

Libertad de testar y condiciones testamentarias

Antoni Vaquer Aloy

Catedrático de Derecho civil.
Universitat de Lleida

Abstract*

La libertad de testar se considera un principio fundamental del derecho de sucesiones moderno. No solo contempla la libertad para otorgar testamento o no, sino también para decidir su contenido, entre el que se incluye la libertad para imponer condiciones a los sucesores. Sin embargo, esta libertad del testador puede afectar la libertad e incluso los derechos fundamentales de los sucesores. El artículo, usando la experiencia comparada, analiza el fenómeno de las condiciones testamentarias impuestas a los sucesores, en primer lugar las que afectan a sus libertades, y en segundo lugar las que conciernen al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Freedom of testation is deemed to be an essential principle of the modern law of successions. Freedom of testation not only covers the freedom to make a will or not, but also the freedom to decide its content. Among this content, freedom to impose conditions to successors becomes especially relevant, since it can affect the freedom and the fundamental rights of the successors. This paper, taking profit of the comparative experience, analyses, in the first place, testamentary conditions restricting freedom to marriage, religious freedom and other freedoms, and, in the second place, conditions affecting the right to equality and the right not to be discriminated.

Title: testamentary freedom and testamentary conditions

Palabras clave: Sucesión. Libertad de testar. Condiiones testamentarias.

Keywords: Succession. Freedom of testation. Testamentary conditions.

* El presente trabajo forma parte de las actividades del grupo de investigación consolidado 2014SGR223.

Sumario

1. La libertad de testar como principio fundamental del Derecho de Sucesiones
2. Las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores
 - 2.1. Condiciones que afectan a la libertad del sucesor
 - a. La libertad de contraer matrimonio
 - b. La libertad religiosa
 - (i) Las cláusulas restrictivas de la libertad religiosa en el derecho comparado
 - (ii) El derecho español
 - c. Otras libertades
 - 2.2. Condiciones que afectan el derecho a la igualdad y a la no discriminación
 - a. Sexo
 - b. Filiación
3. Conclusiones
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

1. La libertad de testar como principio fundamental del Derecho de Sucesiones

El art. 33 de la Constitución española garantiza el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Se reconoce, pues, no solo el derecho de propiedad actual, sino también la capacidad de decidir cuál será el destino de la riqueza acumulada en vida después de la muerte. De manera semejante, el art. 17 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (BOE nº 184, de 31.7.2008) establece que “[t]oda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos”. Ambos preceptos consagran la facultad de las personas de decidir el destino de sus bienes para después de la muerte, lo que presupone la libertad de testar, aunque sin ulterior concreción, probablemente por la diversidad de enfoques susceptibles en la materia en una Europa y una España con una pluralidad de ordenamientos jurídico-privados forjados sobre bases dispares.

En España, el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE nº 206, de 25.7.1889), (en adelante CC), no contiene la expresión “libertad de testar”. No obstante, el art. 658 CC admite que, en primer lugar, la sucesión se defiende por la voluntad manifestada en testamento y, en su defecto, por disposición de la ley, de modo que se afirma la preeminencia de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores en los bienes y demás relaciones jurídicas transmisibles. De ahí que la jurisprudencia sí haya invocado la libertad de testar, a veces afirmándola más o menos directamente, otras presuponiendo que se erige en principio general, aunque sometida a restricciones. Incluso lo ha remarcado el Tribunal Constitucional en su sentencia STC, 27.4.2010 (RTC 9; MP: Javier Delgado Barrio) que enmarca la libertad de testar en el contexto de las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores. Por su parte, la STS, 1ª, 6.4.1954 (RJ 1551; MP: Manrique Mariscal de Gante y de Gante) subrayó “la libertad de testar en que se inspira nuestra legislación”; la STS, 1ª, 21.10.1991 (RJ 7228; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo) se refirió a que reservas y legítimas “tienen de común constituir una verdadera limitación a la plena libertad de testar”; luego, el testador sometido al Código Civil goza de libertad de testar¹, por más que sea “limitada” según la STS, 1ª, 9.5.1990 (RJ 3696; MP: Jesús Marina Martínez-Pardo)². Más tarde, la STS, 1ª, 27.9.2000 (RJ 7532; MP: José Ramón Vázquez Sandes) insistió en la misma línea, al señalar que la libertad de testar no constituye “una facultad absoluta ya que debe someterse a las limitaciones que la misma norma establece”, por lo que, *a sensu contrario*, sí está reconocida. Estas y otras sentencias³, al poner el énfasis en los límites de la libertad de testar, la están presuponiendo. Con todo, también pueden traerse a colación pronunciamientos en sentido contrario; así, la SAP Alicante, Civil Sec. 9ª, 30.1.2013 (JUR 150243; MP: Andrés Montalbán Avilés), en el marco del análisis de la procedencia de una causa de desheredación, afirma que “son hechos que podrían tener trascendencia en un marco legal de libertad de testar, pero no en el nuestro en que las legítimas adquieren caracteres de

¹ CÁMARA LAPUENTE (2013, p.28) se refiere al “margen de la libertad de testar”, igualmente presuponiéndola a partir de sus restricciones. En cambio, BLASCO GASCÓ (2013, pp. 26-27) contraponen “los ordenamientos jurídicos basados o inspirados en la libertad de testar (básicamente, Cataluña, Baleares, Fuero de Ayala (Álava), Navarra y el régimen foral tradicional valenciano) y los regímenes inspirados en sucesión necesaria (sistema de legítimas) propio del derecho histórico castellano y que se consolidan (*sic*) en el Código Civil”.

² “No se ha traspasado por la causante su limitada libertad de testar”.

³ Como la STS, 1ª, 13.3.2008 (RJ 2674; MP: Antonio Salas Carceller), que considera que otorga una determinada interpretación de la reserva legal “más acorde con el principio de libertad de disposición testamentaria”.

intangibilidad”, como si libertad de testar y legítimas fueran incompatibles y no éstas una modulación de aquélla. No debe confundirse la legítima larga con la ausencia de libertad de testar, pues no solo el causante goza de albedrío en relación con el tercio de libre disposición, sino que tiene la posibilidad de ordenar la mejora (art. 823 y ss. CC), amén de decidir, entre otros aspectos, el pago de la legítima (art. 841 CC).

Más claros son otros derechos civiles vigentes en España. El art. 421-1 del [Código Civil de Cataluña](#) (en adelante CCCat) se rubrica “libertad de testar”, indicando que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado conforme a la ley; previamente, el art. 411-3 CCCat advierte de la preeminencia de la sucesión voluntaria sobre la sucesión ordenada por la ley, y, con carácter más general, el art. 111-6 CCCat asienta como principio general del derecho civil catalán el de libertad civil⁴. Puesto que la sucesión voluntaria puede venir regida por contrato –el pacto sucesorio– y por testamento, resulta que la “libertad de testar” del art. 421-1 CCCat concierne a la libertad de otorgar testamento y decidir su contenido en los términos que se irán exponiendo en páginas venideras. La libertad de testar es, sin embargo, mucho mayor, pues, como decimos, el art. 411-3 afirma no solo la libertad de *testar*, sino también la de *otorgar pactos sucesorios*. Es decir, la libertad de testar es la libertad de organizar la sucesión conforme a la propia voluntad utilizando los instrumentos legalmente puestos a disposición del causante, mientras que la *libertad de testar del art. 421-1 CCCat* es únicamente la libertad de optar por una concreta vía –el testamento y su contenido– de esa mayor libertad de decidir el destino de los bienes tras el fallecimiento. Por otra parte, las legítimas se han venido presentando como “correctivo mínimo de la libertad de testar”⁵ y como “límite a la libertad de testar” dentro de una tendencia secular orientada a debilitar dichas legítimas⁶. Finalmente, la libertad de testar en sentido amplio alcanza la transmisión de la riqueza al fallecimiento por cauces no sucesorios, y así el art. 421-23 CCCat contempla expresamente como contenido testamentario la designación de beneficiarios de seguros de vida, de planes de pensiones y de instrumentos de ahorro y previsión análogos⁷.

La [Compilación o Fuero Nuevo de Navarra](#) (en adelante FN), con más generalidad, titula su *ley* 149 “Libertad de disposición”. Este precepto, que se halla en el Libro II “De las donaciones y sucesiones”, dentro de sus “principios fundamentales”, y que menciona expresamente la donación *inter vivos*, prevé que “Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes sin más restricciones que las establecidas en el título X de este libro”, título que, significativamente, trata “De las limitaciones a la libertad de disponer”⁸.

Por su parte, el [Código Foral de Aragón](#) (en adelante CFA) proclama en su art. 318 que “[e]l causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento

⁴ Que debe entenderse como autonomía individual, no limitada al derecho de contactos, sino presente en todo el ámbito jurídico. Véase LAMARCA MARQUÈS (2012, p. 205 ss.).

⁵ Preámbulo de la Ley 8/1990, de 9 de abril, de Modificación de la Regulación de la Legítima (BOE nº 110, de 8.5.1990).

⁶ Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones, apartado VI.

⁷ VAQUER ALOY, DOMINGO MARTÍNEZ (2015).

⁸ D’ORS PÉREZ-PEIX (1998, p. 16 ss.).

individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*". La libertad se anuncia como "más amplia", aunque a renglón seguido se enfatiza el límite fundamental del respeto al derecho a la legítima. La jurisprudencia aragonesa ha mencionado igualmente la libertad de testar como idea básica del derecho sucesorio⁹.

Finalmente, la doctrina estima que la libertad de testar es un principio fundamental del derecho de sucesiones en las Islas Baleares¹⁰, aunque ningún precepto lo expresa. Si a ello añadimos la libertad de testar absoluta que existe en el territorio de Ayala¹¹ y que en Vizcaya, aun comprendiendo la legítima 4/5 de la herencia, esta es colectiva y el causante puede repartirla como desee entre los legitimarios¹², lo que ha permitido afirmar que "la función de designar sucesor o sucesores no la realiza el derecho vizcaíno con normas imperativas, sino con la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar"¹³, y que en Galicia la legítima se ha reducido y se ha transformado en un derecho de crédito¹⁴, obtenemos un panorama general español en que, con mayor o menor extensión, se considera que la libertad de testar constituye un rasgo característico del derecho de sucesiones.

El bosquejo que se acaba de hacer muestra la elasticidad de la libertad de testar en España, en función del concreto ordenamiento jurídico afectado. Lo mismo sucede si se adopta una perspectiva comparada. BECKERT¹⁵ se ha preguntado qué es lo que explica la mayor o menor libertad de testar tomando como base tres sistemas de índole opuesta como son el norteamericano, el alemán y el francés, que en teoría representan tres grados de libertad testamentaria ordenados de mayor a menor. El autor halla bases sociológicas que pueden explicarlo, como un sentido más equitativo fruto de la revolución francesa que tenía como una de sus metas acabar con el sistema de primogenitura y contra el que ensayó el antídoto del trato igualitario de los hijos sobre $\frac{3}{4}$ del patrimonio del causante; un sentimiento proclive a la propiedad familiar -de indudable base germánica- en Alemania; o un sentido mucho más individualista y meritocrático de la riqueza en Estados Unidos¹⁶. De ahí que en cada uno de ellos la libertad de testar tiene un alcance distinto, más amplio en Norteamérica, menos en Francia, y un término medio en Alemania. El derecho norteamericano apenas ha sufrido modificación en

⁹ Por ejemplo, SAP Zaragoza, Civil, Sec. 5ª, 14.10.2008 (JUR 106812; MP: Pedro Antonio Pérez García): "la libertad testamentaria que sancionan las Leyes".

¹⁰ MUNAR BERNAT (2004, p. 389-390).

¹¹ Art. 134.1 Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, de Derecho Civil Foral del País Vasco (BOPV nº 153, de 7.8.1992) (en adelante LDCEPV): "Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren".

¹² Art. 54 LDCEPV: "El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo".

¹³ STSJ País Vasco, Civil y Penal, Sec. 1ª, 7.1.2005 (RJ 1187; MP: Antonio García Martínez).

¹⁴ CARBALLO FIDALGO (2009, p. 140); GARCÍA RUBIO, NIETO ALONSO, HERRERO OVIEDO (2012, pp. 204-205); BUSTO LAGO (2015, p. 448).

¹⁵ BECKERT (2008, p. 21 ss.).

¹⁶ Añade MADOFF (2010, p. 59), que, en contraposición a los países de *civil law*, "[c]ommon law countries, including the United States, England, Canada (with the exception of Quebec), New Zealand, and Australia, view property as something owned by individuals, and not families".

los dos últimos siglos, el derecho alemán de las legítimas ha experimentado últimamente alguna reforma menor¹⁷, y el derecho francés sí se ha reformado en mayor profundidad incrementando significativamente la libertad de testar y reduciendo la extensión de las legítimas¹⁸.

En realidad, con la expresión “libertad de testar”¹⁹ se hace referencia a dos cuestiones diversas, y es en ellas donde de verdad se manifiesta su distinto alcance en cada ordenamiento jurídico que se someta a consideración. En términos más amplios, libertad de testar significa la facultad que se reconoce a las personas de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza el legislador, que opera entonces como ordenación subsidiaria de la sucesión. La libertad de testar es la libertad para otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil –entonces, habría que buscar una expresión más amplia como libertad de destinar *mortis causa*– para regular la sucesión por causa de muerte²⁰, y, por lo tanto, para evitar el reparto igualitario que es la base de la sucesión intestada. En todos los ordenamientos jurídicos se reconoce esta libertad de testar, incluso en aquellos de ideología comunista²¹. Cosa distinta es la libertad para decidir el contenido del testamento. Aquí sí que se evidencia la mayor o menor extensión de la libertad de testar. El causante puede ver restringida esta libertad por la existencia de legítimas o de deberes alimenticios respecto de determinados familiares, o gozar de la posibilidad de destinar incluso todos sus bienes para personas o fines ajenos a su círculo familiar más próximo. Aun reconociéndose el derecho de determinados familiares a la legítima –por cierto, que salvo el Código Civil, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos europeos han tendido a reducir el número de familiares con derecho a la legítima²²–, la libertad del causante es mayor si esa legítima es colectiva y puede repartirla, total o parcialmente, del modo en que le plazca –lo mismo si hay una parte de legítima destinada a mejora– que no si el reparto es forzosamente igualitario; también es mayor si la legítima consiste en un derecho de crédito y no en una *pars bonorum*, de modo que el causante pueda destinar libremente sus bienes sin perjuicio del derecho de los familiares determinados por la ley a un concreto valor del patrimonio hereditario o, en

¹⁷ Esther, ARROYO I AMAYUELAS (2010), “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, 2010/1 (www.indret.com).

¹⁸ BRAUN (2012, p. 69 ss.).

¹⁹ La “libertad de testar” se complementa con la “libertad para testar”. Esta distinción la esboqué en DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA (2013, p. 60): “Esta libertad alcanza dos niveles: la libertad de testar, pues el causante puede elegir otorgar testamento o pacto sucesorio o no otorgar ningún negocio *mortis causa*; y la libertad para testar, en el sentido de que el contenido de su acto de última voluntad ha de ser igualmente fruto de su libre albedrío y libre de cualquier vicio de la voluntad”, y la expuse someramente en una conferencia en la Universidad de Santiago de Compostela. Luego TORRES GARCÍA, GARCÍA RUBIO (2014, p. 17) se han referido a la “libertad positiva o libertad «para testar» y libertad negativa o «de testar» en sentido estricto; las autoras señalan que “el sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño (...) implicaría la [libertad] de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la auto realización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad”.

²⁰ TORRES GARCÍA, GARCÍA RUBIO (2014, p. 17), consideran que la libertad “de testar” “consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio 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 esta actividad”. Para RAMOS GONZÁLEZ (2009, p. 138) por libertad de testar se entiende “la facultat del testador de disposar dels seus béns després d’haver considerat les diferents limitacions que, per raó de la seva utilitat i funció social (art. 33 CE), la llei considera justificades”, como la legítima o la cuarta viudal.

