

Las disposiciones testamentarias con causa ilícita *

BERNARDO MORENO QUESADA
Catedrático de la Escuela de Comercio
y Prof. Adjunto en la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. El artículo 767, § 2.º del C. c. 2. Precedentes del mismo. 3. Su justificación en la doctrina. 4. Crítica de los argumentos justificadores. 5. Explicación por el "favor testamentis". Su alcance. 6. Causa y motivos en las disposiciones testamentarias. 7. Soluciones en el Derecho positivo extranjero y cuestiones que se suscitan: A) *Constancia del motivo*. B) *Significado de la ilicitud*. C) *El carácter de determinante*. 8. Aplicación de conclusiones a nuestro precepto legal: A) *La doctrina sobre el mismo*. B) *La posición del Tribunal Supremo*. C) *Interpretación que se propone*.

1. Refiriéndose a la institución de heredero y al nombramiento de legatario, el párrafo 2.º del artículo 767 establece que "la expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita", de la misma manera que en su párrafo 1.º dispone que será considerada como no escrita la expresión de una causa falsa, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

El tajante mandato legal sobre la inoperancia de la expresión de una causa contraria a Derecho en las disposiciones testamentarias, no puede por menos de provocar perplejidad y el deseo de conocer cuáles puedan haber sido su origen y las razones que hayan podido llevar al legislador a darle acogida, así como la actitud de la Jurisprudencia y doctrina científica frente al problema de su justificación y los que puedan derivarse de la aplicación del mismo en la vida práctica.

2. Frente a la afirmación terminante de que la disposición consignada en el § 2.º de nuestro artículo 767 la estableció ya el Derecho romano (1), en un estudio específico sobre este punto, el romanista italiano Emilio Costa (2) sostiene que a diferencia de lo que ocurre con la abundancia, concordancia y precisión de los textos que se refieren a la eficacia de la causa y de la condición ilícitas en los negocios inter

(*) Escrito para el Homenaje al Profesor Giménez Fernández.

(1) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VI, 2.ª ed. revisada por Ogáyar Ayllón, Madrid, 1951, pág. 126.

(2) *Della causa illicita espressa in una disposizione d'ultima volontà secondo el diritto romano*, en la Riv. It. Sc. Giuridiche, vol. X (1890), págs: 3 y ss.

vivos, que son acogidos sintéticamente más tarde en las palabras de la Constitución de Diocleciano y Maximiano: "Omnia quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur nullius momenti sint", no ocurre lo mismo en lo relativo a los actos de última voluntad, respecto de los cuales no se plantea la eficacia que puede tener la causa ilícita en ellos expresada.

Expone el ilustre romanista que sólo lentamente, y no sin discrepancias, se irán fijando reglas para las condiciones ilícitas, que se equiparan a las físicamente imposibles, discutiéndose entre los juriconsultos de las Escuelas Proculeyana y Sabiniana si la condición imposible físicamente (y la ilícita, que a ella se equipara después) debe hacer nulo el acto al cual se añade o, por el contrario, tenerse por no escrita, dejando que el acto subsista incondicionado. Y si bien la opinión de los Sabinianos prevalece y es finalmente acogida con carácter general, se confiesa, incluso por quien es partidario de esta Escuela, que difícilmente puede encontrarse una razón que sirva para justificarla: en frase de Gayo "et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest". Pero mientras se viene configurando así la regla para las condiciones ilícitas, de la que se conservan aplicaciones en diversos textos, nada considera que se encuentre en las fuentes que explícitamente contemple la inocuidad de la causa ilícita expresada en una disposición de última voluntad (3).

Y aún más, determinados pasajes, como el que declara nula la disposición a favor del Príncipe "litis causa", esto es, para obtener decisión favorable en un asunto judicial o administrativo (D.28.5,92; Inst.2.17,7), así como la disposición "contumelia causa", en la que el disponente mira no tanto a hacer la atribución cuanto a poner a cargo de la persona contemplada algo reprochable (D.28.5,9 y 30,54), y el que sea también nula la que se hace a favor del nasciturus a procrear por personas entre las que es imposible el matrimonio al tiempo del testamento (D.28,2,29 e Inst.2,20,28), llevan a Biondi a considerar (4) que de ellos se deduce el principio de que la disposición es nula cuando tenga causa ilícita, siempre que resulte implícitamente de la disposición y haya sido el motivo determinante de la misma, estimando que tiene causa ilícita cuando se funde o persiga la consecución de un resultado reprobado por el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, no es en el Derecho romano donde se encuentra el antecedente del precepto que nos ocupa. ¿Proviene de nuestro Derecho histórico? Refiriéndose a los antecedentes del artículo 767, se cita por los comentaristas del Código como tal la Ley 20, Tit. 9 de la Partida VI (5), pero el hecho es que su contenido, si bien se refiere

(3) COSTA, op. cit., pág. 7.

(4) *Successione testamentaria e donazione*, 2.^a ed., Milano, 1955, págs. 526 y siguientes.

(5) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XII, 5.^a edición, revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1943, pág. 496, y MANRESA, op. y loc. cit.

a la expresión de causa en la disposición testamentaria, se limita a contemplar el supuesto de que se trate de una falsa, objeto de regulación en el primer párrafo del precepto, pero no hay alusión alguna en dicho fragmento al caso de expresión de causa contraria a Derecho (6). Tampoco en el Proyecto de 1851 está el antecedente del precepto en cuestión, pues la causa objeto de atención es la falsa en que se funde una disposición a título universal o particular, a la que dejará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo para hacerla otra causa tan atendible como la expresada, supuesto, como se ve, igual al regulado en el párrafo 1.º, aunque con solución opuesta a la adoptada en el mismo (7).

Es en el Anteproyecto de Código de 1882-1888 donde aparece la regla que después será el párrafo 2.º del artículo 767 del Código civil vigente, unida también a la consideración de la causa falsa, y con idénticas soluciones a las consagradas en este último; en efecto, el artículo 768 de aquél, tras disponer que “la expresión de una causa falsa será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa”, añade en un 2.º párrafo que “la expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no puesta”. Como antecedente del precepto se cita el artículo 1.380 del Código mejicano (8), si bien aquí también hemos de hacer la advertencia de que el mismo se ocupa sólo de la causa falsa, siendo antecedente del párrafo 1.º; el que en realidad da igual solución que el nuestro para el caso de que sea expresada una causa contraria a Derecho es el artículo 1.381 (9). Aquí está, pues, la fuente del precepto que contemplamos, que pasa, sin alterar una coma, a través del Anteproyecto de 1882-1888, al Código vigente, aunque el

(6) “Falsa o mentirosa razón diciendo el testador, quando ficiesse la manda, non la empesce, nin se embarga por ella...”, como demuestra con el ejemplo que pone a continuación. Y en la Ley 21 del mismo tít., refiriéndose a que los “facedores de los testamentos ponen razones en las mandas quando las facen, e a esta razon llaman en latin causa” dice que “la manda que es assi fecha dezimos que maguer la razon que es puesta en ella no sea verdadera vale e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e debe ser entregado della”.

