

# REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES. EN PARTICULAR, LA MORAL Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Jesús Delgado Echeverría  
Universidad de Zaragoza  
Mayo 2012

## Autonomía privada y libertad de disponer para después de la muerte

El fundamento constitucional de la libertad de disponer sobre los propios bienes para después de la muerte reside en la garantía de la propiedad privada. Pero el Derecho autoriza también a los particulares a tomar decisiones que se ejecutarán tras su muerte sin relación directa (o sin ninguna relación) con la propiedad de bienes. Desde acciones basadas en el derecho moral del autor (defensa de la paternidad e integridad de la obra, divulgación) a acciones de filiación o de protección del honor, pasando por determinaciones sobre la tutela o curatela de otras personas, consentimiento para la inseminación post mortem, donación de órganos, donación del cadáver para la ciencia o disposiciones sobre incineración o inhumación. El fundamento constitucional de tales disposiciones no es “la herencia” (en el sentido del art. 33 CE), sino directamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (que es a su vez el fundamento remoto de la garantía “de la propiedad privada y de la herencia”).

En consecuencia, la libertad de disponer para después de la muerte, si bien debe incluirse como uno de los aspectos principales de la autonomía privada (pues aunque el disponente m. c. no se da norma a sí mismo, sí actúa -con eficacia jurídica- siguiendo normas propias), mantiene diferencias muy importantes respecto de otros ámbitos de la autonomía privada, señaladamente respecto de la libertad de contratación. Ésta es funcional al mercado y abierta a las personas jurídicas lo mismo que a las físicas. La libertad de disponer para después de la muerte, exclusiva de las personas físicas, es ajena al mercado y a los principales problemas de regulación y límites de la libertad contractual: la justicia conmutativa – igualdad o proporción en el intercambio de las prestaciones- y la desigualdad de poder económico entre las partes. En la libertad de disponer para después de la muerte no hay intercambio de prestaciones. Nadie tiene derecho a una liberalidad, ni nadie tiene la obligación de aceptarla. El testador no puede, propiamente, imponer nada, pues siempre cabe repudiar la herencia (el heredero es siempre voluntario). Esta especificidad de la libertad de disponer para después de la muerte, dentro del marco de la autonomía privada, ha de tenerse muy en cuenta cuando se trata de investigar sus límites, que no pueden ser traslación de los correspondientes a la libertad de contratar.

Al testar no cabe, como se ha dicho, infringir criterios de justicia conmutativa ni imponer a nadie una conducta que no desee. Pero no hay duda de que el testador puede motivar conductas, propiciar eficazmente la consecución de determinados fines, condicionar la vida de otras personas ofreciéndoles oportunidades que de otro modo no tendrían, hasta “cambiarles la vida”. “Puede” quiere decir aquí que los medios jurídicos (el testamento) le permiten conseguir estos resultados fácticos. Cabría pensar que las

disposiciones para después de la muerte, en cuanto que afectan a otras personas cambiando el estado previo de sus expectativas y oportunidades, están sujetas a los principios o ideas reguladoras de la justicia distributiva. El testador como juez que, aun con cierto ámbito de discrecionalidad, distribuye bienes según criterios de necesidad o mérito de los destinatarios. También de recompensa a servicios prestados, o de igualdad (en alguno de los sentidos de esta palabra).

### Moral social y reglas de Derecho

La sociedad valora también la conducta de los testadores con pautas extralegales, de moralidad social y de moral crítica. Una de estas pautas más estrictas podríamos llamarla el paradigma del “testador (juez) justo”. El testador como juez que, aun con cierto ámbito de discrecionalidad, distribuye bienes según criterios de necesidad o mérito de los destinatarios a la vez que recompensa servicios prestados y se atiene a exigencias de justicia e igualdad (en alguno de los sentidos de esta palabra)

La moral social (y la moral crítica) puede condenar contenidos testamentarios que aparezcan como arbitrarios o injustificados, o motivados por el odio, la venganza, el desprecio (o acaso por el amor desmedido a algún favorecido en detrimento de otros “que lo merecían –o lo necesitaban- más”). Estas consideraciones, por cierto, no son ajenas a la labor del notario como asesor del testador. La historia del Derecho muestra que estos criterios sociales se introducen de diversas maneras en el sistema jurídico y que, más allá de las leyes, los tribunales han encontrado siempre algún cauce para invalidar testamentos cuyas disposiciones desafiaban de manera escandalosa a la moral social de la época: el origen de la *querella inofficiosi testamenti* y su tratamiento por los *Centunviri* es una lección que no hay que olvidar.

