaria de los hijos (la legítima). Respecto a lo primero, como ya se ha dicho, se observa la tendencia a pasar del usufructo a la plena propiedad y a incrementar la porción legal en detrimento de los hijos o, con mayor razón, de otros parientes. Por lo que atañe al segundo, se aprecia que la porción forzosa a favor de los hijos existe, con una u otra configuración, en casi todos los sistemas, fundándose tradicionalmente en la solidaridad entre generaciones. No es casualidad que ambos temas hayan sido el objeto de la mayoría de las reformas legislativas operadas en el Derecho de Sucesiones de los ordenamientos que en los últimos años han acometido tal tarea, incluyendo algunos de los españoles, como el catalán, el aragonés o el gallego y, en mucha menor medida por el carácter "errático" de las reformas³¹⁶, el propio Código Civil español.

Otras manifestaciones de esa "armonización espontánea", por ser problemas candentes en la literatura y en la práctica jurídica-sucesora contemporáneas y que también han sido aludidos ya en este trabajo son, entre otros, la pregunta por la constitucionalidad o no constitucionalidad de la supresión de la legítima, la tutela del testador vulnerable, la importancia de los contratos como posible

³¹⁶ Torres García, (2006), p. 174.

límite a la libertad de testar, la repercusión de las liberalidades hechas en vida por el causante en su herencia o el destino del que hemos denominado patrimonio moral. El análisis de los trabajos científicos sobre la materia sucesoria escritos en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno o en las obras de Derecho comparado son buena muestra de la comunidad de problemas y de intereses, así como de la aproximación de soluciones³¹⁷.

Pero sin duda en este punto referente a la nueva dimensión "transnacional" del Derecho de Sucesiones el hito fundamental lo constituye el Reglamento (EU) n.º 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La enorme trascendencia e importancia práctica de este texto de Derecho europeo no consiente su reducción a los estrechos límites que permite esta contribución, de índole mucho más general³¹⁸. Nos

³¹⁷ Vid., entre otros los trabajos incluidos en Anderson/Arroyo (Ed.), (2011). Un poco anterior, *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, ed. K.G.C. Reid/M.J. de Waal and R. Zimmermann, Edinburgh Studies Law, (2007). También, Verbeke A-L./Leleu Y-H, (2011), pp. 459-479.

³¹⁸ Sobre las razones genéricas que justifican la elabo-

ceñimos por tanto, además de a destacar esa importancia, a poner de relieve que aunque se trate de un texto que adopta la perspectiva conflictual de las sucesiones internacionales y, por tanto, parezca a primer vista que es un cuerpo legal exclusivamente de DIPr, su atenta lectura nos alerta de sus muchas implicaciones sustantivas. Por poner algunos ejemplos, muchas de sus disposiciones inciden directamente en temas tan clásicos del Derecho civil como el régimen económico matrimonial (Cdo. 12), el sistema de *numerus apertus v. numerus clausus* de los derechos reales (Cdo. 15 y artículo 31), las sucesiones vacantes (artículo 33), la conmorienencia (artículo 32, que proporciona una solución sustantiva *ad hoc*), la posibilidad de la disposición *mortis causa* a través de representante (artículo 26.1.c) y, sobre todo, la creación del certificado sucesorio europeo³¹⁹, documento

ración del Reglamento, Álvarez González, S., "La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (Coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, (2014), pp. 43-74.

³¹⁹ Como "elemento clave en el nuevo diseño" y "probablemente, el que más influya en la vida cotidiana de los particulares enfrentados a una sucesión internacional" lo considera, Álvarez González, (2014), p 45; monográficamente, Calvo Vidal, I, "El certificado sucesorio europeo", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal

público europeo, destinado a alcanzar gran trascendencia práctica en las sucesiones europeas transfronterizas. Pero además, el Reglamento de Sucesiones introduce una importante novedad en relación con la ampliación de la libertad del testar del causante al permitir expresamente la llamada *professio iuris*, o cláusula de elección de ley al conjunto de la sucesión en los términos del artículo 22 Reglamento, lo que supone que los ciudadanos europeos podrán planificar su propia sucesión eligiendo, con los límites establecidos en la regla señalada, la ley nacional aplicable, lo que significa además un amplio reconocimiento de la libertad testamentaria.

Conviene pues dejar aquí constancia de una respetada opinión que estima que, superada ya la clásica visión de una separación rígida entre los aspectos sustantivos y los puramente conflictuales, puede decirse que el Reglamento, aun sin plantear injerencia alguna en el Derecho civil de cada Estado Miembro, rea-

(Coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, (2014), pp. 203-240. Sobre la figura Díaz Fraile, J.M^a, "El Reglamento Sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio", *RCDI*, n^o 741, enero-febrero (2014), pp. 67-111; Gimeno Gómez-Lafuente, J.L., "El certificado sucesorio europeo", *RCDI*, n^o 741, enero-febrero (2014), pp. 113-151.

liza opciones de fondo, y opta por una concepción liberal de las sucesiones internacionales, alimentando la libertad de disposición y favoreciendo unas soluciones "orientadas a debilitar los derechos legitimarios nacionales y reducir su eficacia"³²⁰.