(7) Art. 721. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, Madrid, 1852, pág. 152) justifica el apartamiento de la solución romana, calificando las razones en ellas expuestas para la justificación “quia donari volui, quanvis falso mihi persuaserim” (D. 12, 6, 65, § 2) de pueril y ridícula, pues estima que precisamente se debe presumir que falta la voluntad cuando resulta falsa la causa que la determinaba; y en cuanto a “quia ratio legandi legato non coaeheret” (D. 35, 1, 72, § 6.º) la tiene por no menos frívola e impertinente, por mantener que la razón o motivo de legar es la parte noble y decisiva del legado, posición que ha terminado por ser adoptada por la generalidad de los legisladores y Tribunales y gran parte de la doctrina científica.

(8) Cfr. la edición de Peña, Madrid, 1965, pág. 35, nota 107, acerca de que el tenido en cuenta fue el de 1870.

(9) En el vigente Código civil mexicano, el precepto referente a la causa ilícita es el artículo 1.304, mientras que a la errónea se dedica el 1.301.

primer párrafo, en igual paso, sufre la ligera adición aclaratoria que más arriba aparece de la transcripción del artículo 768.

3. El principio contenido en el § 2.º del artículo 767 C. c. de que la expresión de una causa contraria a Derecho se tendrá por no puesta, respetándose, por consiguiente, toda la eficacia de la institución de heredero o nombramiento de legatario que la contenga, ha tratado de ser justificado con una serie de consideraciones que con frecuencia muestran no ser más que un forzado intento de dar base al precepto positivo vigente; así sucede con la afirmación de Manresa (10) de que deben tenerse por no escritas “porque no es presumible siquiera que el testador, al otorgar su disposición testamentaria, tuviese intención de ordenar lo que no tenía eficacia”, o la de M. Scaevola (11) de que “una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones (art. 1.275), pero tampoco para impedir propósitos honrados. Aquí el fin, en cierto modo, justifica los medios”.

Con la misma finalidad justificadora del precepto, se ha dicho (12) que “no puede por menos de reconocerse su justicia, pues lo que es contra Derecho no es susceptible de producir efecto jurídico alguno, debiendo, por tanto, tenerse como no escrita dicha causa”, alegación que tampoco tiene gran fuerza persuasiva, sobre todo si se trata de aplicar en la dirección perseguida por su autor.

Con una pretensión de mayor cientifismo, se ha afirmado (13), en relación con la inocuidad de la expresada causa contraria a Derecho que consagra nuestro legislador, que sigue dominando aquí también el aforismo romano de la “falsa demonstratio”; pero lo que sigue a continuación no es consecuente con lo afirmado, ya que se añade “pues a estas situaciones se les aplica el mismo tratamiento que a las instituciones sometidas a condiciones imposibles o contrarias a Derecho, es decir, que se tienen por no puestas: “Vitiatur sed non vitiant” (14). Aunque partiendo del reconocimiento de que técnicamente no existe posible confusión entre la causa y la condición ilícitas, sostiene Díaz Cruz (15) que no obstante “el Código, en su artículo 767 emplea el vocablo “causa” como sinónimo de “motivo”, en cuyo caso se puede producir una confusión con la condición, pues pudiera parecer que la condición es el motivo determinante que im-

(10) Op. cit., pág. 126.

(11) Op. y loc. cit.

(12) MANRESA, op. y loc. cit.

(13) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, vol 1.º, Madrid, 1954, pág. 124.

(14) Y no hay consecuencia porque se tratan, sin diferenciarlos claramente, dos aspectos: la “ratio” de la disposición, que es la que puede haberse pensado está en la regla de la “falsa demonstratio o falsa causa non nocet” que se aplica en el párrafo 1.º del artículo, y el tratamiento dado al supuesto, que es el mismo dado a las disposiciones sometidas a condiciones imposibles o contrarias a Derecho, el tenerlas por válidas; y como no podía ser menos, cuando el autor trata de estas últimas, para nada se refiere al precitado aforismo.

(15) *Los legados*, Madrid, 1951, pág. 427.

pulsa al testador a efectuar el legado, que es lo que, según el Código, constituye la causa”, y añade: “en nuestro Derecho, ya se considere una disposición testamentaria sujeta a condición ilícita, o se estime la manda como motivada por una causa ilícita, se entiende como no puesta tanto la condición como la causa”, lo que para él parece ser una consecuencia de esa posible equiparación, que atribuye el Código, entre causa y condición.

Se ha pretendido igualmente justificar el principio de que la expresión de una causa ilícita se tiene por no puesta en la disposición, aduciendo (16) que si se admitiera el efecto anulatorio, se vendrían a añadir otras causas de incapacidad o indignidad para suceder a las taxativamente expuestas en la ley, único procedimiento eficaz para introducir éstas.

Por último, como argumento el más utilizado y extendido, sobre todo en la doctrina francesa, que arranca de la consideración de que en las disposiciones a título gratuito por residir la causa en la misma intención liberal, en el “animus donandi” o según la fórmula de Portalis “la causa de un acto de beneficencia es siempre la beneficencia misma”, se afirma que por ello la causa de una liberalidad no podrá nunca ser calificada de ilícita toda vez que el espíritu liberal en que consiste es incompatible con la idea de ilicitud, por lo que en estos actos de pura beneficencia no deben tomarse en consideración otros móviles que el “animus donandi”, a menos que deban considerarse como condiciones del mismo (17).

4. Estas son las razones que se aducen para justificar el principio de que la expresión de causa ilícita es irrelevante en las disposiciones testamentarias, en las que se tiene por no enunciada, y ante ellas cabe preguntarse: ¿son convincentes? A mi entender, la exposición de las mismas resulta bastante para darse cuenta de que no son satisfactorias, y unas consideraciones sobre ellas creo nos afirmarán en esta idea:

Respecto al argumento de Manresa de que debe la disposición considerarse válida, porque no es presumible que el testador tuviese la intención de ordenar lo que no podía tener eficacia, lo único que puede probar es que ante una disposición testamentaria de ese tipo no debe dudarse de la sinceridad intencional del testador, de que precisamente persigue aquello que ha expresado a pesar de lo extraño que pueda parecer la razón ilícita aducida para ello, y que pretende conseguirlo; a esto nada hay que objetar, pero resuelve simplemente una cuestión de interpretación del testamento, a través de una presunción sobre la voluntad de su autor; hay una disposición que, efectivamente, se quiere eficaz, pero el problema planteado es si expresada la causa de tal

(16) Cfr. la referencia de GANGI, *I legati nel Diritto civile italiano*, I, 2.^a edición, Milano, 1933, pág. 193, nota.