²¹ Referencias en CÁMARA LAPUENTE (2013, p. 29) Sobre los estériles esfuerzos bolcheviques para erradicar la sucesión *mortis causa*; KATZ (1977-1978, p. 3).

²² VAQUER ALOY (2009, p. 565 ss.).

cambio, deba atribuir forzosamente algunos de sus bienes en pago de las legítimas; y, obviamente, es mayor cuanto menor es la cuota de bienes hereditarios o de su valor reservados en concepto de legítima. Lo mismo cabe decir de los sistemas anglosajones de *family provision*²³, donde si bien el causante puede distribuir libremente sus bienes para después de la muerte, no solo los familiares sino también otras personas que en vida eran dependientes del causante pueden obtener una participación en el valor de la herencia, con independencia de sus necesidades vitales, pues la *family provision* no equivale a un derecho de alimentos²⁴.

En España, el art. 421-2 CCCat reconoce expresamente la libertad de determinar el contenido del testamento, al señalar que en él “el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte”. No hay un precepto equivalente en el Código Civil, pero la doctrina alcanza conclusiones idénticas. Por ejemplo, ALBALADEJO (2013, p. 239) afirma que no hay norma que prohíba otro contenido en el testamento además del que se prevé típicamente como la institución de heredero, la ordenación de legados, el nombramiento de albaceas, el reconocimiento de hijos y las instrucciones sobre el funeral y entierro, mientras que CÁMARA LAPUENTE (2013, p. 143) se entretiene en clasificar y desgranar el posible contenido típico y atípico del testamento. Sin embargo, también pueden identificarse algunos límites generales a la libertad testamentaria, por ejemplo, ningún ordenamiento reconoce al causante la capacidad para vincular los bienes durante varias generaciones; esa fue una lucha que afectó al mismo concepto de propiedad a lo largo del siglo XIX y que sigue manifestándose en la limitación del número de delaciones fideicomisarias, cuya extensión no puede en ningún caso rebasar un cierto número de generaciones²⁵. No cabe olvidar, tampoco, el rol que pueden desempeñar los derechos fundamentales, y que pueden limitar, cuestión que constituye el núcleo de este trabajo, la libertad de imponer determinadas condiciones a los sucesores. Un trabajo cuyo centro de interés lo constituyen los derechos civiles españoles, sin perjuicio de que se haga recurso a la experiencia acumulada por algunos ordenamientos jurídicos extranjeros sobre ciertas condiciones testamentarias, en particular las que presentan una connotación religiosa o étnica, cuando aquí se carezca de tal experiencia.

2. Las condiciones que puede imponer el causante a sus sucesores

El testador puede imponer condiciones en sus disposiciones testamentarias, en una concreción más de la libertad de testar²⁶. Lo afirma, con carácter general, el art. 790 CC: “Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”. Los límites generales expresos a la facultad de condicionar las disposiciones testamentarias son escasos. Existe un límite general a la aposición de condiciones en los testamentos y legados que radica en la intangibilidad de la legítima: la legítima debe recibirse libre de cualquier condición

²³ Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de provincias de Canadá salvo Quebec. Véase, respectivamente, TRULSEN (2004); BARRIO GALLARDO (2011); HANNAH, MCGREGOR-LOWNDES (2008); SUTTON, PEART (2003, p. 385 ss.); MACKINTOSH (1930, p. 13 ss.).

²⁴ VAQUER ALOY (2007, pp. 5-6), “[Algunas reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima](#)”.

²⁵ Art. 781 CC, art. 426-10 CCCat, *ley* 224 FN.

²⁶ WEIDLICH (2011, § 2074, Rn. 1.).

(arts. 813.2 CC, 451-9.1 CCCat, 498.2 CFA). El derecho civil catalán excluye, por su parte, la condición resolutoria en la institución de heredero, reminiscencia del principio sucesorio todavía vigente *semel heres semper heres* (art. 423-12 CCCat)²⁷. Más allá de estos límites generales, los textos legales son poco precisos en la delimitación de la libertad del testador para imponer condiciones, por lo que la cuestión merece un estudio detallado.

Si se atiende al régimen normativo específico de las condiciones testamentarias, el art. 792 CC dispone que “[l]as condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. Por su parte, el art. 423-17 CCCat adiciona un matiz: “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”. Finalmente, el art. 476 CFA establece que “[s]on válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres”, a la vez que pergeña el régimen más tolerante para con el causante. Se observa la existencia de un límite común: la ilegalidad de la condición. El derecho catalán no menciona específicamente la contradicción con las buenas costumbres, aunque no faltan autores proclives a su inclusión²⁸. Inspirándose en ellos, para el TSJ de Cataluña hay “dos clases de condiciones ilícitas: (a) Aquellas que establecen una coacción injustificada o interfieran en los denominados derechos de la personalidad, como son, entre otras, la imposibilidad absoluta de no contraer matrimonio (p. ej. prohibida en el 793 CC) o las captatorias (que anulan la institución de heredero, vid. arts. 160 CS [Código de Sucesiones de Cataluña] y 794 CC), y (b) Las que imponen actos u omisiones que son reprobados por la Ley o la moral atendidas las pautas ético-sociales dominantes en el momento de la apertura de la sucesión”²⁹. De otro parecer, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014, pp. 99-101) sostienen que las condiciones ilícitas son únicamente aquellas que contrarían las normas jurídicas, debiendo evitarse valorar las cláusulas testamentarias desde el punto de vista de la moral, por razones también de incremento de la litigiosidad. Con todo, el límite de la ley tampoco proporciona una concreción suficiente, pues salvando casos manifiestos en que se infringiría una norma prohibitiva o sancionadora de determinadas conductas (la condición de matar a alguien o de robar tal cosa), sigue observándose un margen de apreciación considerable. Particularmente interesante es la afectación de los derechos fundamentales, con una llamada a la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, cabe plantearse la afectación del derecho a la libertad, en sus diversas manifestaciones, y del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de raza, sexo, religión o filiación. En cuanto a la contradicción de las buenas costumbres, no se defiende aquí una simple valoración ética³⁰, sino que las buenas costumbres se entienden lo

²⁷ Véase BOSCH CAPDEVILA (2014, p. 666-668).

²⁸ Por ejemplo FOLLIA CAMPS (2011, p. 277), define la condición ilícita como aquella “que va contra la ley, la moral o las buenas costumbres”, entendiendo como tales “las pautas ético-sociales imperantes en el momento de la apertura de la sucesión”; ROCA I TRIAS (2009, p. 254): “Les condicions il·lícites són les que consisteixen en esdeveniments o conductes prohibides per la llei o la moral. També s’inclouen en aquest grup les condicions que impliquen una coacció de la voluntat de l’instituint”; GETE-ALONSO Y CALERA *et al.* (2011, p. 94).

²⁹ STSJ Cataluña, Civil y Penal, Sec. 1ª, 4.3.2013 (RJ 8050; MP: José Francisco Valls Gombau).

³⁰ Así también BOSCH CAPDEVILA (2014, p. 669), quien propone el ejemplo de la condición de seducir a las vecinas como condición irrelevante desde el punto de vista de la infracción de la moral. Menos contundente se muestra GETE-ALONSO Y CALERA *et al.* (2011, p. 94), para quien la inmoralidad de la condición que la torna ilícita “no debe identificarse con una determinada ideología o convicción religiosa, en general abarca al conjunto de valores éticos

más objetivamente posible como los grandes principios que informan nuestro ordenamiento jurídico y que no están encapsulados en una concreta norma jurídica cuya vulneración quepa alegar.

Antes de entrar en el análisis de las condiciones imponibles por el testador, sin embargo, son necesarias algunas reflexiones. Suceder al causante a título de heredero o de legatario no constituye derecho alguno de nadie. Si alguien es heredero o legatario lo es por la gracia del testador, quien, dejando aparte las legítimas, no tiene obligación de tipo sucesorio con nadie, ni siquiera –insisto, con el límite de las legítimas, que además no admiten condición salvo el juego que permite la cautela *socini*³¹– con sus familiares más próximos³². Y, del mismo modo, ningún sucesor elegido por el causante está obligado a aceptar la atribución que este ha realizado a su favor. La aceptación y la repudiación de la herencia y del legado son actos libérrimos del llamado (arts. 988 y 888 CC, 461-1 y 427-16 CCCat, 342 CFA, *ley* 315 FN), por lo que ante la aposición de una condición en la herencia o el legado deferidos el llamado siempre cabe que repudie³³. Por otro lado, la libertad de ordenar su sucesión *mortis causa* no atribuye al testador más poderes de los que tenía en vida, y ello supone que aquellas afectaciones que no hubiera podido conseguir en vida sobre la esfera de libertades y derechos fundamentales del sucesor tampoco podrá alcanzarlas mediante la ordenación de su voluntad testamentaria.

En segundo lugar, no cualquier condición puede ser incluida en la disposición testamentaria. Como sucede generalmente en el derecho comparado³⁴, dos son los criterios que combinan nuestros legisladores. Por un lado, el criterio objetivo, basado en la infracción de la ley o las buenas costumbres (la ilicitud de la condición que enuncian el art. 792 inicio CC y 423-17 inicio CCCat); y, por otro, un criterio subjetivo, basado en la voluntad del testador al establecer la condición (art. 423-17 CCCat cuando dice que, sin embargo, la institución o el legado son nulos cuando resulte claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es su motivo determinante; en el CC puede deducirse de la llamada a la voluntad distinta del testador en el art. 792 fin). La determinación de qué condiciones pueden ser impuestas requiere tener en cuenta ambos criterios, y no solo atender a la distintos efectos jurídicos en uno –se tiene por no puesta– y otro caso –nulidad de la disposición– previstos por la norma jurídica.

Por último, habrá que atender a si la condición responde a algún interés legítimo, aunque irrelevante para la mayoría de personas. La jurisprudencia americana, en su análisis sobre las extravagancias de los causantes, en los casos en que el testador dispone la destrucción de bienes realiza un test de razonabilidad sobre la base de cuatro factores: la naturaleza de la propiedad (no

de una sociedad y momento determinados”. Para Díez-PICAZO (2014, p. 1184), las condiciones contrarias a las buenas costumbres son aquellas que “coart[an] la libertad del donatario o del legatario (...) se ataca la personalidad humana cuando se ataca la libertad individual que es el derecho esencial de la personalidad”.

³¹ Tómesese como paradigma el art. 451-9 CCCat.

³² La misma idea en CÁMARA LAPUENTE (2013, p. 163); DELGADO ECHEVERRÍA (2012, p. 529 y 536) “nadie tiene derecho a una liberalidad”; HERRERO OVIEDO (2012, pp. 21-22) “[El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales](#)”. Lo dijo también el magistrado Jorge Rodríguez Zapata en su voto particular a la STC 9/2010 (de la que se tratará *infra* 2.2.b), citado por los autores anteriores: “nadie tiene derecho a un acto de liberalidad”.

³³ DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA (2013, p. 117); DELGADO ECHEVERRÍA (2012, pp. 529-530).

³⁴ DE VOS (2008, p. 809).

es lo mismo un Rembrandt que cartas o manuscritos privados³⁵), el carácter de la condición (temporal o perpetua), el propósito de la condición (mero capricho o interés de alguien) y su impacto en los herederos o legatarios y en otras personas³⁶. Estos criterios pueden resultar inspiradores en nuestro derecho. Por ejemplo, la condición por la que el causante impide construir sobre un terreno no es un mero capricho a menospreciar si ello responde al interés de otro de los beneficiarios³⁷. Sin embargo, si la condición es irrazonable sin responder a ningún interés legítimo, habrá que considerarla contraria a las buenas costumbres, en los términos que luego se verán, y, por consiguiente, tenerla por no puesta³⁸.

2.1. Condiciones que afectan a la libertad del sucesor

a. La libertad de contraer matrimonio

Las condiciones relativas a la libertad para contraer matrimonio son de las pocas que aparecen reguladas en nuestros cuerpos legales. Así, el art. 793 CC dispone que “[l]a condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste³⁹. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo”. De este artículo se deduce la ilegalidad de la condición absoluta de contraer matrimonio, tanto si se trata del primer matrimonio como si se

³⁵ Véase LANGBEIN (2010, p. 378). Escritores famosos han expresado en testamento la voluntad de que se destruyeran sus manuscritos; Franz Kafka lo pidió a su amigo Max Brod (<http://www.aurora-israel.co.il/articulos/israel/Titular/47604/>) y Vladimir Nabokov en su testamento urgía a destruir las fichas de su inconclusa novela *El original de Laura*, que luego publicaría su hijo Dmitri (http://cultura.elpais.com/cultura/2009/11/17/actualidad/1258412410_850215.html).

³⁶ DRENNAN (2005, pp. 59-60).

³⁷ Por ejemplo, la SAP León, Civil, Sec. 2ª, 6.6.2013 (JUR 229130; MP: Antonio Muñoz Díez), que valida esta disposición: “Es deseo del testador que Joaquina respete las siguientes condiciones con respecto a esta huerta: 1º.- No podrá edificar en ella”; otra hija recibía en legado la finca contigua. En el caso de la STSJ Cataluña, Civil y Penal, Sec. 1ª, 18.12.2014 (RJ 6744; MP: Carlos Ramos Rubio), la testadora había ordenado tres legados a favor de un hijo y dos nietos en los siguientes términos: “1.-... Para evitar disputas, quiere que en el plazo de noventa días desde el día de su fallecimiento, su hijo Clemente deje libre y desaloje a disposición de sus nietos Heraclio, el almacén de la CALLE000, y la parte correspondiente a Pablo Jesús de la CALLE001 NUM001. 2.- En el caso de incumplir las anteriores condiciones, su hijo Clemente perderá todos los derechos en dicho legado, en favor de sus nietos: Heraclio y Pablo Jesús, a partes iguales”. Uno de los legados suponía la división de un local que estaba arrendado al hijo, y la desocupación buscaba que cada legatario pudiera usar libremente del local que le correspondía, ya que el hijo era arrendatario de renta congelada de todo el local. El TSJ casa la sentencia de la SAP Lleida, Civil, Sec. 2ª, 11.10.2013 (JUR 358669 ; MP: Ana Cristina Sainz Pereda) que había estimado ilícita la condición por implicar una causa de extinción del contrato de arrendamiento no contemplada en la legislación arrendaticia.

³⁸ Los comentarios al *Restatement (Third) Trusts*, vol. 2, § 29, p. 95, ofrecen un par de ejemplos ilustrativos de condiciones que se consideraron opuestas al orden público por tribunales norteamericanos: en *Eyerman v Mercantile Trust Co* (1975) la testadora había ordenado arrasar una vivienda exclusiva, y en *Matter of the Estate of Pace* (1977) la demolición de diversas construcciones y que la propiedad permaneciera vacante hasta el fallecimiento de determinadas personas. Otros ejemplos de condiciones que abogaban por la destrucción de la propiedad, incluyendo testadores que ordenaban matar a sus mascotas o ser enterrados en sus coches, en SYKAS (2000-2001, p. 911 ss.).

³⁹ Coincide exactamente con el art. 713 del proyecto de Código Civil de 1851. Esta era la posición que defendía ya la doctrina anterior al Código Civil: DE LA RIPIA (1718, fol. 46, nº 17); GARCÍA GOYENA, AGUIRRE (1842, p. 39), y que se remonta al *ius commune* sobre la base de la interpretación de diversas leyes romanas, con referencia a las personas solteras por afectar su libertad, aunque no a las personas viudas, como se verá a continuación: véase, por todos, MANTICA (1585, lib. 11, tit. 19, nº 1 y 2).

trata de posteriores nupcias, con una excepción: que la condición pese sobre el viudo o viuda y haya sido impuesta por el cónyuge premuerto o por los ascendientes o descendientes del viudo o viuda. El derecho civil catalán no contiene norma específica sobre esta condición, salvo la referencia genérica que efectúa a ella el art. 423-15-1 CCCat (“Únicamente se considera cumplida la condición si el cumplimiento se produce una vez muerto el testador, salvo que se trate de la condición de contraer matrimonio [...]”). El derecho aragonés parece admitir cualquier tipo de condición relacionada con el matrimonio, pues de acuerdo con el art. 476 CFA, “es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada”. Así, los legisladores civiles dejan un campo abierto a la aposición de condiciones que afectan a la libertad de contraer matrimonio⁴⁰.