E) La perspectiva de género en el Derecho de sucesiones

Para terminar con los apuntes apenas pergeñados en esta contribución, vamos a la aludir a la perspectiva de género en el estudio del Derecho de Sucesiones. Se trata de una nueva aproximación a los viejos y nuevos problemas sucesorios que, a día de hoy, es todavía muy poco utilizada en el ámbito comparado³²¹ y prácticamente inexistente en España con muy pocas excepciones³²².

³²⁰ Bonomi, A., "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, (2010), pp. 605-610, p. 606.

³²¹ Aunque existen algunos trabajos interesantes, que utilizan además análisis empíricos, como el de Hacker, D., "The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought", *Journal of Empirical Legal Studies*, (2010), pp. 326-327.

³²² Marcadas sobre todo por el impacto que pueda tener la violencia de género en el marco sucesorio; al respecto, García Rubio, M.P., "El marco civil en la violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, pena-*

Puede decirse que la mujer no ha estado ausente nunca de los temas sucesorios, sobre todo en su condición de sucesora; a título de ejemplo, una de las características esenciales de las sociedades europeas en el curso de su historia ha sido la de garantizar el derecho de las mujeres a heredar a sus padres³²³, aunque tampoco falten pensadores relevantes que tratan de justificar lo contrario³²⁴; por otro lado, clásica es, como se ha puesto ya de manifiesto, la protección sucesoria del viudo, que las más de las veces ha sido una viuda, protección que además estaba fuertemente condicionada por el régimen de bienes que hubiera regido el matrimonio. Curiosas son algunas fuentes medievales o de la época inmediatamente

les y laborales, M. de Hoyos Sancho (dir.), Valladolid, Lex Nova, (2009), pp. 153-182; Herrero Oviedo, M., "Derechos sucesorios del cónyuge maltratador y de la mujer maltratada", en *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho privado*, López de la Cruz, L.,/ Otero Crespo, M., (coord.), García Rubio, M.P./ Valpuesta Fernández, R., (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, (2011), pp. 547-570.

³²³ Fauve-Chamoux, A., "La transmission des biens par les femmes: les heritieres en France dans une perspective comparative (XVII-XX Siècles)", *Obradoiro de Historia Moderna*, (2001), pp 29-53, espec. p. 30.

³²⁴ Hattenauer, (1982-1987), p. 178, pone de relieve la antipatía de Montesquieu en su *Espíritu de las leyes* de 1748, a la doctrina canónica, posteriormente desarrollada posteriormente por el Derecho natural, de que era pecado y contrario a Derecho excluir a las mujeres de la línea sucesoria.

anterior a la codificación napoleónica, que colocaban a las mujeres en una situación diferenciada; así, por ejemplo, en el Fuero Juzgo solo las mujeres podían ser indignas para suceder³²⁵; de otro lado, en la tradición del *droit coutumière* francés, en principio igualitaria³²⁶, las mujeres renunciaban a la herencia por un capullo de rosas³²⁷; una ley revolucionaria de 1791 estableció la igual-

³²⁵ García Rubio/Otero Crespo, (2011), p. 245.

³²⁶ Por oposición a la del Midi francés, fuertemente romanizada, en la que se transmitía íntegramente la propiedad a un solo hijo [Fauve-Chamoux, (2001), pp. 31-32].

³²⁷ Laurent, F. *Principles de Droit civil français*, t. 9º, 4ª ed., Bruxelles-Paris, (1887), p. 487. En el Informe hecho al Tribunado en nombre de la sección legislativa sobre el título de las sucesiones por Chabot, publicado en español en la obra *Curso de legislación, formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*, t. 2, Barcelona, Imprenta J. Roger, (1841), p. 55, se puede leer lo siguiente: "Por medio de las costumbres se había creado un nuevo sistema para excluir a las hijas de las sucesiones; tal era la renuncia que hacían en estipulaciones matrimoniales de las herencias no deferidas aún. Fácilmente se conoce que tales renunciaciones contrarias al principio general que establece no poder renunciarse la herencia de un hombre vivo, tenían el mismo origen y estaban fundadas en las propias causas de las exclusiones consuetudinarias. No tenían ellas más fin y designio que el de conservar a los varones y sobre todo al primogénito una grande fortuna para sostener el brillo y el nombre de la familia".

dad sucesoria absoluta de todos los descendientes³²⁸.

Sin embargo, su protagonismo histórico como causante de la sucesión ha sido mucho menor, aunque solo sea porque tradicionalmente el patrimonio de las mujeres era, en la mayoría de los casos, muy reducido y por ello carente de interés. Los cambios sociales y legislativos producidos en el siglo XX han permitido a buena parte de mujeres de los países occidentales acumular propiedades suficientes y tener la capacidad de decisión necesaria para actuar como testadoras proactivas³²⁹, lo que ha producido un giro importante en aquella visión más pasiva propia de otras etapas históricas.