(17) Cfr. la exposición que hace CAPITANT: *De la causa de las obligaciones*, trad. esp. de Tarragato, Madrid, s. f., pág. 434 y ss.

disposición, y siendo ilícita, ese querer, indudable, del testador debe o no ser respetado, y, por ende, producir o no efectos; y esto, ha de convenirse en ello, no es circunstancia que dependa de esa voluntad, sino de la actitud que el ordenamiento jurídico adopte ante ella, a la vista de las circunstancias que en la misma concurren, y que puede ser considerada eficaz o no, pero que una vez decidida en uno u otro sentido, la voluntad, la intención, será eficaz sólo en cuanto se adapte a la disposición legal. En este caso podrá decirse que la intención será eficaz porque así lo ha dispuesto el Derecho positivo; pero no que el precepto de éste que así lo dispone sea de justicia, porque coincide con lo que la intención, ilícita, del testador se propone alcanzar (18).

En cuanto al otro razonamiento del mismo autor acerca de que no puede por menos de reconocerse la justicia de la decisión legal, pues lo que es contra Derecho no es susceptible de producir efecto jurídico alguno, sólo tendrá fuerza justificadora aceptando previamente como correcta la solución del Código de que la causa, el motivo determinante ilícito, no afecta para nada a la disposición en que se expresa; en cambio, de estimarse que la causa, motivo determinante, como inseparable, o por lo menos íntimamente unida a la disposición (19), comunica a la misma su posible ilicitud, entonces esta misma será contraria a Derecho y, como tal, en palabras del propio Manresa, no es susceptible de producir efecto jurídico alguno. Prueba de ello es que, partiendo de esa base, de la injustificación del principio, con los mismos argumentos se ha llegado a tal resultado: es el caso del comentarista del Código Bonet y Sánchez que refiriéndose a este precepto (20) dice "que parece contener un verdadero absurdo jurídico que apenas hay Código moderno que se atreva a consignar", y ello en razón de "que nunca ha de prevalecer lo que se establece con motivo de una causa contraria a Derecho; ni nunca lo contrario al derecho debe producir efecto; lo contrario sería sostener hechos fundados en causa contra derecho, y lo que es contra derecho no puede ser legal, por más que el derecho y la ley no sean una misma cosa". En apoyo de esto puede afirmarse también, aunque es punto que desarrollaremos ampliamente más adelante, que si bien es preponde-

(18) Según DIKOFF, *Les actes juridiques abstraits et le Code civil français*, en la Rev. Trim. Dr. Civil, XXXI (1932), pág. 329, el orden de los elementos del negocio jurídico se constituye así: motivo, declaración de voluntad, resultado jurídico; y que frente a este último, el sujeto es un simple espectador, que lo desea, que tiende hacia él, pero su realización no depende de su propia voluntad, sino que es el orden jurídico el que la provoca.

(19) BONET, refiriéndose concretamente a esta cuestión (*Derecho civil común*; 3.^a ed., II, Madrid, 1940, pág. 493) dice que la forma de institución "sub causa" que "es aquella en que el testador expresa la razón que le ha determinado a la designación de la persona del heredero (cualidades, datos o actos del instituido). Por ello está íntimamente unida a la voluntad del testador, mientras la condición es más bien algo extrínseco.

(20) *Código civil español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*, III, Barcelona, 1890, págs. 333 y ss.

rante en la materia el ánimo de liberalidad, en esta clase de negocios éste no puede ser separado del pensamiento dominante que la ha promovido, ya que la voluntad de despojarse de una cosa no merece respeto más que cuando no encierra nada de ilícito ni de inmoral; porque en ellos, dicen Colin y Capitant (21), es imposible hacer abstracción del móvil que ha inspirado el "animus donandi", pues a diferencia de los actos a título oneroso, que llevan en sí su justificación y forman un todo completo, es decir una operación jurídica que tiene su causa en ella misma, la donación y el legado no son separables del móvil que les inspira y no valen más de lo que valga este último.

También puede aplicarse esta misma consideración al argumento justificativo utilizado por el comentarista M. Scaevola de que así como una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones, tampoco ha de tener eficacia para impedir propósitos honrados; y ello porque significa partir de la base de que toda atribución por vía testamentaria, por el hecho de serlo, encierra un propósito honrado, lo cual si siempre es cuestionable, más aún lo será cuando la razón determinante de ella sea contraria a Derecho, como en el caso que nos ocupa; y el considerarlo así de todas formas es o atribuir muy poco valor a lo que significa la causa y el motivo en relación con los "propósitos", así como a la repercusión de la contrario a Derecho, o atribuirsele excesivo a la liberalidad que encierra toda disposición, y la verdad es que pueden concebirse casos en que el ánimo liberal, el espíritu de beneficencia esté ausente de ellas (p. e., los legados "ab irato"). Además, cuando se trata del tema, aparece olvidado con demasiada frecuencia que junto a los beneficiarios de la disposición con causa contraria a Derecho hay otros interesados en la eficacia o no de la misma, que son las personas que recibirían lo dejado de ser aquella ineficaz, cuya situación e interés correlativo, de origen testamentario o legal, no puede ser dejada al margen cuando se especula con propósitos honrados y se alega que una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones.

Respecto a que la solución adoptada por el Código sea una aplicación del aforismo de la "falsa demonstratio o falsa causa legato non nocet", aparte de que el alcance de uno y otro supuesto es bien diverso, y de la importancia que tiene la concesión de una "exceptio doli" en los casos de que la falsa causa hubiese actuado como determinante del legado (22) en cuanto inicia una dirección generalmente

(21) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. por DE BUEN, de la 3.ª ed., VII, Madrid, 1927, pág. 405.

(22) D. 35.1.72, § 6. Cfr. también, en este sentido, aunque con una posible mayor amplitud, en cuanto implica utilizar la "exceptio doli" para dar un mayor reconocimiento a la voluntad, que hace aplicable lo mismo al supuesto de la falsa causa. D. 44.4.4, § 10. Aun con alguna reserva sobre este último punto, analiza de forma minuciosa todos los problemas relativos a la materia de los referidos aforismos y las relaciones entre ellos, GROSSO en *Sulla falsa demonstratio nelle disposizione d'ultima volontà*, en los *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, 1930, pág. 185 y ss., en especial 211 y s. y en la nota 57.

acogida después en las legislaciones positivas (cfr. nuestro art. 767, § 1.º, último inciso), el caso es que la expresión de causa contraria a Derecho tiene un significado tan diferente al de la causa falsa, que no es posible extender a ella ni la justificación ni las consecuencias que sean propias de esta última; su mecanismo es todo lo diverso que impone el basarse una en el error (23) y otra en la ilicitud.