Pero la cuestión jurídica a la que deberíamos poder responder es en qué medida y a través de qué mediaciones e instrumentos técnicos las exigencias de la moral social se traducen en condicionantes de la validez y eficacia jurídicas de las disposiciones testamentarias.

### Reglas y principios

En nuestros sistemas jurídicos, las exigencias más apremiantes de la moral social en cuanto a la distribución de los bienes hereditarios se han plasmado en la fijación de partes o porciones legítimas (también en las reservas). Hay también otros límites legales, como el que impide la perpetuación de los vínculos de la propiedad (el límite del “segundo grado”) y los propios de las fundaciones como cauce único para la vinculación sin límite de tiempo de un patrimonio a un fin, necesariamente de interés público.

Se trata de límites expresados en reglas, con un alto grado de previsibilidad en su interpretación y aplicación.

Más allá de las reglas, cabe pensar que en virtud de ciertos principios algunas disposiciones para después de la muerte resulten a la postre inválidas o ineficaces.

Ilicitud, buenas costumbres, moralidad, orden público, podrían ser algunos de los estándares críticos, siempre difíciles de manejar. Creo que no es de aplicación al respecto el art. 1255 Cc, ni ningún otro relativo a la libertad de contratar, por las razones antes expuestas. Lo procedente es partir de preceptos del Código en sede de Derecho de sucesiones.

Condiciones ilícitas, motivos ilícitos: situación insatisfactoria de la doctrina.

Como punto de partida, entiendo que, en el Derecho del Código civil, a los efectos de la valoración de las disposiciones singulares, son irrelevantes los motivos del disponente, incluso los inmorales, también cuando han sido expresados (art. 767 Cc), y que del mismo modo las condiciones contrarias a las buenas costumbres habrían de tenerse por no puestas (art. 792 Cc.).

Pero no cabe ignorar la incomodidad que a buena parte de la doctrina producen normas como las citadas, así como la notable inseguridad en cuanto a las condiciones que, por ilícitas, se tendrán por no puestas (¿o anularán la disposición?).

Prescindo aquí de las citas doctrinales, que nos llevarían demasiado tiempo y que, por otra parte, son fáciles de seguir. Me limito a dos apuntes, sobre la distinta sensibilidad de dos legisladores autonómicos, que no coinciden tampoco en puntos esenciales con lo que parece decir el Código civil español. Por cierto, las diferencias de actitud apenas tienen que ver con la diferencia de tradiciones jurídicas.

El CDFa, en su art. 476 (“condiciones válidas”) expresa que

*“Son válidas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres. En particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa a favor del disponente o de otra persona.”*

La disposición responde claramente a un criterio contrario al del Código civil en cuanto a qué condiciones son ilícitas o al tratamiento de las captatorias, criterio que llevará fácilmente a la eficacia de condiciones tales como casarse (o no casarse) con persona de determinada religión, convertirse a determinada religión y, en general, todas las condiciones potestativas que consisten en una conducta o situación voluntarias y personalísimas del beneficiado. Pero en el mismo CDFa, en su art. 424, se declara que *“es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”*. No se requiere que el motivo haya sido expresado y la consecuencia es la nulidad de la disposición. Es muy posible que el artículo citado (que considero desafortunado) coincida con una opinión extendida entre los juristas españoles. Pero es también significativo de la falta de acuerdo de fondo el hecho de que en el CC catalán las cuestiones se aborden del siguiente modo:

Art. 423-11. *Motivos ilícitos o erróneos en la institución de heredero.- La institución de heredero no es nula por el hecho de fundamentarse en motivos ilícitos o circunstancias erróneas, salvo en el supuesto a que se refiere el art. 422-2.1.*