De estos preceptos cabe extraer las siguientes conclusiones generales, a salvo de que las circunstancias particulares del caso conduzcan a una solución distinta si pueden entenderse afectadas la ley o las buenas costumbres⁴¹:

a) a quien no sea viudo o viuda no se le puede imponer la condición absoluta de no contraer matrimonio⁴², salvo en Aragón;

b) luego sí es admisible la condición de no contraer matrimonio con una persona determinada o personas determinadas⁴³ (por ejemplo, con miembros de la familia de un determinado vecino de

⁴⁰ Más restrictivo es el legislador portugués, pues el art. 2233 Código Civil considera contraria a la ley la condición de que el heredero o legatario se case o no se case, porque se considera que debe protegerse la libertad individual, y solo admite los legados que toman en consideración el estado de soltería o de viudez; véase CARVALHO FERNANDES (2012, p. 520). En Italia también hay autores que, con apoyo en sentencias minoritarias de la *Corte di Cassazione*, entienden que es una condición ilícita cualquiera que coarte la libertad de contraer matrimonio, incluso la de no casarse con persona concreta, como CAPOZZI (2002, pp. 479-480).

⁴¹ ALBALADEJO (1984, p. 193), considera que el art. 793 CC solo concreta el enunciado general del art. 792 sobre la inadmisibilidad de las condiciones contrarias a la ley o a las buenas costumbres, limitándose a contemplar el caso de las nupcias como hecho-condición general, por lo que cualquier otra condición que afecte al *ius connubii* debe ser analizada a la luz del art. 792 CC. De manera muy similar O'CALLAGHAN MUÑOZ (2000, p. 618).

⁴² Lo mismo que en la mayoría de ordenamientos jurídicos; a modo de ejemplo, para Italia, el art. 636.1º *Codice Civile* califica como ilícita la condición que impide contraer primeras o posteriores nupcias (al respecto, CIRILLO (2010, p. 1034 ss.); para Portugal, el art. 2233 Código civil dispone que es contraria a la ley la condición de que el heredero o legatario contraiga o no matrimonio; para Estados Unidos (Nueva York), SUMMERFIELD (2010, p. 790; para Irlanda y Canadá, GRATTAN, CONWAY (2005, p. 518 y 527); para Escocia, GUTHRIE (2012, p. 13) “[Scottish Limitations to Testamentary Freedom and Freedom of Religion under Article 9, ECHR](#)”. Para Australia, MACKIE (1998-1999, p. 42); para Nueva Zelanda, COX (2001, p. 48 y 54); para Sudáfrica, CHALMERS *et al.* (2007, p. 106).

⁴³ Expresamente el art. 476 CFA. STS 7.12.1899, citada por ALBALADEJO (1984, p. 422). Era la opinión ya de MANTICA (1585, lib. 11, tit. 9, nº 9); y GÓMEZ (1701, cap. XII, nº 78), tras negar validez, por contraria a las buenas costumbres, a la prohibición general de casarse. Ya en el siglo XIX, GARCÍA GOYENA (1974) citaba con aprobación el hoy todavía vigente § 700 ABGB, que estipula que la condición de no casarse con cierta persona es válida; ELÍAS, FERRATER (1864, art. 2143). Así, también, OSSORIO MORALES (1957, p. 225); CLEMENTE DE DIEGO (1959, p. 137); CASTÁN TOBEÑAS (1979, p. 190); RIVAS MARTÍNEZ (2009, p. 883); FUENTES MARTÍNEZ (2004, p. 218); GETE-ALONSO Y CALERA (2011, p. 95). Salvo que se establezcan requisitos tan rigurosos que prácticamente se convierta en una prohibición absoluta de contraer matrimonio, advierten MUCIUS SCAEVOLA (1944, p. 621). ALBALADEJO (1984, p. 423) excepciona el supuesto de que la condición afectara a persona que estuviera ya conviviendo de forma análoga al matrimonio, lo que es correcto y se matiza oportunamente en el texto bajo la letra k) *infra*. De este modo, la cláusula del testamento de Don Quijote sería admisible: “es mi voluntad que si Antonia Quijana mi sobrina quisiere casarse, se case con hombre de quien primero se haya hecho información que no sabe qué cosas sean libros de caballerías; y en caso que se averiguare que lo sabe y, con todo eso, mi sobrina quisiere casarse con él y se casare, pierda todo lo que le he mandado, lo cual puedan mis albaceas distribuir en obras pías a su

la población, con habitantes de un determinado lugar, etc.). De la prohibición de contraer matrimonio con persona de una determinada etnia, sexo o confesión religiosa me ocupó más adelante⁴⁴.

c) al viudo se le puede imponer la condición de no contraer nuevas nupcias. Lo que dispone el art. 793.1 CC choca con la tendencia de que los derechos sucesorios que la ley reconoce al viudo hayan dejado de tener carácter viudal, pues no se extinguen por las nuevas nupcias –es paradigmático el Código Civil de Cataluña, que ha dejado de considerarlas causa de extinción del usufructo viudal abintestato⁴⁵–, salvo en Galicia⁴⁶, aunque no es menos cierto que se mantienen prevenciones como la reserva binupcial (art. 968 ss. CC, *leyes* 256; y 274 ss. FN, además de la extinción del usufructo de fidelidad salvo pacto, *ley* 261.3 FN). Estos textos legales que contemplan derechos sucesorios viudales no vitalicios conducen a la conclusión de que la voluntad del causante puede imponerse en este extremo⁴⁷.

d) esta condición es razonable que solo estén legitimados para imponerla el consorte difunto y los ascendientes o descendientes del viudo o viuda, por lo que carecen de legitimación otras personas.

e) no es admisible la condición de contraer matrimonio con una persona concreta, ya que ello supondría una limitación intolerable de la libertad individual⁴⁸; salvo en derecho aragonés, que la

voluntad” (Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, cap. LXXIV, en la versión electrónica disponible en http://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/parte2/cap74/cap74_02.htm).

⁴⁴ *Infra* 2.1.b).

⁴⁵ Art. 442-4.3, comentado por Antoni Vaquer Aloy en RAMOS GONZÁLEZ (2009, p. 1272), destacando el carácter vitalicio y no familiar del usufructo.

⁴⁶ Art. 236 LDCG: “Además de por las causas generales de extinción del usufructo, el del cónyuge viudo se extingue por: (...) 2º) Contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto”. Las STSJ Galicia, Civil y Penal, 1ª, 26.9.2011 (RJ 7062; MP: Pablo Sande García) y STSJ Galicia, Civil y Penal, 1ª, 24.1.2012 (RJ 3083; MP: Pablo Sande García) han entendido que es disposición en contrario del testador la atribución del usufructo con carácter vitalicio.

⁴⁷ Así, SAP A Coruña, Civil, 2ª, 13.10.1998 (AC 7609; MP: Luis Barrientos Monge) en que la cláusula era: “En el caso de fallecer sin descendientes instituye único y universal heredero a su esposo don Juan Antonio M. S.; con la condición de que no ha de contraer nuevas nupcias”. De otra opinión, BLASCO GASCÓ (2013, p. 125): “En la actualidad, creo que incluso la condición a la que se refiere el último inciso del precepto se debe tener por no puesta, pues el derecho a contraer matrimonio no se limita a primeras nupcias. De esta manera, la prohibición de contraer ulterior matrimonio vulnera el *ius connubii* la imponga quien la imponga. No hay un interés legítimo y superior del difunto consorte o de sus ascendientes o descendientes que justifiquen la anulación del *ius connubii* del viudo o de la viuda”. Similarmente, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (2011, p. 140): “ambas excepciones [del art. 793 CC] parecen injustificadas dentro de nuestro actual contexto social y debieran desaparecer”.

⁴⁸ De acuerdo, ya GÓMEZ (1701, cap. XIII, nº 79); NAVARRO AMANDI (1880, p. 527): “La condicion exigida por un testador de haber de casarse su heredero con persona de familia determinada, debe reputarse por no puesta, segun la doctrina consignada por el Tribunal Supremo, por ser contraria en general á las buenas costumbres y a la libertad del matrimonio (Sent. 20 Enero 1866)”. En la doctrina contemporánea, MUCIUS SCAEVOLA (1944, p. 820); DE DIEGO (1959, p. 137); CASTÁN TOBEÑAS (1979, p. 190); SERRANO DE NICOLÁS (2010, p. 169). Lo mismo en el derecho alemán: WEIDLICH (2011, § 2074, Rn 5); LÖHNING, RAUSCH (2010, Rn 8). De otra opinión, Díez-PICAZO, GULLÓN (2012, p. 86) “salvo que (...) vaya contra las buenas costumbres (p. ej., sería inmoral la condición de contraer matrimonio con persona deshonesto)”, que es lo que decían GARCÍA GOYENA, AGUIRRE (1842, p. 39) “Si la condicion es de casarse con persona determinada, se ha de atender á si es o no digna esta persona; si lo es, valdrá la condición”. O ELÍAS, FERRATER (1864, art. 2143) “La condición de casarse ó no casarse con determinadas personas es lícita, a menos que por su causa debiese el instituido quedar célibe ó enlazarse con alguna persona indigna”; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ *et al.* (2011, p. 745; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (2011, p. 140); RIVAS MARTÍNEZ (2009, p. 884), con la misma salvedad que FUENTES MARTÍNEZ (2004, p. 218); ROCA I TRIAS (2009, p. 255) “Les condicions

admite expresamente⁴⁹. Inversamente, si esa condición no se impusiera con la pretensión de limitar el *ius connubii*, sino que se circunscribiera a contemplar la eventualidad de esas nupcias, excepcionalmente podría admitirse su eficacia; por ejemplo, el testador instituye o lega al novio de la hija con la condición de que contraigan matrimonio⁵⁰, condición que debería merecer la misma valoración que la condición resolutoria de la pérdida de lo atribuido *mortis causa* en el evento del divorcio de la hija o hijo del causante o del cónyuge, aún más si se tiene en cuenta la presunción de ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge que han incorporado los derechos catalán y aragonés en el caso de posterior crisis matrimonial (arts. 423-13 CCCat y 438 CFA, respectivamente⁵¹).

f) por el contrario, es admisible la condición de contraer matrimonio (expresamente art. 423-15.1 CCCat)⁵².

g) sí que se ha aceptado la condición de contraer matrimonio con una persona de determinado rango social⁵³.

h) debe admitirse la condición de no casarse durante un cierto período de tiempo o hasta que llegue un determinado momento, ya que no encierra una prohibición absoluta⁵⁴.

i) se acepta la condición suspensiva de contraer matrimonio⁵⁵.

relatives de contreure matrimoni o no amb una persona determinada o en unes circumstàncies concretes són vàlides"; FOLLIA CAMPS (2011, p. 279), matizando que si la persona no acepta el matrimonio la condición se tiene por cumplida. A favor aunque con muchas cautelas, OSSORIO MORALES (1957, p. 126). La SAP Castellón, Civil, 3ª, 22.3.2006, (JUR 200669; MP: Mª Angeles Gil Marqués), contempla el supuesto de la condición impuesta a la legataria de casarse con el testador y seguir casada hasta el momento del fallecimiento de este; la sentencia no cuestiona la validez de la condición, si bien la considera incumplida por cuanto el matrimonio celebrado por poderes en Cuba fue declarado nulo. En derecho italiano y alemán se considera ilícita la condición de casarse con una persona determinada: TRIOLA (2012, p. 253); LEIPOLD (2012, p. 166).

⁴⁹ SERRANO GARCÍA (2009, p. 636) afirma que las previstas en el CFA "no son condiciones contrarias al *ius connubii* ni a las buenas costumbres".

⁵⁰ Así lo sostenía ya el jurista catalán DURAN (1638, cap. III, nº 37).

⁵¹ Véase VAQUER ALOY (2003, pp. 67-100) "[Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio](#)". La misma solución sin apoyo en norma legal expresa la ofrece la

SAP Guipúzcoa, Civil, Sec. 1ª, 29.7.2008 (JUR 944; MP: Yolanda Domeño Nieto) en un supuesto de nulidad del matrimonio, y la SAP Málaga, Civil, Sec. 6ª, 13.12.1999 (AC 8478; MP: Ana Cañizares Laso) en un supuesto de divorcio, amparándose en el error en los motivos de la institución [pero de otra opinión la SAP Madrid, Civil, Sec. 19ª, 15.4.2013 (JUR 213081; MP: Nicolás Díaz Méndez) considerando que el causante pudo revocar el testamento].

⁵² SAP Barcelona, Civil, Sec. 1ª, 5.2.2007 (AC 1790; MP: Laura Pérez de Lazarraga Villanueva): "Instituye heredero a su hijo Don Marcos, institución que quedará subordinada a la condición suspensiva de que su citado hijo contraiga matrimonio legítimo", manifestando la sentencia expresamente la validez de la condición. A favor, también, OSSORIO MORALES (1957, p. 224). Con reparos, SÁNCHEZ ROMÁN (2008, p. 608).

⁵³ STS, Civil, Sec. 1ª, 28.11.1981 (RJ 4676; MP: Antonio Fernández Rodríguez) condición de casar con persona noble (subsiguiente recurso de amparo rechazado por la STC 27/1982, que no objeta a la condición), por la finalidad de mantener el título nobiliario. La misma solución dio el derecho alemán en el caso Hohenzollern (BGH 2.12.1998, *Juristenzeitung*, 1999, p. 519 ss., y BVerfG 21.2.2000, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2000, p. 945 ss).

⁵⁴ En el *ius commune*, MANTICA (1585, lib. 11, tit. 9, nº 7 y 8). En la doctrina contemporánea, TORRALBA SORIANO (1991, p. 1943); SÁNCHEZ HERNÁNDEZ *et al.* (2011, p. 745).

⁵⁵ Aunque es discutible que lo sea –si bien en la sentencia no es el tema de debate si se trata de una condición suspensiva o resolutoria–, puede aportarse el ejemplo de la SAP Asturias, Civil, Sec. 5ª, 31.7.2009 (AC 1960; MP:

j) igualmente se ha admitido la condición resolutoria de contraer matrimonio, de modo que casarse supone la pérdida de la institución de heredero o del legado⁵⁶, pero siempre en atención a un interés digno de protección.

k) debe reputarse ilícita la condición que incite separarse o divorciarse⁵⁷, pero no la que trate de apoyar económicamente a la persona ante tal circunstancia⁵⁸, distinción que presupone la interpretación de la voluntad del testador para conocer la finalidad que se proponía.

El elenco de casos citados permite dibujar a grandes rasgos el régimen de las condiciones relativas a las nupcias, y conduce a comprobar que la finalidad buscada por el testador al imponer la condición es un aspecto fundamental en el momento de decidir sobre su licitud⁵⁹. Naturalmente, ello implica entrar en la intrincada senda de la interpretación del testamento y la indagación de su verdadera voluntad⁶⁰, aunque habrá que presumir un fin lícito que garantice la

José María Álvarez Seijó) en la que el padre instituye a su hijo en el tercio de mejora con la condición de que con el consentimiento del propio causante o, a su fallecimiento, el de su esposa Doña Encarna, se case en casa para regirla y gobernarla según costumbre del país, y caso de no cumplir tal condición dicha mejora pasaría sucesivamente a los demás hijos, prefiriendo el varón a la hembra y el mayor al menor, evidentemente con la referida condición.