La posible confusión entre causa-motivo y condición, como justificadora de una solución igual a ésta para aquélla, puede servir para explicar el haberse acogido, pero en ningún caso para justificarla, porque para ello sería preciso fundamentar previamente el principio recogido por el artículo 792 acerca de que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y sobre ello está lejos la doctrina de ser unánime, continuando la disidencia que se iniciara entre Proculeyanos y Sabinianos, y pareciendo en el terreno de los principios bastante más lógica y fundamentada la solución contraria a la que adopta nuestro Código civil (24).

Además, no puede olvidarse que la solución dada para las condiciones, lo fue originariamente para las imposibles por naturaleza, las objetivas y absolutamente imposibles, a las que en un primer momento se equiparan las falsas, y a las que sólo tras una secular evolución se añaden, en la regla que las tiene por no puestas en las disposiciones testamentarias, las ilícitas y torpes; y ello porque tienen bases distintas y responden a exigencias diversas: mientras para las condiciones imposibles se trataba de dar eficacia a una disposición que lógicamente nunca habría podido producir efectos, las ilícitas y torpes podían verificarse, aunque contradiciendo la ley o la moral; y precisamente para evitar que el beneficiario fuese inducido a transgredir el orden jurídico con tal de conseguir lo dejado, intervinieron la legislación y la autoridad del Estado que, con disposiciones concretas

(23) Cfr. sobre la "causa falsa" los estudios de ALBALADEJO *El error en las disposiciones testamentarias*, en la Rev. D. Privado, 1948, 423 y s., y sobre todo, *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en An. Derecho Civil, 1954, págs. 319 y ss., en especial 329 y ss.

(24) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 220 y ss., considera que no tiene fácil justificación, objetando a los principales argumentos que lo pretenden sobre el tema. Cfr. para el Derecho romano el trabajo de COSTA citado en la nota 2, y para el moderno, BRUNETTI, *Le condizione impossibili e illicite nei testamenti secondo il Codice italiano e il Codice civile generale austriaco*, en Archivio Giuridico, 1922, págs. 180 y ss. Es de mucho interés la evolución del principio en Francia y las razones de tipo político que llevaron a adoptar la solución igual a la nuestra, así como la lucha de la Jurisprudencia en pro de una interpretación más racional del artículo 900, lo que puede verse en RIPERT Y BOULANGER: *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, IV, París, 1959, núms. 3.527 y sigs., págs. 1126 y sig. También es sintomático que las más recientes legislaciones vayan abandonando el principio tal como lo mantiene nuestro Código: así, el italiano, artículo 634, que se relaciona expresamente, además, con el 626. relativo a la causa ilícita; cfr. sobre el cambio operado y sus razones AZZARITI Y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., Padova, 1948, pág. 475 y sigs.

y actuaciones administrativas, hacían remisión de las condiciones, a diferencia de las imposibles, que se consideraban no escritas; después, cuando la remisión de las ilícitas y torpes se realiza no caso por caso, sino por ley, ésto y considerarlas como no puestas resulta la misma cosa, produciéndose un acercamiento en la forma de tratar ambas que persiste hasta nuestros días (25).

De aquí se deduce que aun partiendo de una justificación lógica del artículo 792, que está muy lejos de tenerla indiscutida, la misma no serviría para fundamentar el principio adoptado en el § 2.º del 767, si se tiene en cuenta, además, que la razón de ser de aquél, en lo que se refiere a las condiciones torpes e ilícitas, es evitar actuaciones futuras contrarias a la ley y a las buenas costumbres, en tanto que la intervención de causa ilícita generalmente hace referencia a una actuación contraria a Derecho ya realizada, que es la motivadora de la disposición que la contiene. Aún más, puede afirmarse que el fundamento de ambos preceptos, lejos de análogo es totalmente opuesto: si se piensa combatir actuaciones contrarias a Derecho, y para ello se hace desaparecer un posible incentivo teniendo por no puestas las condiciones que tienen este contenido (art. 792), la actitud congruente con ello sería hacer desaparecer también el posible premio que supone para las mismas el ser motivadoras de una disposición "mortis causa", lo que se conseguiría anulándolas y no haciendo lo contrario, esto es, dejándolas subsistentes al tener la expresión de la causa ilícita como no puesta, que es como decide el § 2.º del artículo 767.

En cuanto a la posible confusión entre causa-motivo y condición a que se refiere Díaz Cruz, como él mismo reconoce, técnicamente no es posible toda vez que, de una parte, para que el hecho constituya una condición debe ser necesariamente futuro, de donde se deduce que si se trata de un hecho pasado es necesariamente causa; ahora bien, el hecho futuro no tiene que ser necesariamente condición, puede ser el fin tenido en cuenta por el testador al hacer la disposición, y entonces —dice Pacifici— Mazzoni (26) viene a constituir la causa. Pero es que ni aun así cabe la confusión, sencillamente porque no hay necesidad de distinguir entre causa-motivo y condición, sino que son compatibles y pueden coexistir en una misma disposición; y así en el ejemplo del autor citado "Instituyo heredero a Cayo para que mate a Ticio, o si mata a Ticio"; en efecto, si tales son los motivos determinantes hay disposiciones causales, con expresión de causa ilícita, a las que en el primer caso se le agrega un modo y en el segundo una condición; o sea, en este último hay una disposición con causa ilícita, cuya eficacia depende del cumplimiento de una condición contraria a la ley. Por cierto que en una interpretación despreocupada de nuestro Derecho vigente, tal disposición sería válida, por el juego de los artículos 767, § 2.º, y 792, aunque, eso sí, Cayo

(25) BRONDI: *Successione testamentaria*, cit., pág. 553 y sigs.

(26) *Codice civile italiano commentato*, III, 4.ª ed., por Venzi, Firenze, 1906, pág. 362.

sería heredero sin necesidad de matar previamente a Ticio (27). En otras palabras, que mientras la causa está operando en el terreno de las motivaciones, constituyendo la determinante de la disposición (en otro caso, lo veremos, resultará irrelevante), de la condición, aunque incorpore en sí la causa-motivo por la misma razón de ser la determinante, su función como tal es la de supeditar la eficacia de la disposición al cumplimiento del hecho futuro e incierto en que consista; y el que tanto una como otra, en caso de ser ilícitas, se tengan por no puestas, no deja de ser una solución de nuestro legislador, que igualmente pudo adoptar otra diversa. Mayor complejidad puede parecer que tiene la distinción entre este tipo de causa, sin duda frecuente, establecida con miras al futuro, y el modo, sobre la que haremos unas consideraciones más adelante.