Art. 422-2.1. [...] *También son nulas [las disposiciones testamentarias] si se han otorgado por error en los motivos, si resulta del propio testamento que el testador no lo habría otorgado si se hubiera dado cuenta del error.*

Art. 423-17. *Condiciones ilícitas. 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.*

No pretendo llegar ahora a ninguna conclusión de fondo, sino que, comprobado el insatisfactorio estado de las normas legales y de la doctrina sobre los problemas centrales de la incidencia de los criterios de la moral en el señalamiento de los límites de la libertad de disponer para después de la muerte, me parece oportuno un llamamiento a la reflexión, especialmente porque es de prever que tales criterios morales estén en el futuro inmediato más presentes en la práctica y en las decisiones de los tribunales de lo que han venido estando hasta ahora. La constitucionalización del Derecho civil lo hace inevitable. Es responsabilidad de la doctrina encauzar esta práctica y minimizar sus efectos en la seguridad jurídica.

Un terreno de especial interés es el de la incidencia de principio de igualdad.

El principio de igualdad y no discriminación como límite a la libertad de disponer para después de la muerte.

La S. TC 27 de abril de 2010 (MP: Javier Delgado Barrios) y, antes y con influencia en ella, la del TEDH 13 julio 2004 (caso *Pla&Puncernau vs. Andorra*), ha avivado el debate sobre si los derechos fundamentales y, en particular, el principio de igualdad y no discriminación, pueden suponer un límite a la libertad de testar. En ambos casos la discriminación se habría cometido por excluir a hijos adoptivos del preheredero en cláusulas de sustitución fideicomisaria sobre parte de libre disposición (según el Derecho catalán y el Derecho andorrano, respectivamente). En ambos casos los altos tribunales declararon incorrectas las sentencias que se sometían a su crítica (que, en ambos casos, eran coincidentes en todas las instancias) reprochándoles que no habían interpretado adecuadamente la voluntad del testador para evitar que ésta resultara contraria a derechos fundamentales. Late en ambas, con mayor o menor fuerza, la idea de que la voluntad del testador está limitada en todo caso por los derechos fundamentales y, en particular, por el principio de no discriminación, de modo que si estuviera clara la voluntad discriminatoria la disposición sería nula.

Pero esto último no lo dicen expresamente (más bien evitan el planteamiento). En todo caso, los civilistas españoles que han estudiado las sentencias<sup>1</sup> las encuentran, mayoritariamente, criticables por diversas razones. En mi opinión, las sentencias son un mal punto de partida para razonar sobre estos asuntos. Dificilmente serán precedente de nada -aunque, sin duda, se citarán-, pues no es fácil identificar una *ratio decidendi*. Son un mal punto de partida al menos por estas razones:

a) Dan por supuesto que un tratamiento de los hijos adoptivos diferente del otorgado a los hijos por naturaleza es inconstitucional (o contrario a convenios europeos de derechos humanos), lo que dista mucho de ser opinión común. Entiendo por mi parte que es una cuestión de legislación ordinaria, que sólo de forma muy forzada (errónea) puede incluirse en la proscripción de discriminación por razón de nacimiento o de filiación.

b) Encauzan su fallo como cuestión de interpretación del testamento, lo que (dejando aparte la debilidad de su doctrina al respecto sobre la voluntad del testador y el tiempo en que ha de ser interpretada) como mucho serviría para resolver unos pocos casos especiales. ¿Qué hacer si la voluntad del testador es claramente discriminatoria, por sus motivos o por sus resultados, según los criterios de la CE o los convenios europeos?

c) Es muy posibles que los altos tribunales no entiendan bien el juego de las sustituciones fideicomisarias, siempre difíciles y más en su modalidad condicional *si sine liberis decesseris*. Más aún, en algunos países europeos las sustituciones fideicomisarias están prohibidas, como contrarias al orden público, por lo que pueden ser “institución desconocida” para más de un juez del TEDH.

d) En el caso de la S. TC español, la necesidad, de acuerdo con su doctrina, de convertir una hipotética vulneración de derechos fundamentales cometida por un particular en vulneración atribuible a los poderes públicos a efectos de abrir la vía del recurso de amparo le lleva a retorcimiento que condicionan sus posibilidades de argumentación y de decisión.