⁵⁶ STS, Civil, Sec. 1ª, 3.11.1989 (RJ 7847; MP: Pedro González Poveda): “El tercio de mejora será para mis hijas Matilde Araceli y María Victoria en usufructo vitalicio, con relevación de hacer inventario y de prestar fianza. 2.- Si cualquiera de ellas hubiere fallecido o contraído matrimonio o entrado en religión (de cualquier orden que sea) su parte acrecerá a las otras dos; y lo mismo si el matrimonio o el ingreso en religión ocurre después de mi muerte; por manera que ese usufructo sólo ha de corresponder a las que permanezcan solteras y en estado seglar. 3.-Al fallecimiento de la última de ellas o bien si las tres hubieren contraído matrimonio o entrado en religión lo mismo que si las usufructuarias dan por terminado el usufructo, renunciándolo, los bienes usufructuados, se dividirán por partes iguales entre mis cuatro hijos Matilde, Agustín, Araceli y María Victoria y mi nieto Francisco A. de I.”. Similarmente, la SAP Asturias, civil, Sec. 5ª, 27.9.2001 (AC 1945; MP: José María Álvarez Seijó) en que la condición afectaba el legado sobre el tercio de mejora ordenado a favor de las hijas del testador, de manera que cuando una se casara, el legado pasara a la siguiente; su finalidad era, según la sentencia entiende probado, favorecer la situación económica de las hijas solteras con el tercio de mejora; lo que ya admitía la doctrina castellana anterior al Código Civil: RIPIA (1718, fol. 46, nº 18); GARCÍA GOYENA, AGUIRRE (1842, p. 39), apoyaban esta interpretación: “No se ha de confundir con la prohibición de no casarse el caso en que el testador mejora á alguna hija, ó deja una pensión á una soltera, añadiendo: mientras se mantenga doncella, o sin casarse, porque el testador no se propone aquí impedir el matrimonio, sino socorrer la hija ó soltera mientras carezcan del auxilio del marido: esta adición hace modal al legado y no condicional, como en caso de duda se resuelve de todas las adiciones ó advecciones”; DEL VISO (1859), p. 375; GUTIÉRREZ (1871, p. 280).

En el caso de la STSJ Galicia, Civil y Penal, Sec. 1ª 9.11.2002 (RJ 2455; MP: Juan José Reigosa González), en la que la cláusula testamentaria era la siguiente: “La mejora y el legado de la cláusula anterior, los hace a su hijo Luis, con la condición de que ha de cuidar y asistir al testador en cuanto precise sano o enfermo, casarse y vivir continuamente en la misma casa y compañía del otorgante ayudándole según costumbre en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes”; añadiendo que si dicho hijo Luis, no cumple por su voluntad las condiciones impuestas pasarán o recaerán los referidos legados y mejora en el otro hijo Amadeo, y a falta de éste por incumplimiento de las condiciones antes dichas pasarán a la otra hija Soledad en igual forma; un supuesto semejante, aunque aquí la condición se entiende incumplida, en la SAP Pontevedra, Civil, Sec. 1ª, 28.7.1997 (AC 1571; MP: Manuel Pérez-Batallón Ordóñez).

⁵⁷ Ya lo decía DURAN (1638, cap. III, nº 16), y ahora lo mantiene FOLLIA CAMPS (2011, p. 279).

⁵⁸ Lo mismo en derecho norteamericano; véase SHERMAN (1999, p. 1308), que discute el caso *Estate of Donner* de 1993 en que el testador había legado una porción de su patrimonio en *trust* a favor de su hija y sus nietos, que ella no percibiría hasta cumplir los 65 años o divorciarse; la hija intentó dejar sin efecto la condición por incitar al divorcio, pero el tribunal entendió que lo que pretendía el causante era atender a la hija en el caso en que se divorciara y su situación económica empeorara; DUKEMINIER, SITKOFF, LINDGREN (2009, p. 35).

⁵⁹ La misma idea en el derecho francés la expresan MALAURIE; Laurent, AYNÈS (2010, p. 190).

⁶⁰ VAQUER ALOY (2008).

eficacia de la disposición conforme a la *benigna interpretatio* [art. 421-6.2 CCCat y 416.2 CFA; STS, Civil, Sec. 1ª, 30.1.1997 (RJ 159; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes): “La función interpretativa ha de ejercitarse, en buena regla de hermenéutica, a favor de la eficacia de la disposición siempre que sea posible”]. Es difícil concretar más y la doctrina advierte de la necesidad de proceder con cautela y caso por caso atendiendo a la finalidad pretendida por el testador⁶¹. Salvando los supuestos señalados, la idea debe ser que el testador no ha de constreñir irrazonablemente el *ius connubii* de los sucesores que designa.

b. La libertad religiosa

La libertad religiosa está expresamente consagrada en el art. 16 CE, así como en instrumentos europeos, en particular el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”) y el art. 9 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)⁶², que es el precepto más detallado al respecto al señalar que las restricciones a este derecho son excepcionales. Evidentemente, estos preceptos tienen como destinatario primero a los poderes públicos, pero también dejan sentir su eficacia en las relaciones entre particulares mediante la *Drittwirkung*. En este sentido, ha notado CÁMARA LAPUENTE (2013, p. 163) que una condición testamentaria que atente contra las libertades fundamentales o contra el principio de igualdad puede ser declarada ilícita no porque el testador vulnere directamente el ordenamiento jurídico pero sí porque el juez, como autoridad del Estado, debe elegir aquella interpretación posible de la cláusula testamentaria que no vulnere los principios constitucionales⁶³. En cambio, sostienen TORRES GARCÍA, GARCÍA RUBIO (2014, p. 121) que si una condición testamentaria es contraria al derecho a la libertad religiosa o a la igualdad es simplemente una condición contraria a la ley *ex art. 792 CC* y debe tenerse por no formulada. No son muchos los casos que se han planteado en España; sin embargo, la experiencia

⁶¹ ALBALADEJO (2013, p. 259); LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (1981, p. 272); DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA (2013, pp. 118-120); TORRES GARCÍA, GARCÍA RUBIO (2014, pp. 122-123). La doctrina y la jurisprudencia norteamericana proponen dos tests de validez de la condición: el test de razonabilidad, en el sentido de que las restricciones al matrimonio no supongan de hecho la imposibilidad de contraerlo, y el de coerción, que aboga por tener en cuenta la situación de necesidad en que se halla el sucesor afectado por la condición y cómo esa necesidad puede influir en su margen de decisión, anulándolo o limitándolo significativamente o no. Véase Ruth Sarah LEE, “Over my Dead Body: A Better Approach to Testamentary Restraints on Marriage”, *Marquette Elder’s Advisor*, 2012, p. 55 ss.

⁶² “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁶³ Por contra, Gema Díez-Picazo Giménez, “Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sucesiones”, en Andrés Domínguez Luélmo, María Paz García Rubio (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid, 2014, p. 360, ha advertido que la extensión a las relaciones jurídico-privadas del principio constitucional de igualdad –y cabe suponer lo mismo en relación con las libertades fundamentales– puede conducir a resultados absurdos.

comparada aconseja detenerse en el tema con el fin de intentar sentar algunas bases por si se presentaren en el futuro. La SAP A Coruña, Civil, Sec. 5ª, 26.1.2000 (JUR 200402; MP: Julio César Cibeira Yebra-Pimentel) tuvo que resolver sobre un testamento en que se instituían herederos unos sobrinos con la prevención que “esos sobrinos serán los hijos de cada hermano que vivan al fallecimiento de la testadora, y si alguno hubiese abrazado estado religioso quedará excluido de la herencia, acreciendo su porción a sus hermanos y, en defecto de ellos, a sus primos”. La sentencia ni se cuestiona la validez de la cláusula y afirma la claridad de sus términos. A favor de la decisión podría argüirse que no se coarta la libertad del beneficiario obligándole a hacer algo que de otro modo no hubiera hecho, como si se le impusiera abrazar una determinada religión o ingresar en alguna orden. No merece objeción la STS, 1ª, 10.2.1986 (RJ 521; MP: Cecilio Serena Velloso) en que se ordenaba un legado para el supuesto en que las legatarias “fuesen exclaustradas y, por consiguiente, obligadas a vivir fuera de sus respectivos conventos”, pues es obvio que tal legado condicional pretendía únicamente subvenir a las necesidades al abandonar el refugio conventual y no inducir las a abandonar sus votos. La antes citada STS 3.11.1998⁶⁴ contempla el supuesto inverso: el estado religioso de las legatarias suponía una disminución de sus necesidades económicas, por lo que si tal evento acontecía, su parte acrecía a quien no tuviera tal cobertura de las necesidades.

(i) Las cláusulas restrictivas de la libertad religiosa en el derecho comparado

A diferencia de España, otros países, en particular los de *common law*⁶⁵, han conocido una cierta abundancia de casos en que el factor religioso ha sido introducido como condición a que se sometía una cláusula testamentaria, con mucha frecuencia ligada al matrimonio, de modo que una cláusula tipo en la casuística es “instituyo a mi hijo siempre que contraiga matrimonio con una persona que profese la fe judía”. La frecuencia de este tipo de cláusulas ha motivado una interesante literatura jurídica que ha analizado críticamente la jurisprudencia de diversos países. Tradicionalmente, las jurisdicciones de *common law* han sido benevolentes con este tipo de cláusulas, sin cuestionarse su validez⁶⁶. La libertad de testar ampara la imposición de condiciones a los beneficiarios salvo que estas puedan calificarse de repugnantes, insuficientemente ciertas o imposibles. Las condiciones restrictivas de la libertad religiosa no se han incluido entre las repugnantes⁶⁷. Solo durante algunos decenios del siglo XX las sentencias suprimieron algunas condiciones por falta de suficiente certeza. Así, en *Clayton v Ramsden*⁶⁸, la House of Lords tuvo por no suficientemente cierta la cláusula del testamento según la cual el instituido perdía su derecho si no se casaba con persona “of Jewish parentage and of the Jewish faith”, argumentando sobre la base de la ambigüedad de la expresión “fe judía”.

Sin embargo, en casos posteriores se volvió a otorgar primacía a la libertad de testar. Por ejemplo, en *Blathwayt v Baron Cowley*⁶⁹, en que la condición resolutoria era “ser o convertirse en Católico

⁶⁴ STS, Civil, Sec. 1ª, 3.11.1989 (RJ 7847; MP: Pedro González Poveda).

⁶⁵ HARDING (2011, pp. 303-305), con múltiples ejemplos de derecho inglés.

⁶⁶ SHERMAN (1999, p. 12).

⁶⁷ GRATTAN, CONWAY (2005, p. 516 ss).

⁶⁸ [1943] 1 All E.R. 16 (H.L.).

⁶⁹ [1975] 3 All E.R. 625.

Romano”, Lord Wilberforce afirmó en su voto que declararla nula por motivos de orden público “would bring about a substantial reduction of another freedom, firmly rooted in our law, namely that of testamentary disposition. Discrimination is not the same thing as choice” y que “private selection [has not] yet become a matter of public policy”. En Estados Unidos, el Tribunal Supremo de Illinois en el caso del año 2009 *In re Estate of Feinberg* validó la condición impuesta por un dentista judío en su testamento. El Sr. Max Feinberg previó que a su muerte sus bienes debían ser administrados en *trust* por su esposa, Erla Feinberg, en beneficio de sus cinco nietos, pero si algunos de ellos “marries outside the Jewish faith (unless the spouse of such descendant has converted or converts within one year of the marriage to the Jewish faith)”, los bienes revertirían a los dos hijos del matrimonio; solo uno de los nietos había contraído matrimonio con una persona judía, y resultó ser el único beneficiario cuando Erla ejecutó el *trust*, lo que abrió las puertas al pleito. Como su homólogo inglés, el Tribunal Supremo de Illinois no consideró ninguna mácula en la condición, ni siquiera que fuera incierta, ni mucho menos que afectara al orden público⁷⁰. En 1974, el caso de Ohio *Shapira v Union National Bank*⁷¹ descansaba en un supuesto de hecho similar: el testador instituía a su hijo bajo la condición de contraer matrimonio –si no lo había hecho ya al tiempo de su fallecimiento– antes de transcurridos siete años con una mujer judía hija de padres judíos, y en caso de no cumplir la condición, su cuota hereditaria debía hacer tránsito al Estado de Israel. El tribunal no consideró que se vulnerara el derecho constitucional a contraer matrimonio, por no existir derecho legal a la herencia de los hijos y tratarse de una restricción solo parcial del *ius connubii*, ni tampoco que se contraviniera el orden público, otorgando primacía a la libertad del testar del causante. Antes (1954), el Tribunal Supremo de Oregón había tenido por válida la cláusula que condicionaba el convertirse en beneficiaria del *trust* ordenado en el testamento a favor de la hija del testador que esta al cumplir 32 años no se hubiera convertido ni casado con un católico, lo que sucedió cuando cumplió 31 años⁷². Solo cuando la condición discriminatoria está impuesta en un *trust* con finalidad pública la jurisprudencia ha decidido modificarla –a la manera de la conversión del modo que contempla nuestro derecho (arts. 798 y 428-5.2 CCCat), lo que en derecho anglosajón se conoce como *cy pres*⁷³– impidiendo el efecto discriminatorio⁷⁴.

En Australia, el reciente caso *Carolyn Margaret Hickin v Robyn Patricia Carroll & Ors*⁷⁵ ha servido

⁷⁰ Sobre este caso, SUMMERFIELD, *Disinheritance, passim*; James H. CUNDIFF, Andrew D. COPANS, “In re Estate of Feinberg: When Legal Fees Consume an Estate—Restrictive Clauses Are Moot”, 35 *ACTEC Journal*, 2009, p. 255; Jeremy MACKLIN, “The Puzzling Case of Max Feinberg. An Analysis of Conditions in Partial Restraint of Marriage”, 43 *The John Marshall Law Review*, 2009-2010, p. 265; Orly HENRY, “If You Will It, It Is No Dream: Balancing Public Policy and Testamentary Freedom”, *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, 2011, p. 215 ss.; Natalie LORENZ, “Reaching from the Grave? The Validity of Testamentary Conditions Precedent Restricting Marriage in Illinois: In Re Estate of Feinberg, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009)”, 36 *Southern Illinois University Law Journal*, 2011, p. 123 ss. El texto íntegro de la sentencia: <http://online.wsj.com/public/resources/documents/feinberg.pdf>.

⁷¹ Un extenso resumen del fallo: http://www.leagle.com/decision/19746739OhioMisc28_162.

⁷² CRANE (1955, p. 351).

⁷³ ZIMMERMANN (1986, pp. 395 - 415).

⁷⁴ Por ejemplo, *Canada Trust Co v Ontario Human Rights Commission* (Canadá, 1990), *trust* testamentario fundado para becar a estudiantes necesitados que fueran blancos, de origen o nacionalidad británica y protestantes; en el caso *Evans v Newton* (USA, 1966), el alcalde Davis legó a la ciudad de Macon, Georgia, un terreno para que se construyera un parque solo para blancos. Véase GRATTAN, CONWAY (2005, p. 530 ss); BERTRAND (1966, p. 152 ss.); COLLITON (2003, p. 275 ss.); y EASON (2010, p. 123 ss.).

⁷⁵ [2014] NSWSC 1059: <http://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a63ed63004de94513dc2ba>.

para que el Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur haya validado la condición testamentaria de convertirse al catolicismo los legatarios, que eran testigos de Jehová, con argumentos parecidos a los expuestos más arriba.