También, lo veíamos antes, se ha defendido la solución adoptada por nuestro Código en base a la consideración de que anular la disposición sería tanto como añadir otras causas de incapacidad o indignidad para suceder, a las taxativamente recogidas en la ley. Frente a ello, observa atinadamente Gangi (28) que aunque fuera así, aunque verdaderamente implicara el establecimiento de otras razones de incapacidad, tal cosa no tendría nada de inadmisibles en cuanto encontrarían su base en un indiscutible principio de Derecho; pero que, de todas formas, ha de excluirse que en realidad se establezcan nuevas causas de incapacidad, dependiendo la nulidad de las disposiciones no ya de cualidades o circunstancias de la persona beneficiaria, sino de la ilicitud de la causa por la que ha sido determinada la voluntad del testador, ilicitud que viene necesariamente a informar toda la disposición. Y, efectivamente, debe considerarse así ya que, por una parte, sólo operaría la anulación por expresarse que el motivo de la disposición, siendo determinante de ella, es la circunstancia en cuestión y no porque concurra tal circunstancia en la persona designada, como lo prueba el hecho de que si no llega a probarse que tal sea la razón del nombramiento, dicha circunstancia no afectaría a la validez de la disposición, y se tendría por no puesta, como ahora dispone para todo caso nuestro Código civil; la "ratio" del principio está en el plano subjetivo —motivación del testador al disponer— y no del objetivo —cualidad que concurre en el designado—, por lo que tendrá influencia en ello, como veremos, el posible error que sufra el disponente,

(27) Sorprende un poco que en la ordenación de esta materia, en que tanto se ha jugado con las posibles conductas, se tenga por no puesta la condición ilícita a fin de que por conseguir lo dejado no se mueva el beneficiario a una actuación contra Derecho; pero con una opinión menos pesimista, por así decirlo, de la naturaleza humana, debería anularse la disposición, no sea que el beneficiario, si no obligado legalmente; si impelido por el agradecimiento y el respeto a la voluntad del testador (actitud de la que el legislador no puede pretender la exclusiva), se decidiera a cumplir la finalidad expresada de la disposición.

(28) *I legati*, cit., pág. 193.

que colocará el supuesto en el ámbito del párrafo 1.º del mismo artículo 767.

Decía antes que el argumento más utilizado en favor de la solución de nuestro legislador es el de que siendo la causa de las disposiciones a título gratuito la intención liberal que mueve al que la hace, nunca podrá ser calificada de ilícita, no siendo posible tomar en consideración otras motivaciones que el "animus donandi". Ahora bien, ésto que con carácter general se predica de las liberalidades se hace por la doctrina francesa con aplicación conjunta, por imperativo legal, para donaciones y legados, y aparte de que generalmente se admite la excepción constituida por ser el motivo único determinante, la posición tiene el fallo de identificar sin más el tratamiento de la causa ilícita en donaciones y liberalidades testamentarias (legados). Pero, como observa con justeza H. Capitant (29), existe una diferencia de naturaleza entre estos dos géneros de liberalidades, que produce sus efectos en materia de causa y que se manifiesta en que en los supuestos de legados, por tratarse de una voluntad única, es muy difícil separar la voluntad del legante de los móviles que la han determinado; para establecer la relación entre ellos no hay otro elemento que los términos mismos de que se ha servido el testador, completados con las circunstancias que permitan reconstruir en toda su integridad la voluntad del mismo, para lo que es preciso penetrar en su fuero interno e investigar no sólo el fin que buscaba, sino también las razones que ejerciesen influencia determinante sobre sus intenciones; esto, aplicado al caso del error, determinará una solución como la recogida por nuestro Código en el artículo 767, 1.º; y, termina diciendo, "resulta de estas observaciones, que el motivo tiene en esta materia una importancia de la que carece en los contratos. La distinción de la causa y de los motivos se hace aquí casi imposible; en tanto que el motivo es verdaderamente determinante y ejerce una influencia decisiva sobre el espíritu del disponente, no puede prescindirse de él", lo que en la práctica permitirá declarar la nulidad de la disposición siempre que aparezca de una manera clara y evidente que se proponía un fin contrario a la ley o a las buenas costumbres, solución en mucho preferible a la que se desprendería del otro sistema, porque en éste, partiendo de la idea de que la causa de una liberalidad debe buscarse exclusivamente en la intención liberal, se ve reducida a consolidar todas las disposiciones a título gratuito aunque aperciba circunstancias que muestren que el verdadero fin perseguido por el disponente era ilícito o inmoral".

Creo que todo lo expuesto hasta el momento deja bien claro que, en las razones aducidas, no es posible encontrar una justificación satisfactoria que fundamente la inocuidad de la causa ilícita expresada en una disposición testamentaria, tal como la recoge el § 2.º del artículo 767 de nuestro Código civil. Tampoco se ocurren otras que puedan

(29) *De la causa...*, cit., págs. 89 y sigs. y más adelante, 474 y sigs.

tener este alcance, sino más bien justifican la solución contraria, como más acorde con los principios que informan el conjunto de un ordenamiento jurídico como el nuestro, que ha dado expreso reconocimiento en múltiples preceptos a concepciones totalmente opuestas, y en el que la citada puede considerarse una excepción.

5. Pero si esto es así, no cabe duda de que tal como la encontramos esa disposición de nuestro Derecho, si no justificación, ha de tener una explicación, una razón de por qué se adoptó; y esta razón no puede ser otra que el deseo de mantener por cualquier medio la eficacia de las disposiciones testamentarias (30). Esta actitud que tiene su consagración en el principio del "favor testamenti" que fue la orientación más general y característica en que se inspiraron la jurisprudencia y la legislación romana, supuso la tendencia continua y constante para la jurisprudencia de intentar mantener el testamento con las más sutiles argumentaciones, las construcciones más atrevidas y a veces con oportunas ficciones; y para la legislación, de reconocer normas e instituciones que servirán para dar cumplimiento a la voluntad "mortis causa" del disponente, siempre con el fin de evitar la apertura de la sucesión legítima. Y por él, se introducen formas especiales de testar para facilitar a todos el poder hacerlo, y al mismo se adaptan, forzando su estructura, actos como la "mancipatio", se superan o modifican tradicionales casos de incapacidad, se reconocen las sustituciones, se establece el codicilo y se salvan algunas disposiciones irremediabilmente condenadas por el rigor de los principios, como la institución de heredero "ex certa re" o bien bajo condición imposible o resolutoria (31).