Si además añadimos otras circunstancias, como la mayor expectativa de vida de las mujeres que con frecuencia sobreviven a sus compañeros, la tradicional mayor preocupación por las labores de cuidado y atención a otras personas, o los cambios de modelos familiares en los que la limitada edad reproductiva de las mujeres en relación con los hombres hace patentes algunas diferencias

³²⁸ Hattenauer, (1982-1987), p. 178.

³²⁹ Hacker, (2010), p. 328. *Vid.* también, Hasson, E. "Where there´s a Will There´s a Woman´: Exploring the Gendered Nature fo Will-Making", *Feminist Legal Studies*, (2013), pp. 21-37.

esenciales en sus respectivas previsiones sucesorias, comprenderemos que esa perspectiva de género no está privada de fundamento.

Dentro de este Derecho sucesorio con perspectiva de género, algún tímido paso se ha dado en materia de violencia de género y su repercusión en la sucesión, sobre todo en lo que afecta al impacto de ese tipo de conductas en la capacidad o habilidad relativa para suceder de quien ejerce la violencia, aunque también existen ejemplos en el Derecho comparado que excepcionan las reglas que impedirían suceder a quien la sufre³³⁰.

Otra de las cuestiones no exenta de interés y sobre la que queremos llamar la atención, es la de analizar si hay o no diferencias entre hombres y mujeres a la hora de testar, labor de investigación que estamos acometiendo, junto con un equipo de profesores y notarios. Los datos empíricos demuestran, según los datos suministrados desde el Registro de Última Voluntad, que los testamentos otorgados por mujeres son significativamente más que los otorgados por varones³³¹, lo cual ya supone un punto de partida de interés.

³³⁰ García Rubio, (2009), p. 174 ss; Herrero Oviedo, (2011), *passim*.

³³¹ Recogidos en García Rubio, M.P. /Louro, I./Nieto

La perspectiva de género tiene también gran importancia en relación con los problemas planteados por las labores de cuidado del testador discapacitado o dependiente de las que ya nos ocupamos más arriba. Nadie duda de que a día de hoy, y a pesar de los cambios sociológicos operados en las últimas décadas, las labores de cuidado de las personas dependientes siguen recayendo en la mayor parte de las ocasiones en las mujeres: hijas, nueras, madres, hermanas, etc, del necesitado o necesitada de los cuidados. En este sentido, también es interesante averiguar si el testamento se usa o no como instrumento para premiar al hijo (u otra persona) que haya cuidado al testador o a sus allegados³³² o si, por el contrario, la última voluntad de los causantes no guarda relación alguna con aquel tipo de labores que pueden ser recompensadas (o no) a través de otro tipo de mecanismos.

Finalmente tampoco la perspectiva de género debe obviarse en el debate de sobre el futuro de las legítimas. Entre sus detractores es común observar que esta institución es un

Alonso, A. y otros "Los testamentos de las mujeres", *La feminización del Derecho Privado. Carmona III*, (2014) (Pendiente de publicación).

³³² A partir de estudios realizados en EEUU, entiendo que no, Hacker, (2013), p. 348; por el contrario considera que sí, citando diversos estudios, Tate, (2008), p. 177.

obstáculo importante para la transmisión de la empresa, sobre todo cuando es de carácter familiar, y que su permanencia en el sistema muchas veces es la causa directa de la extinción de aquella, razón por la que es mucho más acertado permitir la libertad de testar suficiente para que el titular de la empresa pueda nombrar un sucesor único en ella. Se olvida que, como demuestran estudios empíricos de la más diversa procedencia³³³, tal posibilidad de elección de un único sucesor para mantener la empresa indivisa ha conducido en la mayor parte de los casos a la elección de un varón, lo que supone en definitiva, y visto en perspectiva, un paso atrás en el proceso de participación de las mujeres en la creación, generación y disfrute de la riqueza³³⁴.

³³³ Parra Lucán (2009), p. 538, citando estudios empíricos de procedencia tan variada como Australia, Estados Unidos o Galicia.

³³⁴ Requeixo Souto, X.M., "El perfil de género en la sucesión de la empresa familiar", en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, García Rubio M^a P/Valpuesta Fernández M^a R. (ed); López de la Cruz L. /Otero Crespo M. (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, (2011), pp. 1367-1388.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo, M., "Comentario a los artículos 791 y 792", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1º, M. Albaladejo, (dir.), Madrid, Edersa, 1984.

Albiez Dohrmann, K.J., "Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, M. Garrido Melero/J.M. Fagardo Estivill (Coord.), Barcelona, 2005, pp. 581-637.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Álvarez González, S., "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 17-49. También en *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*.

— "Legítimas y Derecho interregional", en *Tratado de Legítimas*, Torres García, T. (Coordinadora), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 153-202. Publicado también en *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Álvarez González S./Rodríguez Uría Suárez I., Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

— "La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (Coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 43-74.

Arroyo i Amayuelas, E., "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", Indret, 1/2010, pp. 8-9 (http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf).

Arroyo i Amayuelas, E., /Bondía García, D., "¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso Pla & Puncernay vs. Andorra (STEDH de 13 de julio de 2004)", *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, 2004, pp. 7 y ss.