Otros países han experimentado una evolución en el enjuiciamiento de condiciones de este tipo. En las provincias de *common law* de Canadá la doctrina ha observado un cambio tras la entrada en vigor el 7 de abril de 1982 de la Carta de Derechos y Libertades, cuyo art. 2(a) reconoce la libertad de conciencia y religión, mientras que el art. 5 hace lo propio con el derecho a la igualdad. Hasta su entrada en vigor, la jurisprudencia se regía por los mismos parámetros que el derecho inglés y norteamericano, de modo que las condiciones que vinculaban la percepción de beneficios sucesorios con una determinada confesión o con el matrimonio con persona de determinada confesión se reputaban admisibles⁷⁶. Tras la entrada en vigor de la Carta, la jurisprudencia mutó sobre la base de los derechos reconocidos en ella. Así, en el caso de *Terranova Re Murley Estate* (1995), el testador, clérigo jubilado de la Iglesia Unida de Canadá, introdujo la condición de que el hijo de su sobrina para ser heredero debía ser un “cristiano verdadero” de alguna de las principales corrientes cristianas, salvo Testigo de Jehová y mormón. Aun sin referirse a la Carta, la condición se estimó nula por contravenir el orden público. Este y otros pronunciamientos han permitido concluir que el concepto de orden público se ha impregnado de la Carta y que, por consiguiente, las condiciones testamentarias que coartan la libertad religiosa del instituido no son ya admisibles⁷⁷.

Una evolución semejante puede notarse en Sudáfrica. En un caso de 1950, *Aronson v Estate Hart*, la cláusula en que se estipulaba la pérdida de los derechos sucesorios atribuidos si los beneficiarios se casaran “con persona que no profesara la fe judía o que renunciara a ella” se reputó válida y no contraria a las buenas costumbres, basándose en que no existía norma prohibitiva al respecto y con disquisiciones varias sobre cómo podría perjudicar a las relaciones entre los hermanos beneficiarios que unos profesaran una religión y otros no⁷⁸. La promulgación de la [Bill of Rights de la Constitución Sudafricana](#) (1996), cuya sección 15 se ocupa en particular de la libertad religiosa, ha provocado que la doctrina considere, actualmente, inaplicable la solución del caso *Aronson*, por ser contraria al nuevo orden público que resulta de los derechos fundamentales de los individuos y por la eficacia horizontal de los derechos reconocidos constitucionalmente⁷⁹.

Igualmente en Nueva Zelanda, donde se aplicaban las máximas jurisprudenciales del derecho inglés, la doctrina destaca el impacto de la [Ley de Derechos Humanos de 1993](#), cuya sección 21 prohíbe cualquier discriminación basada en la religión, considerando que la construcción del concepto de orden público debería empaparse de las nuevas percepciones sociales determinantes

⁷⁶ GRATTAN, CONWAY (2005, p. 525 ss.).

⁷⁷ GRATTAN, CONWAY (2005, p. 529 ss.); con todo, PARACHIN (2015, p. 28), apunta que básicamente esa evolución se advierte en el campo de las disposiciones testamentarias benéficas. Ese mismo argumento lo desarrolla para el derecho inglés HARDING (2011, p. 311 ss.), apoyándose en la Ley de Derechos Humanos de 1998 que incorpora al derecho nacional el contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos y su efecto horizontal indirecto.

⁷⁸ HAHLO (1950, p. 231); DU TOIT (2001, pp. 226-227; CHALMERS *et al.* (2007, p. 109).

⁷⁹ DU TOIT (2001, p. 234 ss.).

de la aprobación de dicha Ley de Derechos Humanos⁸⁰.

Por el contrario, la tradición continental se ha mostrado más renuente a la admisión de este tipo de condiciones, JOUBERT (1968, pp. 417-418) y DE VOS (2008, p. 804) mencionan una sentencia de la *Hoge Raad* de Holanda, Zelanda y Frisia Occidental de 1747 en que se declaró la nulidad de la condición testamentaria de no renunciar a la fe judía por contravención de la libertad religiosa. LAURENT (1874, p. 585, n° 445) reporta una sentencia del tribunal de Colmar de 1827 en que se declaró nula la condición impuesta a un legatario convertido al catolicismo de vivir y morir en esta religión para no perder el legado, MALAURIE y AYNÈS citan una sentencia del Tribunal del Sena 1947 en que la cláusula testamentaria que contenía una condición resolutoria en un legado en caso de contraer matrimonio con un judío fue declarada ilícita⁸¹.

En Alemania, se entienden no puestas las condiciones que pretenden determinar el comportamiento de una persona en cuanto a los derechos fundamentales, en particular la libertad de religión⁸². Ahora bien, la jurisprudencia alemana ha admitido la licitud de la cláusula testamentaria cuya condición consistía en no pertenecer a la Cienciología ni a cualquier otra secta con actividades económicas⁸³. El testamento lo había otorgado una empresaria a favor de su hija y el tribunal de Düsseldorf valora que tanto peso tiene la libertad religiosa de la beneficiaria como el deseo de la testadora de la conservación de su empresa, con lo que de nuevo aflora la finalidad perseguida por el causante en atención a los sentimientos sociales dominantes.

(ii) El derecho español

La jurisprudencia española no ha debido enfrentarse a cláusulas testamentarias que restringen la libertad religiosa como las reseñadas en el subapartado anterior⁸⁴, aunque cabe temer que la creciente multiculturalidad de nuestra sociedad propicie la aposición de estas condiciones. La experiencia comparada demuestra que hay mecanismos para impedir que el causante imponga al heredero condiciones que lesionen su derecho fundamental a la libertad religiosa compeliéndole a profesar determinados credos o a casarse con quien pertenezca a determinada fe. La contradicción de las leyes y de las buenas costumbres (arts. 792 CC) o su ilicitud (art. 423-17

⁸⁰ COX (2001, p. 60).

⁸¹ MALAURIE, AYNES (2010, p. 190, n° 365).

⁸² LÖHNING, RAUSCH (2010, § 2076, Rn 8), consideran ilícitas las condiciones que supongan un cambio en la religión o que obliguen a tomar estado religioso, así como a pertenecer a determinado partido político.

⁸³ Oberlandgericht Düsseldorf 8.7.1987, *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, p. 2615. LEIPOLD (2012, p. 166-167, Rn. 448); y considerando ilícita toda condición por la que el causante intente influir en los derechos fundamentales del instituido, SCHLÜTER (2004, p. 98, Rn. 208).

⁸⁴ Tampoco la doctrina española ha dedicado una atención especial a esta cuestión, tal vez por su poca trascendencia en la práctica. Destacan SÁNCHEZ ROMÁN (2008, p. 608), que consideraba contraria a las buenas costumbres toda condición de “profesar ó no profesar en religión, de entrar ó no entrar en el sacerdocio”; OSSORIO MORALES (1957, *Manual*, p. 226), que reputó inmoral toda condición que obligue o impida la libre elección del sacerdocio, por lo que concluye que “[s]ólo cabría en todo caso considerar moralmente admisible semejante condición cuando resultara claro haber sido establecida por el testador con el fin de secundar o favorecer un propósito ya formado y decididamente manifestado por el instituido”; CASTÁN TOBEÑAS (1979, p. 189), por su parte, afirmó que “parece que hay que considerar como opuestas a las buenas costumbres todas las condiciones relativas a la profesión religiosa, pues todas ellas suponen influencias rayanas en la coacción en un asunto tan delicado, y que ha de ser absolutamente libre, como la elección de estado”.

CCCat) como causa de tener por no puesta la condición⁸⁵ confieren al juzgador la facultad de, por una vía u otra, dejar sin efecto la condición. Estando la libertad religiosa reconocida en el art. 16 CE, una condición que lesione este derecho puede reputarse como contraria a las leyes, y aunque el testamento sea un negocio jurídico privado, el juez como autoridad del Estado puede y debe pasar la condición por el tamiz constitucional. Si no se comparte lo anterior, la relevancia constitucional del derecho a la libertad religiosa como uno de los principios informadores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, lo que debe traducirse en calificar de contraria a las buenas costumbres una tal condición⁸⁶. Como dijera ya LAURENT (1874, p. 586), es preciso mantener una de las libertades más preciosas de la persona ante las tentaciones de testadores tiránicos de alterarla⁸⁷.

c. Otras libertades

Las condiciones que impone el testador pueden incidir sobre otras libertades de las personas beneficiadas en las disposiciones del negocio testamentario. Por ejemplo, el art. 19 CE reconoce el derecho a la libertad de residencia. Esta libertad puede verse comprometida si el heredero o el legatario ven afectada su libertad porque el testador le impone la obligación de vivir en determinado lugar. Una condición de este tipo que ha dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales es la de morar junto al testador, atendiéndole y cuidándole⁸⁸. Ni siquiera se ha

⁸⁵ Así también FOLLIA CAMPS (2011, p. 279): “[la prohibición de contraer matrimonio con personas de determinado grupo, por ejemplo de determinada nacionalidad, religión o partido político] por los principios constitucionales antes citados, habría que tenerlas por ilícitas y por tanto habría que tenerlas por no puestas”. La misma solución en los arts. 900 *Code Civil*, 634 *Codice Civile* y 4:45(1) CC holandés.

⁸⁶ A favor de un enjuiciamiento severo de las condiciones restrictivas de la libertad religiosa, DE VOS (2008, p. 817 ss.); DU TOIT (2001, p. 256-257). Más laxo, BOSCH CAPDEVILA (2014, p. 670-671), con seis argumentos: que no está clara la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que puede existir un interés legítimo o respetable tras la condición impuesta (lo que sin duda añade dificultades de valoración -¿qué es respetable?, aparte de que se está ante una afectación de libertades fundamentales), que el sucesor siempre tiene la posibilidad de renunciar la institución o el legado, que el derecho catalán admite la condición de contraer matrimonio (pero el *ius connubii* carece del rasgo de derecho fundamental, aparte de que, como se ha razonado antes, no cabe tampoco cualquier condición restrictiva del matrimonio) y la interpretación restrictiva de las normas prohibitivas.

⁸⁷ Mucho más taxativamente se expresaba SHERMAN (1999), quien postulaba que todas las condiciones restrictivas de derechos individuales fueran invalidadas, con el fin de evitar tener que investigar los motivos del testador y ganar así en predictibilidad de los fallos judiciales. En la misma línea, HARDING (2011, p. 321 ss.) considera que no debe permitirse al testador, ni aun en nombre de su libertad, imponer condiciones discriminatorias, por cuanto esa libertad interfiere en la de otros, los beneficiarios. Por su parte, HAHLO (1950), ya afirmaba que “It is a principle of public policy today [nótese, ¡1950!] that individuals should have unfettered freedom of choice in religion and marriage”. Y en 1954 en los Estados Unidos concluía CRANE (1955, p. 353): “One may make an outright gift to whom he pleases, and for reasons of his own, fail to provide by intervivos gift or by will for the natural objects of his bounty. What is objected to is the exercise of economic pressure by restrictions in will or intervivos trusts in the attempt to enforce, long after a testator or trust creator is dead, compliance by his descendents with his racial and religious prejudices. Under present case law the ancestor may die with the assurance that long after his death, within the period of the rule against perpetuities, his efforts will be backed up by the aid of the state through judicial action in the administration of his estate. This, it is submitted, is unconstitutional interference by state action with the exercise of the fundamental rights of freedom of religion and freedom to marry”.

⁸⁸ La SAP Pontevedra, Civil, Sec. 1ª, 16.5.2001, (AC 1865; MP: Julio César Picatoste Bobillo), describe así la cuestión: “La demandada pretende sea dejado sin efecto el legado de los abuelos a favor del marido de la demandante porque incumplió la condición impuesta al legatario, a saber: que el legatario viviese en casa y compañía del otorgante, de su esposa e hija, madre del legatario, de suerte que si en vida de cualquiera de ellos el legatario abandonase la casa con carácter definitivo, pasará el legado a la heredera que es la reconviniente”. El supuesto de hecho de la SAP Lugo, Civil, Sec. 2ª, 4.5.2005 (JUR 157193; MP: María Luisa Sandar Picado), es más

planteado la licitud o ilicitud de la condición en estos casos, en los que el tema de debate ha sido si la condición ha sido cumplida o no. Lo mismo ha sucedido con la condición de vivir en la casa legada, pues su licitud tampoco ha suscitado debate⁸⁹.

Igual vale para la condición de cuidar al causante, que implica, para poder cumplirla, si no convivir, sí por lo menos habitar lo suficientemente cerca para prestar los cuidados y desplazarse regularmente donde aquel resida. De nuevo el pleito versa sobre si se ha cumplido o no la condición, presuponiendo su completa licitud⁹⁰. Lo mismo cabe anotar respecto de la variante de la condición anterior que afecta la libertad de convivir⁹¹.

Otra condición que puede limitar la libertad ambulatoria es la de someterse a un tratamiento de desintoxicación de alguna toxicomanía. En la SAP Navarra, Civil, Sec. 3ª, 27.5.2008 (JUR: 44192; MP: Juan José García Pérez), los padres testadores establecieron la condición de que "Doña Ariadna [su hija], se rehabilite absolutamente de su actual situación de dependencia". La

minucioso: "establece que para ser acreedora de los tercios de mejora y libre disposición Rosa habría de vivir con el testador y su esposa en su casa y compañía, atenderlos y cuidarlos tanto en la salud como en la enfermedad, comer con los mismos a una mesa y mantel, ayudarles en el cultivo y laboreo de sus bienes y serles humilde y obediente". La cláusula testamentaria de la SAP A Coruña, Civil, Sec. 5ª, 6.11.2007 (JUR 77990; MP: Carmen Martelo Pérez), disponía lo siguiente: "continuar viviendo en compañía del testador y de su esposa, cuidándoles y atendiéndoles conforme a costumbre, hasta el fallecimiento del último de ellos". De manera similar, la testadora de la SAP Zamora, Civil, Sec. 1ª, 28.12.2012 (JUR 86585; MP: Luis Brualla Santos-Funcia), impuso la condición de convivir con ella y asistirle hasta el día de su fallecimiento. En la SAP A Coruña, Civil, Sec. 4ª, 19.9.2013 (JUR 312288; MP: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández), la condición era convivir con el causante a la fecha de su defunción.

⁸⁹ SAP Asturias, Civil, Sec. 1ª, 23.10.2012 (JUR 370898; MP: Guillermo Sacristán Represa), en que la testadora dispuso: "Mejora a su hija Natividad con los siguientes bienes: 1) Toda cuanta participación y derechos le correspondan sobre la casa vivienda de la testadora; 2) La casa llamada (...); 3) La casa pegada a dicha casa; y 4) veinticuatro áreas en la finca denominada (...). Este legado se hace con la carga de que la citada hija Natividad viva permanentemente en la casa que se lega del número 1. Si por cualquier causa la expresada hija no ocupara dicha vivienda, lo que aquí se le lega, se repartiría entre todos los herederos por partes iguales".

⁹⁰ STS, 1ª, 3.12.2009 (RJ 269; MP: Encarnación Roca Trías): "La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora". SAP Pontevedra, Civil, Sec. 5ª, 5.6.2003 (JUR 2187; MP: José Ferrer González): "Impone a este nieto legatario, como condición del beneficio en su favor otorgado, las obligaciones, que cumplirá de su exclusiva cuenta, de asistir, cuidar y funerar al testador y a su esposa: o, alternativamente, si por no hacerlo así, cumplierse dichas atenciones alguna hija de estos, a satisfacción de los mismos, hacer pago a esa hija, durante todo el tiempo que realice esas prestaciones, de la suma mensual de veinte mil pesetas, quedando en otro caso sin efecto dicho legado"; SAP A Coruña, Civil, Sec. 3ª, 5.5.200 (JUR 162403; MP: Jesús Fernández-Porto García): "lega al hijo que atienda y cuide hasta su fallecimiento tanto al testador como a su esposa, la participación que al testador corresponda... en la casa... sita en Breijo, con su circundado y todo lo que en la misma exista de puertas adentro"; SAP Sevilla, Civil, Sec. 8ª, 9.6.2009 (JUR 14320; MP: Víctor Nieto Matas): "con la condición de que los legatarios lo cuiden durante los últimos años de su vida, alimentándole y dándole habitación, vestimenta, asistencia médica y farmacológica y demás englobadas en el trato personal y enumeradas en el artículo 142 del Código Civil"; SAP Burgos 11.7.2011, AC 1523: "Lega a su hijo Francisco el sesenta por ciento del tercio destinado a mejora; y también lega el cuarenta por ciento del mismo tercio, a quien o quienes de sus hijos restantes, se encargue o encarguen a perpetuidad del cuidado de la persona y de la administración de este hijo por sus especiales circunstancias psicosomáticas, atendiendo con el producto de lo a Francisco legado a cubrir sus necesidades y bienestar con el máximo celo, cariño y entrega".