Pues bien, este mismo principio, que en Derecho romano sirvió como motivo constante a toda la reglamentación de las sucesiones "mortis causa", es el que sin duda llevó a nuestro legislador a establecer el precepto de que vengó ocupándose; pero en unas circunstancias realmente curiosas: y es que mientras gran parte de los supuestos que entre los romanos eran consagración del mismo son aban-

(30) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1911, pág. 588, considera que "el criterio de subordinar la licitud de la causa a la supremacía de la voluntad del testador, es bien discutible; pero el precepto legal no puede ser más claro". También para CASTÁN, el Código establece la regla del 767, 2.º, "llevado del deseo de mantener todo lo posible la validez de los testamentos" (*Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., IV, Madrid, 1942, pág. 410. Por su parte, VIÑAS MEY, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, en el Curso de Conferencias de 1948, en el Colegio Notarial de Valencia, cita, pág. 461, como una muestra del "favor testamentorum" en nuestro Código civil, el segundo párrafo del artículo 767.

(31) BIONDI: *Successione...*, cit., pág. 6, añadiendo que se trata de salvar el testamento no por el vano fin de mantener un acto jurídico, sino porque el testamento encierra la última voluntad del difunto, la cual representa siempre algo sagrado; por ello la fides en este campo tiene notables manifestaciones, incluso en época avanzada, y la observancia de la "voluntas testantis" es, ante todo, obligación moral que después se introduce en la órbita del derecho.

donados, se hace derivar de él este de la inoperancia de la causa ilícita que supone una aplicación mucho más tajante que los desechados, y que no tiene siquiera la justificación de que se encuentra admitido en los textos romanos.

Por otra parte, cabe preguntarse si desde este mismo punto de vista del "favor testamentorum" está justificado introducir un precepto como el de nuestro artículo 767, 2.º; ha de convenirse en que las disposiciones testamentarias con causa ilícita no son muy frecuentes, sobre todo si en este concepto hemos de incluir solamente aquellas en que dicha causa ilícita se encuentre expresada; y este reducido número de supuestos a los que deberá ser aplicado, si bien no es razón para resolver en uno u otro sentido ninguna cuestión jurídica, ha de jugar, en cambio, cuando se trata del principio del "favor testamentorum": y ello por la circunstancia de que la invocación del mismo no tiene otro alcance justificador que el mantener la eficacia de un determinado tipo de disposición testamentaria que, aun contrariando los principios generales que informan el ordenamiento (si no estaría de más el recurso a dicho principio), se da con bastante frecuencia y cuya nulidad implicaría, por ende, el tener que acudir con reiteración al expediente de aplicar una solución considerada anormal y menos deseable; pero ni este es el caso que se da en nuestro Derecho respecto a la sucesión intestada, ni el anular la disposición traería consecuencias perjudiciales para las demás que pueda haber en el testamento, una vez abandonado el principio "nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest" (art. 658, 3.º, del C. c.) y reconociéndose que la nulidad de alguna o algunas de sus disposiciones no afectarán a las demás del testamento, que permanecerán válidas y eficaces.

En este mismo sentido, mayor fuerza argumental tendría el invocar el principio de conservación, común a toda clase de negocios y expresado en el artículo 1.284, que opera también en el campo de los actos de última voluntad donde, como destaca Jordano (32), tiene una específica razón de ser (la imposibilidad de renovación del testamento, tras la muerte del testador), lo cual explica la particular amplitud de aplicación que dicho principio encuentra aquí, y de la que señala como uno de sus casos precisamente el del artículo 767, § 2.º. Ahora bien, aparte de que esto serviría para explicar pero no para fundamentar el contenido del precepto, y de que no se trata de un caso de incertidumbre sobre el sentido de la voluntad (arg. art. 1.284), sino de sancionar o no la ilicitud del móvil que la impulsa, cabría argumentar también que aun admitiendo con carácter general la conveniencia de aplicación a los testamentos del principio de conservación de los negocios jurídicos, dicho principio quedaría, si no pospuesto, al menos neutralizado en este caso concreto por el de la preferencia de la suce-

(32) *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pág. 68 y nota 47.

sión "ex lege" sobre la testamentaria, que normalmente rige en el Derecho actual, a diferencia de lo que ocurría en el romano.

6. Todo lo anterior quiere decir que el precepto comentado, aunque responde a una evidente finalidad de conservación de la "voluntas testamenti", carece en el momento actual de la necesaria justificación que legitime su pervivencia en nuestro Derecho positivo, al que ha llegado como solución en contraste con otras muchas en él adoptadas, y en base de un precedente de tan inestable valor que aun cuando fue copiado por nuestro legislador, no ha dejado huellas ni a través de él en otros ordenamientos (33).

Y si esto es así ¿hay realmente alguna otra razón que permita fundamentar para esta materia una solución distinta a la que el artículo 1.275 establece para los contratos? Para obtener una conclusión debemos prestar atención a cuál sea la verdadera cuestión planteada en el supuesto de hecho del artículo 767, § 2.º, viendo el alcance de sus distintos elementos y la adecuación de los mismos a la solución que por ello deba considerarse la más correcta.

Desde luego, ha de partirse de la base de que cuando el artículo 767 habla de "causa", se está refiriendo a los motivos (34) y concretamente al expresado en la disposición testamentaria que instituye heredero o nombra legatario.

Y esto ha de tenerse así con independencia de cual sea la posición que se adopte en la discutida cuestión de en qué consista la causa de las disposiciones testamentarias. Aunque son varias, las posiciones sobre el particular pueden agruparse en dos actitudes principales: el considerar que se encuentra en la misma atribución patrimonial a título gratuito a favor del instituido, o sea en el intento de realizar un acto de liberalidad a favor de una persona determinada, es decir, en ese espíritu de liberalidad de que hablaba la doctrina clásica francesa, o bien en estimar, como hiciera Barassi (35), que lo es el motivo determinante de la disposición, la consideración de la circunstancia exterior que ha movido al testador a disponer de aquella forma en aquél caso concreto. Pues bien, si se adopta esta última opinión, no hay duda que la referencia es a los motivos porque en todo caso este significado tiene la palabra causa; y si se comparte la primera posición, entonces o se considera que el simple hecho de hacer la disposición encierra ya la causa, y además de existente ha de tenerse por lícita, por lo que la referencia a la ilicitud ha de conectarse necesariamente con los motivos, o se habla, partiendo de esta base, de una causa ilícita, y entonces ello quiere decir que en tal supuesto el espíritu de liberalidad ha dejado el sitio a otra causa, cualquiera que sea la ilicitud que la

(33) Posiblemente también en los Códigos civiles de Campeche y la Baja California, que, al decir de BONEL (op. y loc. cit.), compartieron con el nuestro la copia del mejicano central.

(34) ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pág. 209; Díaz CRUZ, op. y loc. cit.