Barba, V., "La nozione di disposizione testamentaria", *Rassegna di Diritto Civile* 2013, nº 4, pp. 963-1000.

Barrio Gallardo, A., *La evolución de la libertad de testar en el "common law" inglés*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

— *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Dykinson, 2012.

Baudry-Lacantinerie/Colí M., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Donations entre vifs et des Testaments*, 3^a ed., t. I, 1905.

Barrón Arniches, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Madrid, Cedecs, 2001.

Berlín, I., "Dos conceptos de libertad", conferencia pronunciada en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958; la versión aquí citada forma parte del libro, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

Bobbio, N., *Igualdad y Libertad*, (trad. Castellana de P. Aragón Rincón), Paidós, UAB, Barcelona, 1993.

Bonilini, G., "Gli elementi accidentali", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, G. Bonilini (dir), II, *La successione testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009.

— "Sulla possibile riforma de la successione necessaria", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, G. Bonilini (dir), III, *La successione legittima*, Giuffrè Ed., Milano, 2009.

Bonilini G/Chizzini, A, *L'amministrazione di sostengo*, Padova, Cedam, 2004.

Bonomi, A., "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, pp. 605–610.

Bosch Capdevila, E., *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Madrid, Dykinson, 2006.

— "Otros límites a la libertad de testar en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L., (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 653-675.

Calvo Vidal, I., "El certificado sucesorio europeo", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I., Calvo Vidal (Coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 203-240.

Cámara Lapuente, S., "Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades del derecho sucesorio catalán", *RJC*, 2000, pp. 743-778.

— "Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law" en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E., (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 269 ss.

— "La sucesión y el Derecho sucesorio", "Las distintas formas testamentarias", *cap. 1 y cap. 5 de Curso de Derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Colex, 2013.

Cañizares Laso, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990.

— "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC*, 1991, p. 1453-1528.

— "Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior", en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga, 2001, pp. 113-122.

— "Sucesión y testamento", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L., (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 807-829.

Casas Vallés, R., "La disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio. Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña", *ADC*, 1993, pp. 1747-1783.

Castán Pérez-Gómez, J., "Cautela Socini y conflicto de intereses", *Libro Homenaje a Víctor Garrido de Palma*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010.

Castro y Bravo, F. de, *El negocio jurídico*, 1971, Reimp. 1991, Madrid, Civitas.

Curso de legislación, formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón, t. 2, Barcelona, Imprenta J. Roger, 1841.

Coca Payeras, M., "Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad", *Revista Derecho civil*, vol. 1, num. 1, enero-marzo 2014, pp. 29-48, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

De la Iglesia Monje, I., "Estudios Jurisprudenciales. Principio General del Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de "*favor testamenti*", *RCDI*, 2014, nº 742, pp. 604.

Delgado Echeverría, J., "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-171.

— "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid. 2012, pp. 513-542.

Díaz Alabart, S., "La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de Sucesiones", en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), Madrid, La Ley, 2011, pp. 849-934.

Díaz Fraile, J.M^a., "El Reglamento Sucesorio europeo: el principio de adaptación de

los derechos reales y los límites impuestos por la *lex rei sitae*. Especial referencia al certificado sucesorio, *RCDI*, nº 741, enero-febrero, 2014, pp. 67-111.

Díez-Picazo Giménez, L.M^a., *Sistema de los derechos fundamentales*, 4^a ed., Madrid, Civitas, 2013.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., "La pluralidad de testamentos", *RDN*, 1960, pp. 7-97.

— *Discurso de contestación* a Dña. E., Roca Trías, *Libertad y familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. 2012 (2012 a).

— "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, Derecho patrimonial 1, Madrid, Wolters Kluwer-Consejo General del Notariado, 2012, pp. 4-19 (2012 b).

— "El condicionamiento de las disposiciones mortis causa", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M^a Miquel*, vol. I, Díez Picazo, L., (Coord.), Cizur Menor,

Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 1173-1186.

Díez-Picazo L., /Gullón A, *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia*, 10^a ed., Madrid, Tecnos, 2006.

Domínguez Luelmo, A., "El testamento notarial", *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I*, M.C. Gete Alonso (dir.), J. Solé Resina (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2011.

Dosetti, M., "Concetto e fondamento della successione necessaria", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, G.Bonilini (dir), II, *La successione legittima*, Giuffrè Ed., Milano, 2009.

Dworkin, R., *El domino de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de Caracciolo R/Ferreres V., Barcelona, Ariel, 1998.

Egusquiza Balmaseda, M^a. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003.

Espada Mallorquín, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007.

Espejo Lerdo de Tejada, M., Espejo Lerdo de Tejada, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1996.

— "Comentario al art. 659", "Comentario al art. 767", "Comentario al art. 794", en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2010.

Espinosa de Soto, J.L., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Rebolledo Varela, A.L. (Coord.), Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 870 ss.

Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative, ed. K.G.C. Reid/M.J. de Waal and R. Zimmermann, Edinburgh Studies Law, 2007.