⁹¹ STS, 1ª, 18.7.2011 (RJ 5217; MP: Encarnación Roca Trías): "Llegado el día en que por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por periodos de tiempo iguales cada uno".

sentencia solo valora si se cumplió o no la condición, sin discutir su validez.

No puede admitirse, por el contrario, una condición que prive de la libertad ambulatoria completamente al favorecido. Lo decían ya ELÍAS y FERRATER⁹²: “También se tendría por no escrita la condición que quitase al heredero la libertad natural de sus acciones; como si por ella se le impusiese la obligación de permanecer constantemente en un punto fijo y determinado”.

Por último, cabe reportar una sentencia que analiza una condición impuesta por el testador que afecta la libertad en general y, en particular, la libertad de empresa, que no es un derecho fundamental de la persona (art. 38 CE). La cláusula en cuestión rezaba así: “En el caso de que el heredero no continuara la explotación agrícola y ganadera de los bienes heredados podrá el mismo designar su continuador, entre sus hijos, y si, en otro caso, decide venderla el precio obtenido deberá repartirse por iguales terceras partes entre los tres hijos del testador, o sus respectivos descendientes”. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁹³ acepta la calificación otorgada por la Audiencia Provincial como legado sometido a doble condición suspensiva (no continuar la explotación y vender la finca) y entra a debatir si se trata de una condición lícita o ilícita. El recurrente consideraba que la condición lo equiparaba a un siervo de la gleba, en tanto que solamente podía liberarse pagando lo que sería el equivalente a la antigua “remença” (redención obligatoria que afectaba a los payeses de remensa). Se trataría de una condición ilícita por contraria a la tradición jurídica catalana sobre las estructuras agrarias, que quedaron abolidas a partir de la sentencia arbitral de Guadalupe, dictada por Fernando II, el 21 de abril de 1486, y contraria a los usos sociales, económicos y jurídicos actuales, que parten de la libertad del dominio. El TSJ responde que no cabe la asimilación con un payés de remensa, por cuanto no se impone el pago de una renta para conseguir la libertad personal o el pago de una redención obligatoria a un campesino que pretende liberarse de la tierra, sino que lo dispuesto por la voluntad del testador es la sucesión en todos los bienes y derechos del causante al demandado y actor reconvenional, como propietario, con una doble condicionalidad, en los términos analizados. Argumenta que no es un cultivador de tierra ajena, sino propia, con la condición de repartir el producto obtenido por la venta de la finca cuando no quiera continuar la explotación y vender –que responde a una decisión libre, voluntaria y exclusiva del legatario–, situación que se reputa muy distinta a la contemplada durante el feudalismo. En cuanto a la contravención de los usos sociales y jurídicos actuales –lo que equivaldría a la contradicción con las buenas costumbres–, el razonamiento del TSJ es más liviano, pues se limita a evocar la libertad de testar: “Aplicada dicha condición a los momentos y usos sociales actuales, la citada cláusula no es ni puede considerarse ilícita aun cuando no se fije un momento temporal de vigencia para el heredero, pues la voluntad del testador, como sostiene la contraparte en la contestación al recurso y que se acepta por esta resolución, es la de favorecer dentro de su libertad de testar a uno de los hijos, nombrándolo heredero para continuar la actividad agrícola, pero si deja de realizarla y vende los bienes, sin resolver su condición de heredero, se compensa a los otros descendientes con el producto de la venta, repartiendo su importe. Este destino del dinero obtenido con el producto de la venta de la explotación agrícola y ganadera, resulta concordante con la voluntad del testador y no puede quedar reprobado por la Ley ni es atentatoria a las normas ético sociales

⁹² ELÍAS, FERRATER (1864, art. 2114).

⁹³ STSJ, Civil y Penal, 1ª, 4.3.2013 (RJ 8050; MP: José Francisco Valls Gombau).

vigentes aun cuando fue impuesta, sin limitación temporal, para el heredero, al no ser contraria al orden público y que, el testador, dentro de su libertad de testar, puede establecer”. Hubiera sido mucho más clarificador argüir sobre la base de que ser legatario –esa es la calificación de la disposición que sostiene el TSJ– no constituye ningún derecho del descendiente y que hay un interés razonable del testador en la continuidad de la explotación agrícola que no es contrario ni a la ley ni a las buenas costumbres, pues existe toda una legislación especial cuyo centro de gravedad radica, precisamente, en la continuidad de las explotaciones agrarias, por lo que la condición no merece la consideración de ilícita.

2.2. Condiciones que afectan el derecho a la igualdad y a la no discriminación

Procede ahora ocuparse de las condiciones que pueden afectar al derecho a la igualdad y a la no discriminación. Hay que partir de la afirmación de Roger Kerridge: la libertad de testar significa la libertad de discriminar, y a mayor libertad de testar mayor libertad de discriminar⁹⁴. En efecto, la libertad de testar consiste en poder elegir cómo distribuir la riqueza acumulada en vida y a quién, tratando desigualmente a los hijos salvo el límite infranqueable de la legítima, en el supuesto, claro está, de que ellos sean los escogidos como beneficiarios. El reparto igualitario es el propio de la sucesión intestada, en tanto que es la ley quien designa a los sucesores y la ley sí que no puede establecer desigualdades. Ahora bien, los motivos por los cuales el testador decide discriminar no son inocuos. Sucede lo mismo que con los contratos: soy libre de contratar con quien quiera, pero si me baso en motivos raciales o religiosos puedo estar lesionando derechos fundamentales de aquellos con quienes he decidido no contratar, aparte de que el derecho de la Unión Europea impide discriminar por razones de sexo o raza⁹⁵. El testador, pues, puede discriminar a sus descendientes en el momento de ordenar su sucesión, pero habrá que atender a las razones de esa discriminación y comprobar si se trata de motivos lícitos o ilícitos o contrarios a las buenas costumbres.

Con anterioridad se ha abordado la cuestión de las condiciones que cabe imponer en relación con el matrimonio, y ya se han tratado los aspectos relacionados con las restricciones fundadas en la religión y, por extensión, la raza, de modo que lo dicho puede aplicarse del mismo modo desde la perspectiva del derecho a la igualdad. Por consiguiente, quedan por examinar las condiciones que pueden atentar contra el derecho a la igualdad por razones de sexo y filiación.

Sexo

El testador puede tener hijos e hijas, y en razón de su libertad de testar –siempre, insisto, con el consabido límite infranqueable de las legítimas– puede favorecer más a las hijas que a los hijos, o viceversa. Las dificultades para el testador pueden estribar en las razones que le muevan a ese trato desigual, en particular si se debe a razones de sexo. Al respecto, hay que señalar los cambios legislativos que han experimentado nuestros derechos civiles. A nivel estatal, un ámbito en que era habitual la preferencia por razón de sexo era el de la sucesión en los títulos nobiliarios. El

⁹⁴ KERRIDGE (2011, p. 141).

⁹⁵ GIMÉNEZ COSTA (2012, p. 137 ss.) con el elenco de las fuentes comunitarias.

legislador acabó por intervenir mediante la [Ley 33/2006, de 30 de octubre sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios](#) (BOE nº 260, de 31.10.2006), estableciendo expresamente su art. 1º que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y en los títulos nobiliarios, “sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos”. Estos llamamientos, por supuesto, incluyen, destacadamente, los testamentarios, por lo que no cabe en testamento llamar con preferencia a la sucesión en el título nobiliario al varón con preferencia a la mujer. Es sabido, y no merece el esfuerzo de detenerse en ello, que Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo mantuvieron posiciones divergentes; la STC, Pleno, 3.7.1997 (RTC 126; MP: Julio Diego González Campos), con algunos votos particulares, estimó constitucional la preferencia de sexo en la sucesión nobiliaria: “admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución –el régimen de su transmisión *mortis causa*– haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión”. En mi opinión con mejores razonamientos, la STS, 1ª, 22.3.1991 (RJ 9809; MP: Rafael Casares Córdoba) había afirmado la prevalencia de la Constitución: “ha de predicarse, con la mejor doctrina, la eficacia derogatoria de la Constitución (...) respecto de cualquier disposición y con mayor razón de las normas singulares reguladoras de un privilegio, no reconducible interpretativamente al marco constitucional, cuando su persistencia da lugar a una discriminación, esto es, una distinción de trato que, como dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 23 julio 1968 y 27 octubre 1975, carezca de justificación objetiva y razonable que actúe como elemento diferenciador. Y esta justificación diferenciadora no lo es, en modo alguno, la naturaleza, varón-mujer, cuya permanencia discriminatoria a la hora de aspirar a una dignidad, cargo o privilegio, aparece como una mineralización de tan tradicionales como insostenibles reglas, cuando no signo de intolerancia a erradicar, porque es sabido que no hay racionalidad posible sin la aplicación de idénticos criterios a las situaciones objetivas del mismo tipo”. Dejando aparte la discusión entre ambos Tribunales, lo cierto es que la Ley 33/2006 ha dejado meridianamente claro que no cabe discriminar en testamento por razón de sexo entre hombre y mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios.

Por lo que al derecho catalán se refiere, el Libro cuarto del Código Civil de Cataluña ha eliminado la referencia que se hacía en el art. 192 del Código de Sucesiones a la prelación de sexo en el llamamiento fideicomisario. Esta modificación culmina una tendencia que ha seguido el derecho catalán en la erradicación de las diferencias entre sexos, bilateralizando (véase art. 231-31 y 452-1 y ss. CCCat) los derechos sucesorios que la Compilación de 1960 solo reconocía a la viuda, como eran el *any de plor* (art. 25) y la cuarta marital –hoy viudal– (art. 147).

Sobre esta base, cabe objetar la licitud no solo de las cláusulas de prelación basadas en el sexo, sino también de cualquier otra cláusula testamentaria que introduzca el sexo como motivo de un trato desigual⁹⁶. Como dice HARDING (2011), el causante es libre de escoger sus beneficiarios de

⁹⁶ En Cataluña y Baleares han sido muy frecuentes los heredamientos prelativos y las sustituciones fideicomisarias con prelación de primogenitura y masculinidad, sin que en ningún caso se haya cuestionado la licitud de las cláusulas; véase, por ejemplo, STS, 1ª, 18.3.2011 (RJ 3323; MP: Encarnación Roca Trías) “entendiéndose que si alguno de los nombrados mis tres nietos hoy existentes a quienes para en su día mejoro en

acuerdo con sus preferencias, pero no de efectuar la selección introduciendo elementos de identificación que sean discriminatorios, como el sexo, la religión o la raza⁹⁷, salvo que asista al testador un interés legítimo, como si discrimina positivamente a las hijas por sus menores probabilidades de empleo o a los hijos por razón de una enfermedad de transmisión hereditaria. Hay que tener en cuenta que el art. 2 del Tratado de la Unión Europea señala que la igualdad entre mujeres y hombres es un valor común a todos los Estados miembros, que el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza la igualdad en todos los ámbitos de mujeres y hombres⁹⁸, y que a nivel estatal se ha promulgado la [Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) (BOE nº 71, de 23.3.2007), todo lo cual obliga a concluir que la igualdad entre ambos sexos es un principio jurídico informador de nuestro ordenamiento jurídico del máximo rango, incluso en las relaciones entre particulares, por lo que una condición testamentaria que otorgue o restrinja derechos basada únicamente en el sexo no debe ser considerada lícita sino contraria a la ley y a las buenas costumbres y, por ende, injustificable desde la libertad de testar.

b. Filiación

Los casos que acaban de señalarse de la prelación por razón de sexo han solido ir acompañados de otra causa de prelación, la primogenitura, de modo que con frecuencia se llamaba al heredero que fuera primogénito y varón en relación con el resto de estirpe de sucesores. Aclarada mi concepción de que la prelación basada meramente en el sexo debe tenerse por no puesta por infringir la ley y las buenas costumbres, procede prestar ahora atención a la primogenitura. Y la solución debe ser distinta. La primogenitura no es una cualidad o atributo personal, sino un hecho cronológico, la anterioridad en el nacimiento. Es significativo que en el ámbito de los títulos nobiliarios no se haya cuestionado la primogenitura y sí solo el sexo; el art. 31 CC sigue indicando que en el caso de los partos múltiples el primero en nacer es el primogénito. Se trata de un dato objetivo, que no desmerece ni al nacido antes ni a los nacidos después, por lo que, por sí misma, es neutra y no puede calificarse de contraria ni a la ley ni a las buenas costumbres.

Otro ámbito de posible discriminación en la esfera de la filiación concierne a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en el hecho-condición determinante de la delación fideicomisaria. La Constitución española declara la igualdad de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2), por lo que cualquier condición testamentaria ligada a una distinción entre hijos por razón de su filiación matrimonial o no matrimonial debe reputarse ilícita, con las consabidas consecuencias que ya se han indicado. Es preciso insistir en que el testador puede instituir único heredero a su hijo Manuel y a su otro hijo Pedro únicamente atribuirle la legítima; eso es ejercicio

la propiedad de este tercio, falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor"; STSJ Islas Baleares, Civil y Penal, 1ª, 28.2.2006 (RJ 3995; MP: Miquel Masot Miquel): "Establecen heredamiento preventivo de dos terceras partes de todos sus bienes presentes y futuros a favor de hijos varones de este matrimonio y en su defecto para los de otro que acaso puedan contraer, y en falta de varones de uno y otro matrimonio, para las hembras del presente, en cada caso los que más bien vistos sean". Ciertamente podría objetarse que se trata, por lo común, de cláusulas insertas en testamentos otorgados mucho antes de que entrara en vigor la Constitución, pero se verá en el subapartado siguiente que la cuestión se ha planteado con ocasión de otro posible motivo de discriminación, cual es la filiación.

⁹⁷ HARDING (2011, p. 323).

⁹⁸ Sobre la importancia del derecho antidiscriminatorio europeo, véase por todos REY MARTÍNEZ (2012, p. 25 ss.).

de su libertad de testar, que permite tratar de manera desigual a los hijos, pero si está condicionando la sucesión a que Manuel es hijo matrimonial y Pedro no matrimonial incurre en una discriminación que no tiene amparo en la legislación vigente.