¿Son válidas -o, por el contrario, hay que invalidarlas por contrarias al principio de igualdad y no discriminación- disposiciones testamentarias que, en la parte de libre disposición, prefieran a los hijos matrimoniales excluyendo a los no matrimoniales, o a los varones excluyendo a las mujeres, o a los heterosexuales, o a los que profesen determinada religión, etcétera, etcétera, etcétera? Las sentencias no lo dicen, pero sí es pertinente anotar que, en ambos caso, se trataba de disposiciones sobre la parte libre. ¿Influye que los hijos adoptivos lo eran de hijos del testador? ¿Regirían los mismos principios y los mismos límites si la disposición se hiciera a favor de extraños?

De acuerdo con las reglas del Código civil, la igualdad sólo se impone en la legítima (la estricta, en el caso de los descendientes). En la mejora el padre puede

---

<sup>1</sup> El último trabajo, a mi conocimiento, es el de Margarita HERRERO OVIEDO, en INDRET, abril 2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), con las referencias pertinentes.

preferir al hijo que quiera, por motivos que no tiene por qué manifestar y que son siempre irrelevantes para la validez de la disposición; en el tercio de libre disposición, sin limitación de personas. Si se pretendiera que en la parte libre no puede elegir al beneficiario según su criterio, o que al hacerlo no puede excluir a otros beneficiarios de distinto sexo, o clase de filiación (o religión, u orientación sexual, o raza o nacionalidad) estaríamos cambiando radicalmente el sistema sucesorio legislado. Cabe que el legislador ordinario quiera hacerlo. En mi opinión, no sería deseable, pero dentro de amplios límites podría ser compatible con la Constitución (y la libertad de testar que ella garantiza). En ausencia de norma legal, cabe que los jueces, sin necesidad de plantear la inconstitucionalidad de las normas vigentes, declaren contrarias a derecho, caso por caso, disposiciones testamentarias que entiendan contrarias al principio de igualdad. Puede ser una legítima aplicación directa de principios constitucionales, pero también fuente de inseguridad.

La doctrina puede y debe explorar estas posibilidades, precisamente para configurar pautas, tipos, casos genéricos susceptibles de tratamiento previsible; para proponer argumentos contrastados listos para su utilización.

No es fácil. Lo que sigue son meras sugerencias sobre posibles formas de argumentar.

#### Especificidad de la libertad de disponer para después de la muerte.

Entendemos que la libertad de disponer para después de la muerte forma parte, sí, de la autonomía privada, pero tiene una configuración propia; distinta, en particular, de la de la libertad de contratación. No estamos ante problemas de acceso al mercado, o de la desigual distribución de poderes entre los sujetos que acuden al mismo. Nadie tiene derecho a recibir una liberalidad.

El testador ejerce un poder privado, no un *officium* o una función (como “padre de familia”). Puede comportarse libremente, arbitrariamente, incluso caprichosamente, conforme a sus criterios y valoraciones personales. No está sujeto –legalmente- a principios de justicia o equidad en el “reparto” de sus bienes.

En general, los motivos del testador son irrelevantes y sus fines libremente elegidos. Un camino para encontrar premisas con que argumentar sobre posible nulidad de cláusulas testamentarias discriminatorias partiría de las normas legales sobre ilicitud de los motivos y sobre condiciones ilícitas, con las incertidumbres antes apuntadas.

Cabe sugerir la posibilidad de 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. Acaso también cuando, sin expresión de los motivos, estos sean evidentes, discriminatorios y gravemente vejatorios.

La consecuencia parece que ha de ser siempre en estos casos la invalidez de la disposición. Lo que no siempre dará entrada en la herencia al discriminado. Pero

tampoco parece buena idea llamar a la herencia, contra la voluntad del testador y fuera de la sucesión intestada, a quien ha sido discriminado y vejado en el testamento, por el mero hecho de ser víctima de la discriminación vejatoria. ¿Acaso una indemnización a cargo de los herederos? Son estos caminos por explorar.