Fauve-Chamoux, A., "La transmission des biens par les femmes: les heritieres en France dans une perspective comparative (XVII-XX Siècles)", *Obradoiro de Historia Moderna*, 2001, pp. 29-53.

Fernández-Tresguerres García, A.,/ Fernández Golfín A., en sus notas a la Legislación Notarial, Civitas, 2013.

Ferrajoli, L., "Los fundamentos de los derechos fundamentales", edición a cargo de A. De Cabo y G. Pisarello, ed. Trotta, 2009.

Ferreira de Sousa Leal, A.C., *A legítima do cônjuge sobrevivente. Estudo comparado hispano-português*, Coimbra, Almedina, 2004.

Ferré i Riba, J., "La successió per causa de mort: llibertat de desposar i interessos familiars", en *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, C.E. Florensa i Tomás (dir) J.M. Fontanellas Morell (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2011.

Flume, W., *El negocio jurídico*, traducción española de J.M. Miquel y E. Gómez Calle, Madrid Fundación Cultural del Notariado, 1998.

Fontanellas Morell, J.M^a., *La professio iuris sucesoria*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Frank, R., *Erbrecht*, 4^a Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2007.

Fussaro, A., "L'espansione dell'autonomia privata nel ambito successorio nei recenti interventi legislativi francese e italiani", *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, pp. 427 ss.

Gaier, R., "Pflichtteil und grundrechtliche Freiheit", en Röthel (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, München, Cark Heymeanns Verlag, 2007, pp. 161-168.

Galgano, F., *Diritto Privato*, 16^a ed., Padova, 2013.

Galicía Aizpurúa, G., *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

García Cantero, G., "Qué generación debe responder de la presente crisis? XIV Congreso Internacional de la "International Society of Family Law", *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 2013, pp. 531-593.

García Goyena, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, t. II, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.

García Pons, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 diciembre 2006*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

— "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las

personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios", *ADC*, 2013, pp. 59-147.

García Rubio, M.P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989.

— "Comentario al art. 146 y ss LDCG", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, M.Albaladejo/S. Díaz Alabart (dir.), T. XXXII, vol. 2º, Art. 100 al final de la Ley de Derecho Civil de Galicia, Madrid, Edersa, 1997, pp. 1141-1142.

— "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *ADC*, octubre-diciembre, 2000, pp. 1397-1481.

— "La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los derechos fundamentales", *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 2002, pp. 297-314.

— "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar", *ADC*, 2008, pp. 57-112.

— "El marco civil en la violencia de género", en *Tutela jurisdiccional frente a la*

violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales, M. de Hoyos Sancho (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 153-182.

— "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada", en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, García Rubio M^a P/Valpuesta Fernández M^a R. (ed); López de la Cruz L. / Otero Crespo M. (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— "Recensión" a la obra *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, (2011 a), *ADC*, 2012-1, pp. 377-384.

— "Comentarios a los arts. 752 y 753 CC", en *Código Civil Comentado*, vol. II, Libro III, Cizur Menor, Civitas, 2011, (2011 b), pp. 616 ss.

— "Las parejas de hecho", *Derecho de familia*, Gema Díez-Picazo Giménez, (Coord.) Cizur Menor, Civitas Thompson Reuters, 2012 (2012 a), pp. 1479-1517.

— "Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia", con Herrero Oviedo

M y Nieto Alonso A, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, 2012, (2012 b), pp. 203-290.

— "Los derechos de la personalidad", *Tratado de Derecho de la Persona Física*. Tomo II, Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

— "La protección de la voluntad del testador vulnerable en el Derecho inglés", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor. José María Miquel González*, vol. I, Diez-Picazo L. (Coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 1499-1521.

García Rubio M.P/Herrero Oviedo M, "Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad", en *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, pp. 465-483.

— "Pactos sucesorios en el Código civil y en la Ley de Derecho civil de Galicia", *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, Gete-Alonso (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 1257 ss.

García Rubio M.P/Otero Crespo M., "Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder", *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, Gete-Alonso (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 225 ss.

Giampiccolo, G., *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoría dell'atto di ultima volontà*, Milano Giuffrè, 1954.

Gimeno Gómez-Lafuente, J.L., "El certificado sucesorio europeo", *RCDI*, nº 741, enero-febrero, 2014, pp. 113-151.

Gomá Lazon, F., "Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código civil". *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 555-576.

Gómez Calle, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Gordillo Cañas, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad en los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986.

— "Comentario al art. 767" en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993.

— "La absoluta inimpugnabilidad del testamento en vida del testado. (Un apunte ante un caso similar al que resolvió hace cien años la sentencia de 7 de abril de 1903", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Murcia Colegio de Registradores de la Propiedad/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2195-2210.

Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

Hacker, D., "The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought", *Journal of Empirical Legal Studies*, 2010, pp. 326-354.

Hasson, E., "Where there´s a Will There´s a Woman´: Exploring the Gendered Nature fo Will-Making", *Feminist Legal Studies*, 2013, pp. 21-37.

Hattenauer, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. Hernández G., Barcelona, Ariel, 1982, (edición española 1987).