Resta, sin embargo, la cuestión de la filiación adoptiva, que es la que ha dado lugar en los últimos tiempos a distintos pronunciamientos judiciales, de signo diverso y en instancias judiciales diversas. El motivo de la controversia ha sido la cláusula, habitual en los fideicomisos familiares catalanes ordenados en la primera mitad del siglo XX, de condicionar la delación fideicomisaria al fallecimiento sin hijos legítimos, y el efecto a nivel del cumplimiento o incumplimiento de la condición de la adopción de un hijo o hija. La STSJ Cataluña, Civil y Penal, 19.7.1993, (RJ 2851; MP: Jesús Corbal Fernández) analizó el tema ante la alegación de la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, y dio la siguiente respuesta: “La alusión al principio de igualdad con cita de los arts. 14 y 39 de la Constitución no tiene ninguna consistencia. Sin necesidad de tener que exponer las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el principio de igualdad constitucional, sus vertientes y excepciones objetivamente justificadas, baste decir con la STS, 1ª, 23.5.1991 (RJ 3786; MP: Matías Malpica González-Elipe) «que los arts. 14 y 39.dos de la Constitución Española no implican una «constitucionalización» de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de sangre, sin posible discriminación de si son «intra» o «extra» matrimoniales, como se infiere del párrafo tres del mismo art. 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos en relación a la familia del adoptante...». En resumen, el tema de los derechos de los hijos adoptivos es una cuestión de legalidad ordinaria y no de legalidad constitucional; y, Quinta.-La doctrina del Tribunal Supremo refuerza la argumentación expuesta en orden a que ni en la expresión legítimos, ni en la expresión matrimoniales, del art. 114 de la Compilación de 1984, cabe comprender a los hijos adoptivos -Sentencias de 3 marzo y 17 junio 1988 y 29 enero 1991. Y reducido el tema a una cuestión de voluntad testamentaria rige un sistema de plena libertad en orden a la previsión sucesoria, sin más limitaciones que las que la propia legalidad ordinaria establezca (legítima, bienes indisponibles y reservas)”. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mantuvo esta doctrina luego en las sentencias STSJ Cataluña, Civil y Penal, 1ª, 22.1.2004 (RJ 1037; MP: Guillermo Vidal Andreu): “La expresión hijos legítimos no comprende a los hijos adoptivos. La distinción entre hijos matrimoniales (o legítimos en la acepción tradicional) y no matrimoniales se proyecta únicamente en relación con los hijos por naturaleza, es decir, los nacidos en el seno de una unión heterosexual, mientras que la categoría de los hijos adoptivos es ajena a esta subdistinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales de los hijos por naturaleza”) y STSJ Cataluña, Civil y Penal, 1ª, 11.12.200 (RJ 2617; MP: Nuria Bassols Muntada). El Tribunal Supremo, por su parte, adoptó otro punto de vista. En la STS, 1ª, 28.6.2002 (RJ 5507; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz), en que se trataba de una donación condicional realizada en 1965, se concluyó que “[e]ste problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de

nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos (...). No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo". Esta doctrina fue confirmada en posteriores sentencias⁹⁹; en la última, pese a iniciar la argumentación señalando que "[n]o nos hallamos ante una cláusula testamentaria que puede ser considerada contraria a una norma imperativa o prohibitiva, pues 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 legítimos. 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", la solución que se ofrece es la misma con cita de las anteriores y de la fundamental en este ámbito sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14.7.2004 (*Pla Puncernau v Andorra*)¹⁰⁰.

En efecto, esta sentencia, procedente de Andorra, trataba precisamente de una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* consistiendo la condición en el fallecimiento sin hijos legítimos. El testamento se otorgó en 1939 en Andorra, cuando la adopción no era permitida, la testadora murió en 1949 y el beneficiado en el testamento adoptó en España un hijo en 1969. El tribunal andorrano –en sentencia confirmada por el Tribunal Constitucional de este país– operó interpretando la voluntad de la testadora expresada en el testamento de acuerdo con el contexto legal de la época. En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la cláusula no presenta ninguna ambigüedad y que no necesita ser interpretada, porque "hijo" solo tiene un significado que, en aplicación del principio de no discriminación, incluye a los hijos adoptivos. Pero, claro, obvia que en 1939 la Convención Europea de Derechos Humanos no estaba vigente, ni la adopción era posible en Andorra, ni tan solo en 1969 los efectos de la adopción en España –país donde se adoptó– estaban equiparados a la filiación por naturaleza. Por otra parte, la interpretación siempre se refiere a la voluntad expresada en el testamento, por su carácter rigurosamente formal que proscribía conceder eficacia alguna a presuntas voluntades extra testamentarias. Pero, lo que es más importante es que la igualdad entre hijos por naturaleza y adoptivos carece de rango constitucional, sino que es una cuestión de legalidad ordinaria, como lo es al mismo nivel la libertad de testar en los términos en que cada legislador ha concretado el "derecho a la herencia" del art. 33 CE¹⁰¹. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional español ha asumido estos postulados en su STC, Sala Primera, 27.4.2010 (RTC 9; MP: Javier Delgado

⁹⁹ STS, 1ª, 15.12.2005 (RJ 10157; MP: Encarnación Roca Trías) y STS, 1ª, 29.9.2006 (RJ 6517; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

¹⁰⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1049247-1085914#%22itemid%22:%22003-1049247-1085914%22>].

Comentada por ARROYO I AMAYUELAS, BONDIA GARCÍA (2004, p. 7 ss.); MARSAL GUILLAMET (2005, p. 477 ss.);

Juan Manuel Abril Campoy, "La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?", en ABRIL CAMPOY (2006, p. 13 ss.); DELGADO ECHEVERRÍA (2012, p. 533-536); HERRERO OVIEDO (2012, *passim*). Véase, además, PINTENS (2005, p. 24 ss.); y CHEREDNYCHENKO (2006, p. 195).

¹⁰¹ Como reconoció la STS, 1ª, 23.5.1991 (RJ 3786; MP: Matías Malpica González-Elipe), según se lee en la transcripción que de ella hace la STSJ Cataluña 19.7.1993.

Barrios¹⁰², que anuló la antes citada STSJ Cataluña 22.1.2004, habiendo dictado la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁰³ una nueva sentencia que sigue por completo la doctrina constitucional¹⁰⁴.

En España se ha mostrado a favor de esta hermenéutica aplicativa de los derechos fundamentales constitucionales en el momento en que se plantea el pleito GÓMEZ CALLE (2007, p. 372 ss.). En mi opinión, hay que partir del hecho de que el testador está legitimado para dar un trato desigual a sus hijos¹⁰⁵, siempre sin afectar a las legítimas, por supuesto, y, como se ha dicho, siempre que el trato desigual no se deba a cualidades personales como el sexo o la raza. Situados en la realidad de cuando se otorga la disposición que las sentencias comentadas reputan discriminatoria, ciertamente parece difícil que el testador pudiera explícitamente prever el supuesto de la adopción cuando ésta estaba tan limitada que apenas era concebible. Por ello, coincido con GÓMEZ CALLE que no hay voluntad testamentaria que interpretar, sino en todo caso que integrar, pues acontece un hecho no previsto por el testador: que el fiduciario no tenga hijos por naturaleza pero sí por adopción. En todo caso, el punto de partida sigue siendo el mismo sin variación: la voluntad del causante en el momento de expresarla. Y la solución será la misma: habrá que acudir al conjunto de los medios interpretativos, incluida la prueba extrínseca, para descubrir cuál era la verdadera voluntad del causante. Lo que no cabe es, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin más considerar que se produce una discriminación entre los hijos por razón de filiación y con independencia del momento del otorgamiento del testamento e incluso de la delación fideicomisaria. De lo que se trata, simplemente, es de descubrir la voluntad, hipotética si se quiere, del causante, no de buscar la justicia material fácil; tan reprochable socialmente puede ser el testador que, en vez de favorecer a su esposa e hijos, deja todos sus bienes a su amante, y nadie osará decir que debe utilizarse la hermenéutica testamentaria para lograr otro efecto, aparte de lo pantanoso que puede resultar entrar en tales disquisiciones (*¿quid* el fiduciario que adopta con el único fin de purificar el fideicomiso *si sine liberis?*).

¹⁰² Conviene transcribir el siguiente fragmento del voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata: “puesto que en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias la única regla básica de nuestro Derecho es la indagación de la voluntad del testador (arts. 675 del Código civil y 110 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), considero que si, tras la oportuna labor exegética, el órgano judicial alcanzase la conclusión de que la misma fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el art. 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales”.

¹⁰³ SAP Barcelona, Civil, Sec. 16ª, 7.5.2013 (JUR 219707; MP: Jordi Seguí Puntas): “tras la referida sentencia la Sala que resuelve ya no puede reiterar que la interpretación de la voluntad del testador ponga de manifiesto que no incluyó a la filiación adoptiva en la secuencia sucesoria prevista en la sustitución fideicomisaria establecida sino que en cumplimiento de lo ordenado por el Alto Tribunal debe entender que una interpretación de esta índole vulneraría los artículos 14 y 39 CE y viene obligada a dictar otra resolución “respetuosa con el derecho fundamental a no ser discriminadas por razón de su filiación””.

¹⁰⁴ Nótese que la STS, 1ª, 12.1.2015 (JUR 57152; MP: Eduardo Baena Ruiz), en un caso de sucesión en título nobiliario, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que entendió que la igualdad entre filiaciones había abrogado el principio de consanguinidad en la sucesión en el título, argumentando que el TC ha avalado la diferencia de trato en cuanto a los hijos biológicos y los adoptivos en la sucesión de los títulos de nobleza.

¹⁰⁵ Este es el principal argumento para criticar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que esgrime KERRIDGE (2011, p. 139 ss.).

Fuera del ámbito de los fideicomisos familiares, cabe añadir que en materia de sucesión en los títulos nobiliarios, si bien la Ley 33/2006 no se refiere más que a la igualdad entre hombre y mujer, hay ya algún pronunciamiento judicial que, pese a que el derecho histórico habla de descendientes legítimos, ha equiparado en cuanto a derechos a los hijos adoptados en virtud de la reseñada igualdad de efectos entre filiaciones. Así, advierte la SAP Madrid, Civil, Sec. 13ª, 1.6.2012 (JUR 283648; MP: José González Olleros) que “tampoco contradice la jurisprudencia citada por el apelado que entiende que la autorización real para la distribución, aunque cree una nueva línea, no comporta una nueva concesión para el distribuido privando de todos sus derechos a los eventuales sucesores, porque la razón es la misma, los eventuales sucesores quedan postergados cuando el último titular fallece con descendencia sea esta biológica o por adopción una vez ha sido promulgada la Constitución”.

En todo caso, la doctrina constitucional y la jurisprudencia es la que es y, por consiguiente, debe concluirse que una condición testamentaria que discrimine a los hijos adoptivos por su condición de tales es ilícita y debe tenerse por no puesta, lo que no es óbice para estar en desacuerdo con la aplicación retroactiva sin investigar la verdadera voluntad del causante expresada en su testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la Constitución.

3. Conclusiones

Resulta ciertamente difícil establecer parámetros fijos de delimitación de las condiciones lícitas de las que son ilícitas y, aún más, dentro de estas las que simplemente deben tenerse por no puestas de aquellas que invalidan la institución de heredero porque han sido el motivo determinante de la institución de heredero, según distingue el art. 423-17 CCCat. Guste o no, el análisis casuístico parece necesario, así como escrutar el ánimo del testador al aponer la concreta condición y si responde o no a algún interés que merezca una valoración positiva de acuerdo con el sentimiento social mayoritario –si es que en una sociedad plural como la nuestra ello es posible–. Con ello, sin duda, la seguridad jurídica no es absoluta, lo que constituye el peaje a pagar para intentar cohonestar la libertad de testar en su concreción de libertad de condicionar las disposiciones testamentarias y la licitud –tanto por no contrariar la ley como las buenas costumbres– que deben reunir dichas condiciones. Las condiciones que contradicen derechos fundamentales son ilícitas porque vulneran una norma jurídica. DELGADO ECHEVERRÍA ha postulado considerar una disposición discriminatoria nula por inmoral (solamente) cuando el testador ha manifestado su voluntad expresando los criterios discriminatorios que la motivan y de manera gravemente vejatoria para las personas excluidas, y acaso también cuando, sin expresión de los motivos, estos sean evidentes, discriminatorios y gravemente vejatorios¹⁰⁶. Esta propuesta, que entronca con la solución del legislador catalán en el mentado art. 423-27 CCCat, supone valorar negativamente las condiciones que de forma más ostensible ofenden los derechos fundamentales de la persona, lo que aun mantendría una importante esfera de libertad. Sin embargo, ello supone la nulidad de la disposición y que el llamado condicionalmente vea frustrada su delación. Argumenta DELGADO que no parece oportuno llamar a la herencia a quien ha sido discriminado y vejado en la herencia; y entonces plantea si el remedio podría ser una indemnización de daños y perjuicios.

¹⁰⁶ DELGADO ECHEVERRÍA (2012, p. 536).

Ocurre que, aparte de que no hay razón para que el llamado deba sumar a la vejación sufrida la pérdida de sus expectativas sucesorias, no tiene por qué ser el heredero el discriminado o vejado; cuando se condiciona la institución de heredero a no casarse con un “sucio negro” o un “maldito judío”, quien sufre la vejación es un miembro indeterminado de un colectivo racial o religioso, no única ni principalmente el heredero. Todas las propuestas tienen sus objeciones, por lo que tal vez lo más juicioso sea desincentivar el afán discriminatorio del testador tendiendo a tener por no puestas por su carácter ilícito tanto las condiciones contradictorias de los derechos fundamentales de las personas como aquellas que atenten contra las buenas costumbres en su acepción más objetiva posible. La libertad de testar es la clave de bóveda de nuestro derecho sucesorio, pero no debe fomentarse su ejercicio en detrimento de derechos fundamentales y otros derechos y libertades, en especial cuando ello no responde a un interés razonable.

4. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Constitucional

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 3.7.1997	RTC 126	Julio Diego González Campos
STC, 27.4.2010	RTC 9	Javier Delgado Barrio

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 6.4.1954	RJ 1551	Manrique Mariscal de Gante y de Gante
STS, 1ª, 28.11.1981	RJ 4676	Antonio Fernández Rodríguez
STS, 1ª, 10.2.1986	RJ 521	Cecilio Serena Velloso
STS, 1ª, 03.11.1989	RJ 7847	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 9.5.1990	RJ 3696	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 22.3.1991	RJ 9809	Rafael Casares Córdoba
STS, 1ª, 23.5.1991	RJ 3786	Matías Malpica González-Elipe
STS, 1ª, 23.5.1991	RJ 3786	Matías Malpica González-Elipe
STS, 1ª, 21.10.1991	RJ 7228	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 30.1.1997	RJ 159	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 27.9.2000	RJ 7532	José Ramón Vázquez Sandes
STS, 1ª, 28.6.2002	RJ 5507	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 15.12.2005	RJ 10157	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 29.9.2006	RJ 6517	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 13.3.2008	RJ 2674	Antonio Salas Carceller

STS, 1ª, 3.12.2009	RJ 269	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 18.3.2011	RJ 3323	Encarnación Roca Trías
STS, 1ª, 12.1.2015	JUR 57152	Eduardo Baena Ruiz

Tribunal Superior de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Cataluña, 1ª, 11.12.200	RJ 2617	Nuria Bassols Muntada
Cataluña, 1ª, 19.7.1993	RJ 2851	Jesús Corbal Fernández
Galicia, 1ª, 9.11.2002	RJ 2455	Juan José Reigosa González
Cataluña, 1ª, 22.1.2004	RJ 1037	Guillermo Vidal Andreu
País Vasco, 1ª, 7.1.2005	RJ 1187	Antonio García Martínez
Islas Baleares, 1ª, 28.2.2006	RJ 3995	Miquel Masot Miquel
Galicia, 1ª, 26.9.2011	RJ 7062	Pablo Sande García
Galicia, 1ª, 24.1.2012	RJ 3083	Pablo Sande García
Cataluña, 1ª, 4.3.2013	RJ 8050	José Francisco Valls Gombau
Cataluña, 1ª, 4.3.2013	RJ 8050	José Francisco Valls Gombau
Cataluña, 1ª, 18.12.2014	RJ 6744	Carlos Ramos Rubio

Audiencias Provinciales

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Pontevedra, 1ª, 28.7.1997	AC 1571	Manuel Pérez-Batallón Ordóñez
A Coruña, 2ª, 13.10.1998	AC 7609	Luis Barrientos Monge
Málaga, 6ª, 13.12.1999	AC 8478	Ana Cañizares Laso
A Coruña, 5ª, 26.1.2000	JUR 200402	Julio César Cibeira Yebra-Pimentel
Pontevedra, 1ª, 16.5.2001	AC 1865	Julio César Picatoste Bobillo
Asturias, 5ª, 27.9.2001	AC 1945	José María Álvarez Seijó
Pontevedra, 5ª, 5.6.2003	JUR 2187	José Ferrer González
Lugo, 2ª, 4.5.2005	JUR 157193	María Luisa Sandar Picado),
Castellón, 3ª, 22.3.2006	JUR 200669	Mª Angeles Gil Marqués
A Coruña, 3ª, 5.5.2006	JUR 162403	Jesús Fernández-Porto García
Barcelona, 1ª, 1.5.2007	AC 1790	Laura Pérez de Lazarraga Villanueva
Coruña, 5ª, 6.11.2007	JUR 77990	Carmen Martelo Pérez
Navarra, 3ª, 27.5.2008	JUR: 44192	Juan José García Pérez
Guipúzcoa, 1ª, 29.7.2008	JUR 944	Yolanda Domeño Nieto

Zaragoza, 1ª, 14.10.2008	JUR 106812	Pedro Antonio Pérez García
Sevilla, 8ª, 9.6.2009	JUR 14320	Víctor Nieto Matas
Asturias, 5ª, 31.7.2009	AC 1960	José María Álvarez Seijó
Madrid, 13ª, 1.6.2012	JUR 283648	José González Olleros
Asturias, 1ª, 23.10.2012	JUR 370898	Guillermo Sacristán Represa
Zamora, 1ª, 28.12.2012	JUR 86585	Luis Brualla Santos
Alicante, 5ª, 30.1.2013	JUR 150243	Andrés Montalbán Avilés
Madrid, 19ª, 15.4.2013	JUR 213081	Nicolás Díaz Méndez
Barcelona, 16ª, 7.5.2013	JUR 219707	Jordi Seguí Puntas
León, 2ª, 6.6.2013	JUR 229130	Antonio Muñoz Díez
A Coruña, 4ª, 19.9.2013	JUR 312288	Antonio Miguel Fernández-Montells
Lleida, 2ª, 11.10.2013	JUR 358669	Ana Cristina Sainz Pereda

5. Bibliografía

Juan Manuel ABRIL CAMPOY (2006), “La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?”, en Joan Manel, ABRIL CAMPOY; Maria Eulàlia, AMAT LLARI (editores), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia.