#### La sucesión intestada como modelo

Un punto de partida totalmente distinto sería el que concibiera el orden legal de suceder abintestato como el criterio generalmente justo, predeterminado por el legislador por razones de corrección, del que acaso los particulares podrían desviarse por buenos motivos en ciertos casos. No me consta que en la civilística española alguien defienda hoy una concepción de este tipo sobre la regulación del fenómeno sucesorio y el papel así subordinado de la libertad de testar. Sí se ha defendido en Italia.

En cualquier caso, es útil como modelo alternativo, para comprobar cuáles serían las consecuencias. Tampoco es totalmente ajeno a algunas formas de argumentar en la práctica española. Late a veces la idea de que el testador podría apartarse de la regulación legal, pero por buenos motivos, residenciados siempre ante los jueces. Algo así como la necesidad de una “causa lícita” suficiente para legitimar la disposición. Es claro que si se acepta este punto de partida, toda disposición desigualatoria -al menos, siempre que no pudiera mostrarse una razón fuerte para la discriminación- sería nula.

#### El caso de la S. AP Barcelona (Secc. 1ª) 3 mayo 2007

He dicho que rastros de este modo de pensar se encuentran en la práctica española. Un caso que invita a la reflexión nos ofrece la S. AP Barcelona (Secc. 1ª) 3 mayo 2007

Se aplica el Derecho catalán. La hija (nombrada heredera en testamento anterior) se ve en el último reducida a la legítima, mientras son nombrados herederos dos hermanos de la testadora. El notario había apreciado la capacidad de la testadora, en un testamento otorgado en un contexto de tensiones familiares producidas por los problemas de salud de aquella, que en los últimos años había vivido sucesivamente con sus hermanos, con su hija “desheredada” (tras una fractura de rodilla), en una residencia, en su propia casa al cuidado de otra persona (es la época en que otorga el testamento), con su hija en su residencia en otra localidad, con asistencia a diversos hospitales de día. La hija impugna el testamento por falta de capacidad natural de su madre. En primera instancia se desestima íntegramente la demanda, pero la Audiencia estima el recurso de apelación y declara la nulidad del testamento. Son importantes, sin duda, los dictámenes médicos que aporta la actora, imposibles de valorar por quienes sólo tenemos el texto de la sentencia (cuya lectura íntegra es, sin embargo, muy sugestiva), quizás suficientes para el juicio negativo que el tribunal se forma sobre la capacidad de la testadora (contra la afirmación del notario y la apreciación del juez de primera instancia, tampoco hay que olvidarlo), pero lo sorprendente son las razones adicionales aducidas por el Tribunal:

“Veamos ahora si frente a las pruebas de carácter médico, constan en autos otras que pudieran desvirtuarlas y que expliquen el cambio de voluntad experimentado por la testadora, quien revocando un testamento anterior y alterando el orden natural de los afectos, cual es el mayor cariño a los descendientes respecto de los colaterales, reserva a su única hija, la legítima que por ley le corresponde, pero instituye herederos a sus hermanos”.

“La parte demandada –prosigue el fundamento de derecho- alega mala relación entre la testadora y su hija, así como supuesto descuido, aprovechamiento del usufructo instituido por el padre a favor de la madre y, en general, falta de afecto”.

Para el tribunal, “tal afirmación carece por completo de prueba” y a continuación narra los episodios de los últimos años de vida de la testadora de modo tal que nada puede reprocharse a la hija, pues “pese a la mala relación que la indicada parte demandada atribuye a la testadora con su hija, y a la manifestación de que la misma había declarado que su hija se iba a enterar, lo cierto es que la convivencia entre ambas se prolongó hasta el fallecimiento de la testadora, con los paréntesis que suponían los ingresos hospitalarios.- Por consiguiente, ni se constata la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan comprender el cambio de voluntad testamentaria...”.