Herrero Oviedo, M., - "Reformulación del usufructo voluntario del cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, "Homenaje al Prf. Manuel Cuadrado Iglesias, t.

III, J.. Gómez Gállico (Coord.), Colegio Registradores de España-Thomson-Civitas, 2008, pp. 1605-1625.

— "Derechos sucesorios del cónyuge maltratador y de la mujer maltratada", en *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho privado*, L. López de la Cruz/M. Otero Crespo (coord.), M.P., García Rubio/R. Valpuesta Fernández, (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 547-570.

— "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación interprivatos de los derechos fundamentales", *Indret*, abril, 2012.

Hidalgo García, S., "Algunas consideraciones acerca de la naturaleza y funcionamiento de la mejora", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 217-241.

Hirsch, A., "Default Rules in Inheritance Law: a Problem in Search of its Context", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2004, pp. 1031-1101.

Hornero Méndez, C., "El requisito de la forma en el testamento o de cómo lo sólido puede ser flexible. (A propósito de la STS 20 marzo 2012)", *Estudios de Derecho Privado*

en homenaje a J.L. Rivas Martínez, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 731-754.

— "Un notario descuidado o la flexibilización de la forma en el testamento", *Revista Derecho Patrimonial*, 2014, pp. 453-470.

Ieva, M., *Divieto di patti successorie e tutela dei legittimari*", *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. delle Monache, Padova, Cedam, 2007, pp. 297-307.

— *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008.

— *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, dir. P. Rescigno, Coord. M. Ieva, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, 2010, pp. 59-145.

Jou i Mirabent, Ll., "Comentari al art. 421-7", *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, (J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba dir.), vol. I, Atelier, Barcelona, 2009.

Jubault, Ch., *Droit civil. Les successions. Les libératités*, 2ª ed., París, Montchrestien, 2010.

Kerridge R., "Freedom of Testation in England and Wales", *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 129-153.

Kroppenberg, I., *Privatautonomie von Todes wegen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, ediciones de 1981 y 1988.

Lacruz Berdejo, J.L./ Sancho Rebullida, F., *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1971.

Lamarca i Marqués, A., "Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al Llibre IV del Codi civil de Catalunya", en *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, pp. 263-307.

Laurent, F., *Principes de Droit civil français*, t. 9º, 4ª ed., Bruxelles-París, 1887, p. 487.

Legerén, A., *El sistema testamentario estadounidense*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2009.

Lipari, N., *Autonomia privata y testamento*, Milano, Giuffrè, 1970.

Liserre, A., *Formalismo negòciale e testamento*, Milano, Giuffrè, 1966.

Llacer Matacás, R., "Comentari al art. 423-11", en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, (J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba dir.), vol. I, Atelier, Barcelona, 2009.

Lois Puente, J.M., "De la apartación", en *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, pp. 533-578.

López Aguilar, J.F., "Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 1-48.

López y López, A., "La garantía institucional de la herencia", *Derecho privado y Constitución*, 1994, pp. 29-62.

— *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 301 ss.

Lupo, M., "Le disposizioni sanzionatorie", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Bonilini G. (dir.), vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 2009.

Magariños, V., "La libertad de testar. Una reforma necesaria", *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid. 2012, pp. 641-690.

Marqueño de Llano, M., *Prohibiciones testamentarias de disponer*, Barcelona, Bosch, 2003.

Martín Casals, M., "El derecho a la convivencia anómica en pareja. ¿Un nuevo derecho fundamental?", *Indret*, julio, 2013.

Martín Meléndez, M.T., Martín Meléndez, M.T. *La liquidación de la sociedad de ganan-*

ciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales, Madrid, MacGraw Hill, 1995.

— *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, 2010.

Mata Sáiz, A., "Valoración de la capacidad del testador en el testamento notarial en Seminario de Jueces y Notarios. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, M. Pons, 2011, pp. 69-83.

Mazzuca, M., "Riflessioni sulla clausola di deseredazione, tra vecchi dogmi e nuovi interrogativi", *Rassegna Diritto Civile*, 2013, pp. 1027-1045.

Mesa Marrero, C., "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", *RJN*, núm. 43, 2002, pp. 159-243.

— *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

— "Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil", *ADC*, 2014, pp. 895-929.

Miquel González, J.M^a., "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 6, 2002, pp. 153-190.

Monache, S., delle, *Ilfenomeni a rilevanza successoria; un'analisi dell'evoluzione del sistema sucesorio a lla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

— "Abolizione della successione necessaria", Donati, A./Garilli A./Mazzarese S./Sassi., *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto Privato, 2, Persona, famiglia e sucessioni*, 2009.

Moreno Quesada, B., "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita", *ADC*, 1967, pp. 537-564.

— "Comentario al artículo 767.2", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1^o, M., Albaladejo, (dir.), Madrid, Edersa, 1987.

Munar Bernat, P.A., *La reserva vidual*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, Registradores de Baleares, Madrid, 2009.

Nieto Alonso, A., "Uniones extramatri-
moniales: derechos sucesorios y atribuciones
post mortem de naturaleza familiar y social",

en Á.L., Rebolledo Varela (Coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-180.