(35) *La successione testamentaria*, cit., págs. 221 y sigs.

compenetre y, por definición, al faltar la causa característica de estos negocios, ha dejado de haber disposición testamentaria eficaz; y como quiera que ésto no ocurre en la solución del Código, en que a aquélla se la tiene por no puesta, ha de concluirse que, en efecto, bajo la expresión "causa" contraria a Derecho, ha de entenderse "motivo" contrario a Derecho.

Todo esto pone de relieve que en relación a nuestro tema, tanto quiere decir "causa", como "motivo", como, en expresión de algunos (36), "motivo causalizado", que son los términos con los que se designan aquellas determinaciones que en cada caso concreto han impelido a la voluntad del testador a realizar la disposición testamentaria en el sentido en que lo ha hecho; resulta de interés recoger esta última idea del contenido específico de la disposición, pues en otro caso quedaría incompleto el concepto de motivo con el alcance que aquí tiene, en cuanto que ha de tenerse por motivo constante para todos los casos el regular la disposición de los bienes en contemplación de la muerte, sin que por ello diga nada respecto a los motivos que aquí nos interesan.

Un problema que puede plantearse, y en efecto ha sido objeto de atención por la doctrina (37), es el de si el concepto de motivo, con las consecuencias de que aquí nos ocupamos, ha de abarcar también a todas aquellas determinaciones de la voluntad que han entrado a formar parte del contenido del negocio al ser incorporados en condiciones, términos, cláusulas o pactos accesorios; desde nuestro punto de vista, y dado que en estos casos los motivos alcanzan una relevancia que les proporciona su integración en el negocio a través de la manifestación específica de la voluntad en la que se han incorporado, y de acuerdo con ella tendrán su tratamiento, debemos excluirlos de nuestra consideración; otro tanto debe decirse (38) de los vicios de la voluntad que puedan actuar sobre el sujeto como motivos impulsores, pero a los que el Derecho los ha tomado en cuenta en aquél concepto y los ha disciplinado con independencia, aunque teniéndola en cuenta, de su relevancia motivadora.

Normalmente, los motivos habían sido excluidos generalmente de la consideración y con el alcance que en esta materia se les da; y para comprender mejor su significado, no puede por menos de recordarse cómo y en qué términos han llegado a la consideración actual; sin duda ha sido obra, principalmente, de la doctrina y jurisprudencia francesas el que los motivos entendidos de la manera que se deja dicho, cobren una relevancia que les lleva a ser decisivos para la calificación y, por ello, la eficacia de los actos jurídicos a título gratuito, y muy especialmente de las disposiciones testamentarias: según ésto,

(36) ROCA SASTRE, en sus notas al Derecho de sucesiones de T. Kipp, en el *Tratado de Ennécerus*, vol. I del T. V, pág. 134.

(37) Cfr. DEJANA, *I motivi nel Diritto privato*, 1939, en especial pág. 32.

(38) Así, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. y notas de ALBALADEJO, Madrid, 1956, pág. 506; de acuerdo, también, el anotador, pág. 508.

para establecer la licitud o no de las mismas, lo que ha de tenerse en cuenta es el motivo que ha impulsado al que lo realiza, llegándose para ello a prescindir de la noción tradicional de causa, que en esta materia limitaba la apreciación de la voluntad al sólo hecho de haber dispuesto a título gratuito.

Se había iniciado la cuestión a propósito de lo que debía entenderse por causa final y causa impulsiva en los actos a título gratuito, y de la influencia que a una y otra había de reconocérsele para la efectividad del propio acto a la vista de los textos romanos.

Ya vimos antes cómo en el Derecho romano se había distinguido de una parte la intención de ejercer una liberalidad, del motivo que la determinaba, estableciendo que el error en éste, "falsa causa", no afectaba a la validez del acto; y ésta es la doctrina recogida en las Partidas: "falsa o mentirosa razón, diciendo el testador non le empesce nin se embarga por ella". Ahora bien, asimismo vemos que siendo esencial en la materia de testamentos la voluntad del testador, cabía una "exceptio doli" si se probaba ser el motivo determinante y que sin él no se habría hecho la disposición.

Esta concepción llevó a los comentaristas a estimar que era suficiente que el motivo fuera enunciado por el testador para que tuviera en sí valor de la causa final de la disposición ("quae exprimitur in prefatione que loci testator dixerat in prefatione institutionis") y que si resultaba falsa en la institución de heredero, la anulaba ("quod autem institutio heredis corrumpit si causa finalis que illa facta est falsa detegitur dubium non est"). La idea así expresada por Menochio (39), por ir más lejos que los textos romanos, aún reconocido que esta conclusión está en el buen camino, no se acepta y se busca otra a través de la distinción entre causa impulsiva y causa final, entendida como una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto, por tenerse que establecer según las circunstancias que concurren; se piensa que la voluntad del testador ha podido tomar una de estas tres actitudes: subordinar a la realización de la circunstancia de que se trate la eficacia de la disposición (condición); vincularla de tal manera a ésta que sin ella no existiría, pero en atención a que de no mediar el testador no la habría hecho, es decir, haciendo que constituya la razón de ser de la liberalidad, el porqué ha sido hecha (causa final); o bien limitarla a un agregado a la voluntad de disponer gratuitamente, explicativo de la misma, pero sin influencia directa expresada sobre su validez (causa impulsiva). Es de notar, por la aclaración que pueda aportar sobre el alcance de esto, que por faltar en ellas la causa final, se consideran nulas en esta época, además de las disposiciones hechas "ab irato", con injuria y por mero capricho, aquellas cuyo motivo es contrario a las buenas costumbres.

A esto hay que añadir también otro antecedente representado por

(39) En su tratado *De praesuntionibus*, Lib. IV precs. 24, n.º 4, según cita de los autores que estudian el aspecto histórico del tema.

la doctrina de los canonistas, cuya aportación a la teoría de la causa —es de recordar que Baldo la consideraba unas veces como el motivo determinante de la acción jurídica, otras como el fin y, sobre todo, como el fin moral de esta acción— que desarrollaron obedeciendo a una inspiración religiosa y práctica a la vez, hace que se cumpla definitivamente en Derecho un progreso del espíritu, de la moralidad y de la seguridad (40).

Es sobre estas bases que, tras la publicación del Código civil francés, y superada una primera fase en la que comentaristas tenían como inaplicables a esta materia los preceptos del mismo para las hipótesis de falsedad e ilicitud de la causa —por estimar que aquí ésta lo es la simple liberalidad, el “animus donandi” del que la realiza (41)—, para responder a exigencias de la vida práctica, por los tribunales y la doctrina se van elaborando soluciones que llegarán a ser generalmente admitidas: se piensa que al aplicarse a las donaciones, por ser contratos, la teoría de la causa como se concibe para éstos, también deberá hacerse con las disposiciones testamentarias, aunque rechazando como para aquéllas, y como única manera de que esto consiga un fin práctico, que la causa de ellas radique en el mero espíritu de liberalidad.