Manuel ALBALADEJO (1984), art. 793, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X-2º, Edersa, Madrid.

Manuel ALBALADEJO (2013), *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Edisofer, Madrid, p. 239.
 Esther ARROYO I AMAYUELAS; David, BONDIA GARCÍA (2004), “¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos? El caso Pla & Puncernau v. Andorra”, *Derecho Privado y Constitución*, p. 7-87.

Aurelio BARRIO GALLARDO (2011), *La evolución de la libertad de testar en el «common law» inglés*, Aranzadi, Cizur Menor.

Jens BECKERT (2008), *Inherited Wealth*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2008, p. 21 ss.
 Frederic H. BERTRAND (1966), “Evans v. Newton: An Uncertain Line”, 8 *William & Mary Law Review*, p. 152-160.

Francisco de P. BLASCO GASCÓ (2013), *Instituciones de derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Esteve BOSCH CAPDEVILA (2014), “Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de

Cataluña”, en Luis DÍEZ-PICAZO (coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. José María Miquel*, t. 1, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Alexandra BRAUN (2012), “Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts”, en Reinhard ZIMMERMANN (editor), *Freedom of testation/Testierfreiheit*, Mohr, Tübingen.

José Manuel BUSTO LAGO (director) (2015), *Curso de derecho civil de Galicia*, Atelier, Barcelona, p. 448.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), en Miguel Ángel, PÉREZ ÁLVAREZ (Coordinador), *Curso de derecho civil (IV). Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, p. 28.

Guido CAPOZZI (2002), *Successioni e donazioni*, t. 1, Giuffrè, Milano, pp. 479-480.

Luis A. CARVALHO FERNANDES (2012), *Lições de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, p. 520

Marta CARBALLO FIDALGO (2009), “La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia”, en María Paz GARCÍA RUBIO (coordinadora), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 140.

José CASTÁN TOBEÑAS (1979), *Derecho civil español, común y foral*, t. 6, vol. 2º, revisada y puesta al día por José Batista Montero-Ríos y José M^a Castán Vázquez, Reus, Madrid, p. 190.

James CHALMERS *et al.* (2007), “Testamentary Conditions and Public Policy”, en K. Reid; M. de Waal; R. Zimmermann (editores), *Exploring the Law of Succession*, Edinburgh University Press, Edinburgh.

Francesco Maria CIRILLO (2010), “Disposizioni condizionali e modali”, en Pietro, RESCIGNO (director), *Tratatto breve delle successioni e donazioni*, CEDAM, Padova, 2010, p. 1034 ss.

Felipe CLEMENTE DE DIEGO (1959), *Instituciones de derecho civil*, t. III, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid.

Judson A. CRANE (1955), “Constitutionality of Testamentary Racial or Religious Restraints on Marriage”, 6 *The Hastings Law Journal*, pp. 351-367.

James W. COLLITON (2003), “Race and Sex Discrimination in Charitable Trusts”, 12 *Cornell Journal of Law and Public Policy*, pp. 275-318.

Noel COX (2001), “Conditional Gifts and Freedom of Testation: Time for a Review?”, 9 *Waikato Law Review*, pp. 106-144.

Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (2011), *Compendio de derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, p. 140.

Juan DE LA RIPIA (1718), *Práctica de testamentos y modos de suceder*, Imprenta de Angel Pasqual, Madrid.

Bart J. DE VOS (2008), "Testamentary Freedom, Despotism and Fundamental Rights: A Critical Case Study on *Drittwirkung*", *European Review of Private Law*, 5/2008, pp. 801-825.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA; Antoni VAQUER ALOY; Esteve BOSCH CAPDEVILA (2013), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

Salvador DEL VISO (1859), *Lecciones elementales de historia, y de derecho civil, mercantil, y penal de España*, parte segunda del derecho civil, Imprenta de D. José Mateu, Valencia.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (2012), "Autonomía privada y derecho de sucesiones", en Consejo General de Notariado, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, t. I, Madrid, p. 529 y 536.

Luis DíEZ-PICAZO; Antonio GULLÓN (2012), *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid.

Luis DíEZ-PICAZO (2014), "El condicionamiento de los negocios *mortis causa*", en Luis DíEZ-PICAZO (coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. José María Miquel*, t. 1, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Ávaro D'ORS PÉREZ-PEIX (1998), ley 149, en Manuel, ALBALADEJO; Silvia DÍAZ ALABART (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXVII-1º, Edersa, Madrid.

William A. DRENNAN (2005), "Wills, Trusts, Schadenfreude, and the Wild, Wacky Right of Publicity: Exploring the Enforceability of Dead-Hand Restrictions", 58 *Arkansas Law Review*, pp. 43-157.

François DU TOIT (2001), "The Constitutionally Bound Dead Hand? The Impact of Constitutional Rights and Principles on Freedom of Testation in South African Law", *Stellenbosch Law Review*, 2001, pp. 222-257.

Jesse DUKEMINIER; Robert H., SITKOFF; James LINDGREN (2009), *Wills, Trusts, and Estates*, Aspen, Austin-Boston-Chicago-New York.

Paulus DURAN, *Tractatus de conditionibus et modis impossibilibus ac iure prohibitis contractibus, et testamentis adscriptis*, Typis Thomae Guerrerii, Interamnae.

John K. EASON (2010), "Motive, Duty, and the Management of Restricted Charitable Gifts", 45 *Wake Forest Law Review*, p. 123-178.

José Antonio ELÍAS; Esteban FERRATER (1864), *Manual de derecho civil vigente en Cataluña*, 2ª ed. por Alejandro de Bacardí, Tipografía Busquets, Barcelona.

Robert FOLLIA CAMPS (2011), art. 423-17, en Encarnación, ROCA TRÍAS (coordinadora), *Sucesiones. Libro cuarto del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid.

Olga CHEREDNYCHENKO (2006), "Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pp. 195-218.

Jesús Julián FUENTES MARTÍNEZ (2004), "La sucesión y la institución hereditaria", en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (coordinador), *Instituciones de derecho privado. T. V. Sucesiones*, Civitas, Madrid.

Florencio GARCÍA GOYENA (1974), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza (reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente).

Florencio GARCÍA GOYENA; Joaquín, AGUIRRE (1842), *Febrero, o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, t. II, Madrid, s.f..

María Paz GARCÍA RUBIO; Antonia, NIETO ALONSO; Margarita HERRERO OVIEDO (2012), "Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", en Teodora F., TORRES GARCÍA (coordinadora), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012.

María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA *et al.* (2011), *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Ana GIMÉNEZ COSTA (2012), "Capítulo 2. La no discriminación", en Antoni VAQUER ALOY; Esteve BOSCH CAPDEVILA; María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coordinadores), *Derecho europeo de contratos*, t. I, Atelier, Barcelona.

Antonio GÓMEZ (1701), *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii*, t. I, Sumptibus Joannis Posuel, Lugdunum.

Esther GÓMEZ CALLE (2007), *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid, p. 372 ss.

Sheena GRATTAN; Heather CONWAY (2005), "Testamentary Conditions in Restraint of Religion in the Twenty-first Century: An Anglo-Canadian Perspective", *50 McGill Law Journal*, pp. 511-552.

Catherine J. GUTHRIE (2012), "[Scottish Limitations to Testamentary Freedom and Freedom of Religion under Article 9, ECHR](#)".

Benito GUTIÉRREZ (1871), *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. 3º, Viuda e Hijas de Antonio Peñuelas, Madrid, p. 280.

H. R. HAHLO (1950), "Jewish Faith and Race Clauses in Wills", 67 *South African Law Journal*, pp. .
Frances HANNAH; Myles MCGREGOR-LOWNDES (2008), "From testamentary freedom to testamentary duty: Finding the balance", *The Australian Centre for Philanthropy and Nonprofit Studies*, Working Paper nº 42.

Matthew HARDING (2011), "Some Arguments against Discriminatory Gifts and Trusts", *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. .

Margarita HERRERO OVIEDO (2012), "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales", *InDret*, 2012/2.

C. P. JOUBERT (1968), "Jewish Faith and Race Clauses in Roman-Dutch Law", 85 *South Africal Law Journal*, pp. 402-420.

Stanley N. KATZ (1977-1978), "Republicanism and the law of Inheritance in the American Revolutionary Era", 76 *Michigan Law Review*, pp. 1-29.

Roger KERRIDGE (2011), "Testamentary Freedom in England and Wales", en Miriam ANDERSON; Esther, ARROYO I AMAYUELAS (editores), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Europa Law Publishing, Groningen, p. 129-153.

José Luis LACRUZ BERDEJO; Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (1981), *Elementos de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Baelona.

John H. LANGBEIN (2010), "Burn the Rembrandt? Trust Law's Limits on the Settlor's Power to Direct Investments", 90 *Boston University Law Review*, p. 375-397.

Albert LAMARCA MARQUÈS (2012), art. 6, en Albert LAMARCA MARQUÈS; Antoni, VAQUER ALOY (editores), *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona.

François LAURENT (1874), *Principes de droit civil français*, t. XI, Bruylant, Paris-Bruxelles.

Dieter LEIPOLD (2012), *Erbrecht*, Mohr, Tübingen, nº 448.

Martin LÖHNING; Hans RAUSCH (2010), § 2076, en Hans PRÜTTING; Gerhard, WEGEN; Gerd, WEINRICH (editores), *BGB Kommentar*, Wolters Kluwer, Köln.

Ramón LÓPEZ VILAS; Marcial MARTELO DE LA MAZA (2009), *El nuevo derecho nobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 123 ss.

Ray D. MADOFF (2010), *Immortality and the Law. The Rising Power of the American Dead*, Yale, New

Haven, CT.

Ken MACKIE (1998-1999), "Testamentary Conditions", 20 *University of Queensland Law Journal*, pp. 38-55.

James MACKINTOSH (1930), "Limitations on Free Testamentary Disposition in the British Empire", 12 *Journal of Comparative Legislation & International Law*, pp. 13-22.

Philippe MALAURIE; Laurent AYNES (2010), *Les successions. Les libéralités*, Deffrénois, Paris.

Joan MARSAL GUILLAMET (2005), "Els fills posats en condició: interpretació del testament i discriminació. Comentari a la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (secció 4ª), sentència 13.7.2004", *RJC*, pp. 477-496.

Franciscus MANTICA (1585), *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntarum*, Lugdunum.

Quintus MUCIUS SCAEVOLA (1944), *Código civil*, t. XIII, revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, Reus, Madrid.

Pedro MUNAR BERNAT (2004), "La sucesión testamentaria", en María Pilar FERRER VANRELL (coordinadora), *Lecciones de derecho civil balear*, 3ª ed., UIB, Palma.

Mario NAVARRO AMANDI (1880), *Código Civil de España*, Juan Vidal editor, Madrid, p. 527.

Xavie, O'CALLAGHAN MUÑOZ (2000), en Ignacio, SIERRA GIL DE LA CUESTA (coordinador), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, art. 793, vol. 4, p. 618.

Juan OSSORIO MORALES (1957), *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 225.

Adam PARACHIN (2015), "[Discrimination in Wills and Trusts](#)", University of Western Ontario. Faculty of Law.

Walter PINTENS (2005), "Family Law: A Challenge for Europe?", en Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (ed.), *Nous reptes del dret de família*, Documenta, Girona.

Sonia RAMOS GONZÁLEZ (2009), art. 421-1, en Joan, EGEA FERNÁNDEZ; Josep, FERRER RIBA (directores), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona.

Fernando REY MARTÍNEZ (2012), "El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español", en Susana NAVAS NAVARRO (directora), *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan José RIVAS MARTÍNEZ (2009), *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Dykinson, Madrid, p. 883.
Encarna ROCA I TRIAS (2009), *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 254.

Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2011), art. 793, en *Código Civil comentado*, II, Civitas, Cizur Menor.
Wilfried SCHLÜTER (2004), *Erbrecht*, Beck, München, Rn. 208, p. 98.

Ángel SERRANO DE NICOLÁS (2010), "La institució d'hereu", en Adolfo Lucas Esteve (dir.), *Dret de successions*, Bosch, Barcelona.

José Antonio SERRANO GARCÍA (2009), "Normas comunes a las sucesiones voluntarias", en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (director), *Manual de derecho civil aragonés*, 4ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza.

Jeffrey G. SHERMAN (1999), "Posthumous Meddling: An Instrumental Theory of Testamentary Restraints on Conjugal and Religious Choices", *University of Illinois Law Review*, pp. 1273-1330.
Jason N. SUMMERFIELD (2010), "Disinheritance in New York State: Legacies We Do and Do not Leave", *43 Creighton Law Review*, pp. 785-814.

Richard SUTTON; Nicola PEART (2003), "Testamentary Claims by Adult Children - The Agony of the "Wise and Just Testator"", *Otago Law Review*, pp. 385-410.

Abigail J. SYKAS (2000-2001), "Waste not, Want not: Can the Public Policy Doctrine Prohibit the Destruction of Property by Testamentary Direction?", *25 Vermont Law Review*, pp. 911-944.
Vicente TORRALBA SORIANO (1991), art. 793, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, I, Madrid.

Teodora F. TORRES GARCÍA; María Paz GARCÍA RUBIO (2014), *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.

Roberto TRIOLA (2012), *Il testamento*, Giuffrè, Milano, p. 253.

Marion TRULSEN (2004), *Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich*, Mohr, Tübingen.
Antoni VAQUER ALOY (2003), "[Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio](#)", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 67-100.

Antoni, VAQUER ALOY (2007), "[Algunas reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima](#)", *InDret*, 2007/3.

Antoni VAQUER ALOY (2008), *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid.

Antoni VAQUER ALOY (2009), "The Law of Successions", en Mauro BUSSANI; Franz WERRO (editores), *European Private Law. A Handbook*, Bruylant, Bern-München-Athen-Bruxelles-Durham,

p. 565 ss.

Antoni VAQUER ALOY; Raquel DOMINGO MARTÍNEZ (2015), *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, Atelier, Barcelona.

Dietmar WEIDLICH (2011), § 2074, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, München.

Reinhard ZIMMERMANN (1986), "Cy-près", en *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Böhlau Nachfolge, Wien, pp. 395 - 415.