— "Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia", con García Rubio, M.P., y Herrero Oviedo M., en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, 2012, (2012 b), pp. 203-290.

— *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Madrid, La Ley, 2014.

Ossorio Morales, J., *Manual de Sucesión Testada*, reedición presentada por J.M. Ossorio Serrano, Granada, Comares, 2001.

Otero Crespo, M., "Comentario al artículo 709", en *Código civil comentado, vol. II*, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/ Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

Pacia, R., "Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo", *Riv. Dir. Civ*, 2014, pp. 307-328.

Palazzo. A., *Autonomía contrattuale e Successioni Anómale*, Napoli. 1983.

— *Istituti alternativi al testamento*, en *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, VIII. 1, dir. P. Perlingieri, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

PalazzoA./Sassi A., "Successione testamentaria", en *Trattato della Successione e dei Negozi Successori*, 1. *Categorie e specie della successione*, Torino, UTET, 2012.

— "Protezione di soggetti deboli", en *Trattato della Successione e dei Negozi Successori*, 2. *Negozi Successori anticipatori*, Torino, UTET, 2012.

Parra Lucán, M^a A., "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *ADFDC*, 2009, pp. 483-554.

Perego, E., *Favor legis e testamento*, Milano, Giuffré, 1970.

Pereña Vicente, M., *Asistencia y Protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.

Pérez Escolar, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003.

— "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil español. Revisión, fundamentos y planteamientos de futuro", *ADC*, 2007, pp. 1641-1678.

— "Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio en los Derechos Sucesorios del Cónyuge sobreviviente", *RJUAM*, nº 17, 2008, I, pp. 196 ss.

Pérez Giménez, M.T., *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Jaén, Universidad de Jaén, 2005.

— *Reservistas y reservatarios: el elemento subjetivo de la reserva lineal*, Pamplona, Civitas, 2014.

Perlingieri G., "La revocazione dell' disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero de M. Allara", *Rassegna Diritto Civile*, 2013, pp. 739 ss.

Perlingieri, P., "Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive", en *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al*

patto di famiglia, a cura di S. delle Monache, Padova, Cedam, 2007.

Pintens, W., "Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 16-17.

Ragel Sánchez, L.F., *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Madrid, Dykinson, 2004.

Rauscher Th., "Recent developments in German Succession Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.2 (octubre 2010), <http://www.wjcl.org>.

Real Pérez, A., "Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2001", *CCJC*, núm. 58, (2002) pp. 393-406.

Reina, N.M., "Protecting Testamentary Freedom in the United States by Introducing into Law the Concept of the French Notaire", 46, *New York Law School Law Review*, 2002-2003, pp. 798-820.

Rentería Arozamena, A., "Libertad de testar en el Derecho comparado", *RCDI*, 2011, nº 726, pp. 2095-2128.

Requeixo Souto, M., "El perfil de género en la sucesión de la empresa familiar", en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Garcia Rubio M^a P/ Valpuesta Fernández M^a R. (ed); López de la Cruz L. /Otero Crespo M. (coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1367-1388.

— "Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del art. 1271 apartado 2º del Código civil", *ADC*, 2012, pp. 1745-1781.

Rescigno, P., "La successioni Legittime. Nozioni Generali", en *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, dir. P. Rescigno, Coord. M. Ieva, vol. I, 2ª ed., Padova, Cedam, 2010.

Ribot Igualada, J., "Comentari al art. 451-17", *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, (J. Egea Fernández/J Ferrer i Riba dir.), vol. I, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1393-1402.

Rivas Martínez, J.J., "Comentario al art. 700", en *Código civil comentado, vol. II*, Cañizares Laso A/de Pablo Contreras P/ Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

Roca i Trías, E., *Libertad y familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. 2012.

Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. De Greppi, A., Trotta, 2010.

Rodríguez Guitián, A.M^a., *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.

— "Comentario al artículo 665", en *Código civil comentado, vol. II*, Cañizares Laso A/ de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

— Rodríguez-Uría Suárez, I., *Ley aplicable a los pactos sucesorios*. Santiago de Compostela. Estudios de Derecho Internacional privado. Universidade de Santiago de Compostela. 2013.

— "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2. 2013. También en *Estudios sobre ley applicable a la sucesión mortis causa*, Álvarez González

S./Rodríguez Uría Suárez I., Universidad de Santiago de Compostela, 2013. (2013 b).

Román García, A., *El derecho de reversión legal (análisis del art. 812 del Código civil)*, Madrid, Montecorvo, 1984.

Romero Coloma, A.M^a., "La capacidad mental del testador: problemática jurídica", *RCDI*, 2004, n^o 682, pp. 549-649.

Röthel, A., "Testierfreiheit und Testiermacht", *AcP*, 2010, pp. 32-66.

— "Law of Succession and testamentary freedom in Germany", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Anderson M/Arroyo i Amayuelas E. (ed.) Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 157.

Royo Martínez, M., *Derecho Sucesorio*, Sevilla, 1951.