De modo que la cuestión acaba siendo si la hija se comportó adecuadamente con su madre, si fue una buena hija. Pues hay que entender que si el tribunal hubiera llegado al convencimiento contrario –a apreciar “circunstancias objetivas que permitan comprender el cambio de voluntad testamentaria”- el testamento en el que –recuerdo de nuevo- se había respetado la legítima de la hija se hubiera considerado válido y producido todos sus efectos a favor de los tíos de esta. Como no hay “circunstancias objetivas” que justifiquen el apartamiento por la testadora respecto del orden de suceder abintestato (“el orden natural de los afectos”, con cita implícita de la escolar imagen espacial justiniana: abajo, arriba, al lado), será que la testadora no estaba en su cabal juicio: *color insaniae*.

#### Moralidad y legítimas

No conozco otra sentencia tan explícita, pero no creo que sea rara. Contribuye a esta impresión mía leer el comentario que esta sentencia merece a un magistrado. Según él (que comenta la sentencia bajo el epígrafe “voluntad del causante extravagante”), el testamento “premiaba a los colaterales sobre la hija, sin que existiera ninguna justificación”. “Se trata de valorar, entre los múltiples motivos que explica la sentencia, que en el caso concreto se producía un cambio de voluntad o una voluntad de beneficiar a unos parientes colaterales sobre los parientes en línea recta, sin justificación de ningún

tipo, que ponía de relieve, además de las pruebas médicas, un estado anormal de la conciencia que tenía el causante<sup>2</sup>.

Los tribunales –desde los *centumviri*- han tenido siempre la propensión a juzgar sobre las disposiciones testamentarias con criterios extrajurídicos de decoro, corrección y moralidad, y a negar su apoyo a los testamentos que se desvían de las pautas sociales dominantes. Es clásica en las jurisdicciones de derecho angloamericano la cuestión del “testador caprichoso”<sup>3</sup>. *Color insaniae*, *undue influence* y *fraud* son los instrumentos que los decepcionados parientes hacen valer con mayor frecuencia, y los remedios que los jueces aplican en los casos de desviación de las pautas sociales que les parecen más intolerables.

Estas cuestiones no las evoco aquí por su indudable interés histórico, de derecho comparado, de sociología y de antropología jurídicas, sino en atención a dos fenómenos relativamente nuevos en nuestro país. Por un parte, el muy delicado problema del “testador vulnerable” o, más en general, de la avanzada edad y limitada autonomía de tantas personas que, ya en años mayores, empiezan a tener unas complicadas relaciones cercanas con hijos (y otros parientes) a quienes acaso trataban muy poco hasta entonces. Posiblemente son hoy más frecuentes que hace medio siglo las desheredaciones (en sentido técnico) y también las impugnaciones de testamentos por los hijos (conductas ambas que los *mores maiorum* aprobaban sólo muy excepcionalmente). Por otra, el debate sobre libertad de testar, las propuestas de supresión de las legítimas del Código y la reducción de las mismas en los derechos civiles autonómicos, así como la relevancia de los principios constitucionales, hacen prever una mayor litigación sobre la moralidad de las disposiciones testamentarias. Dicho con un par de ejemplos: mientras la legítima de los descendientes sea en el Código civil de dos tercios del caudal, si esta resulta satisfecha habrá menos motivos para impugnar el testamento alegando que del tercio de libre disposición se ha dispuesto de manera caprichosa, discriminatoria o inmoral; si las legítimas son reducidas –como en el caso catalán- o desaparecieran, la argumentación retórica sobre el tópico de *color insaniae* y la falta de “justificación” de las desviaciones respecto del parámetro de la sucesión intestada tendría mucho más campo.

---

<sup>2</sup> Alberto MATA SÁIZ, “Valoración de la capacidad del testador en el testamento notarial”, Seminario de jueces y notarios. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Colegio notarial de Cataluña, 21 de mayo de 2009. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 80-81.

<sup>3</sup> Alberto BARRIO GALLARDO, *La evolución de la libertad de testar en el “Common Law” inglés*, Aranzadi, 2011, pp. 250 ss.