Rubio Garrido, T., "Nulidad del testamento por incapacidad del testador o/y por captación de la voluntad solicitada cuando aun no ha fallecido el testador. Legitimación activa del tutor: comentario a la sentencia del TS 23 marzo 2010", *Revista Derecho Patrimonial*, 25, 2010, p. 363-372.

Salvador Coderch, P./Alascio Carrasco, P., "Comentari al article 231-1" en Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua, Egea J./Ferrer J. (dirs.), Farnós, E. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2014.

Salvestroni, U., "Osservazioni sulla riabilitazione dell'indegno", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 879-886.

Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil. T. 6º, vol. 21, Derecho de Sucesión. Sucesión Testada*, Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

Sarazá Jimena, R., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Sconamiglio, C., "La capacità di ricevere per testamento", en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Bonilini G. (dir.), II, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 187.

Tanck M., "Gestaltung von letztwilligen Verfügungen", en *Erbrecht. Testamentsgestaltung/Vertragsgestaltung/*

Prozessführung, Tanck/Uricher (Hrsg.), 2 Auflage, Nomos, 2011.

Tate, J.C., "Caregiving and the Case for Testamentary Freedom", *University of California Davis*, 2008, pp. 129-193.

Tersteegen J., /Reich, Th, *Erbrecht in Europa, Deutschland*, Zerb. Verlag, 2008.

Terré, F/Simler, Ph/Lequette, Y, *Droit civil, Les obligations*, París, Dalloz, 2013.

Toit F. du, "The limits imposed upon freedom of testation by the boni mores lessons from Common Law and Civil Law (continental) legal Systems", *Stellenbosch LR*, pp. 358

Torres García, T., *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977.

— "Comentario al artículo 685", *Comentarios al Código civil, vol. 1*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

— "Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio", *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 9- 34.

— "Legítimas, legitimarios y libertad de testar", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, pp. 173-227.

— "Una aproximación al artículo 1056.II Código civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa)", *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 1653-1671.

— "La legítima en el Código civil", en *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, S. Álvarez González (ed.), Santiago de Compostela, 2009, pp. 297-321.

— "Una relectura del testamento", *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto Privato 2, Persona, famiglia e successioni*, a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Torino, UTET, 2009, pp. 865-883.

— "Las Legítimas", tema 24, del *Curso de Formación on line sobre Derecho Civil de Galicia*, (2010-2011).

— "Comentario al artículo 688". *Código civil comentado. Vol. II.*, Cañizares Laso A/ de Pablo Contreras P/Orduña Moreno J/ Valpuesta Fernández R. (dir.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011. (2011 b).

— "El hijo incapacitado como sucesor universal", en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), Madrid, La Ley, 2011, (2011 a), pp. 689-724.

— "La incapacitación. Efectos de la incapacitación", *Tratado de Derecho de la Persona Física*. Tomo II, Gete-Alonso Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Torres García T./Domínguez Luelmo, A., "La legítima en el Código civil ", en *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, T. II*, en M.C. Gete-Alonso Calera (dir.) / J. Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

— La legítima en el Código civil", en *Tratado de legítimas*, T., Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 21-152.

Vallet de Goytisolo, J.B., "Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de legítima", *ADC*, 1963, pp. 281-344.

— "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 3ª, vol. 1ª, Madrid, 1964, pp. 405 ss.

— *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. T. I, Las legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

Vaquero Aloy, A., "Testamento, disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio", *ADC*, (2003), pp. 67-100.

— "La legítima en Cataluña", *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, T. II*, en M.C. Geste-Alonso Calera (dir.) / J. Solé Resina (Coord.) Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

— "La legítima en el Derecho civil de Cataluña", en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 471-515.

Verbeke A-L./Leleu Y-H., "Harmonization of the Law of Succession in Europe", en *Towards a European Civil Code*, Hartkamp A. et altri (Eds), 4th. Ed., 2011, pp. 459-479.

Verdicchio, V., "La diseredazione 'per giusta causa' (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c., introdotto dalla l. n.219/12)", *Le nuove leggi civili commentate* 2014, vol. 37-2, pp. 275-282.

Vitucci, P., "Tutela dei legitimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito", *Rivista Dir, Civ.*, 2005, pp. 555-574.

Waal, J. de, "A comparative Overview", en *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, ed. K.G.C. Reid/M.J. de Waal and R. Zimmermann, Edinburgh Studies Law, 2007, pp. 1-26.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.

Zoppini, A., *Le successioni in Diritto Comparato*, Torino, UTET, 2002.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013)*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez, *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia*

43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*

44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*

45. B. Aláez Corral, J.J. Ruiz Ruiz, *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*

46. G. Cohen, E. Farnos Amorós, *Derecho y tecnologías reproductivas*

47. P. Ruiz-Tagle, J.L. Martí, *La concepción republicana de la propiedad*

48. Fco. Rubio Llorente, P. Navarro, J. Tornos Mas, J.J. Solozabal Echavarría, F. de Carreras Serra, Fco. Caamaño Domínguez *Una propuesta de federalización*

49. T. F. Torres García, M^a. Paz García Rubio, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*