Se recurre entonces a destacar la influencia que en los actos a título gratuito tiene la causa impulsiva, entendiéndolo por ella el motivo que ha influido decisivamente en el ánimo del testador como causa determinante de la disposición, con lo que es posible llegar a la nulidad de estos actos por ser erróneo, ilegal o contrario a las buenas costumbres el motivo que las había inspirado (42).

7. Generalizada esta posición en la jurisprudencia francesa y compartida por la mayoría de su doctrina, se va extendiendo gradualmente alentada por los Códigos que han acogido el principio y la consecuencia de que la causa ilícita resultante en una disposición testamentaria hace nula a ésta: así, por ejemplo, el Código civil portugués (art. 1.746) (42 bis) el austriaco (arg. § 698 y 712), el alemán (§ 138), el suizo (art. 519), y más recientemente, y tras haber sido discutido a fondo por la doctrina, el italiano de 1942 (art. 626).

La regulación dada a la materia por estos cuerpos legislativos ha tenido que enfrentarse a cuestiones de interés, que vamos a ir examinando a fin de completar de la forma más adecuada y satisfactoria el examen del tema de la causa ilícita en las disposiciones testamentarias.

A) El primer punto es el de la manera en que ha de manifestarse el motivo ilícito para que sea tenido en cuenta por el Derecho a los

(40) CAPITANT, *De la causa...*, cit. pág. 140. Cfr. también sobre las consecuencias de esa posición canonista en relación a los motivos ilícitos, RIPERT, *La règle moral dans les obligations civiles*, 3.^a ed., París, 1935, pág. 73 y s.

(41) Así, AUBRY Y RAU, *Cours de Droit civil français*. T. IV (cito sobre la 5.^a ed., París, 1897), pág. 649.

(42) PLANIOL, op. cit., III, n.º 2.518, pág. 615.

(42 bis) Así también en el art. 2.186 del Código de 1966.

efectos de influir sobre la eficacia de la disposición, cuestión relacionada íntimamente con la de la prueba, fundamental en esta materia.

Con carácter general, en tema de interpretación testamentaria, caben dos posiciones fundamentales que se reparten el favor de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, que en épocas diversas prefiere una u otra: el de la prueba intrínseca, según la cual la intención verdadera del autor ha de averiguarse con base exclusivamente en los elementos que el propio testamento suministre, y el de la prueba extrínseca, en que para esa misma finalidad se permite el recurso a cualquier otro medio probatorio, es decir, la posibilidad de acudir a datos o circunstancias que no resulten del testamento mismo (43).

También en el punto que nos ocupa se han defendido y consagrado ambas posibilidades, que fueron objeto de consideración detenida con ocasión de prepararse el nuevo Código civil italiano; como requisito para la relevancia del motivo se propugnó la exigencia de que en lugar de "expreso" fuera "cierto", en consideración a la eventualidad de que aún no siendo expreso resultara de tal manera que no pudiera ser discutido, objetándose que si no se quería especificar que fuere expreso, era preciso admitir por lo menos que resultara del testamento, pues de otra manera se dejaría la puerta abierta a múltiples controversias; otros propusieron (44) la sustitución de aquel término expreso por "explícito", pensando evitar con ello equívocos, y otros, finalmente, por la expresión "cuando el motivo no sea dudoso", no obstante lo cual la Comisión parlamentaria prefirió dejar la palabra "expreso". En el texto definitivo del Código se consideró conveniente, a pesar de ello, eliminar el requisito de que el motivo fuera expreso y exigir únicamente que resultara del testamento, por estimar que de aquella otra forma se hacía excesivamente rigurosa la prueba; en cambio, de esta manera, exigiendo sólo que la existencia del motivo se desprenda del testamento a través de la interpretación de la voluntad del disponente, supone que no es indispensable una explícita enunciación del motivo.

Esta solución del Código italiano, en su artículo 626, es intermedia entre el criterio amplio adoptado con carácter casi general por los Códigos citados y por la jurisprudencia francesa (45), y el restrictivo de exigir que el motivo conste expresamente en el testamento.

En nuestro Código, con la solución adoptada de negar toda relevancia a la causa ilícita de la institución de heredero o nombramiento de legatario, parece que todo problema sobre la forma en que aqué-

(43) Cfr. OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, cit. pág. 411 y s. Más ampliamente, y con diferente criterio, JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., pág. 85 y sigs. Cfr. Comentarios de Díez-PICAZO a la S. de 11 de abril de 1958, que significó una vuelta al criterio de exclusión de los medios de prueba extrínsecos, en An. D. Civil. XII, 1959, págs. 694 y sigs.

(44) Esta es la exposición de GANGI, interesado directo por preocupación anterior y participe en los trabajos; cfr. *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, Milano, 1948, pág. 52.

(45) Cfr. RIPERT y BOULANGER en Planiol, cit. IV, n.º 2.065, pág. 660.

lla ha de constar resulta superfluo; y ello porque si considera que ningún efecto va a producir la expresión de motivo, la referencia expresa a éste, no hay duda de que con menos razón aún iba a tenerlo el que pudiera probarse que existe por medio de un proceso interpretativo más o menos conectado con el testamento.

Sin embargo, en la interpretación del precepto que propongo pueden suscitarse discrepancias como ocurre actualmente con “la expresión” de la causa o motivo erróneo del mismo artículo 767, respecto a la cual considera Albaladejo (46) que el legislador requiere que se pruebe “mediante el testamento cuál fue el motivo, es decir, que se exprese en el testamento la causa, lo cual supone que el legislador ha acogido sólo la prueba intrínseca”, mientras que en el sentir de Jordano (47) con ella se exige sólo que el motivo resulte del testamento, y “cuando no es declarado abiertamente, puede todavía ser inducido por vía interpretativa, recurriendo incluso a la prueba extrínseca, con tal que dicho motivo tenga alguna “expresión”, aún incompleta, en el mismo documento testamentario”. Por ello, resulta preferible también, desde el punto de vista de “lege ferenda”, una expresión como la del Código italiano de que el motivo resulte del testamento, lo que de una parte vincula al intérprete al contenido de la voluntad que se está tomando en consideración, que no podrá calificarse de testamentaria si no aparece en el testamento (limitándose con ello los casos de impugnaciones caprichosas y dando un mayor grado de certeza a las relaciones) y de otro permite la interpretación de esa voluntad, sin que sea precisa una expresión circunstanciada, difícil de encontrar en las disposiciones cuando el testador está consciente de la ilicitud del motivo que lo impulsa a realizarlas; y es que no puede olvidarse que lo que mueve al legislador a sancionar la disposición es la existencia indubitada, en el propio testamento, de un motivo ilícito, y no la expresión de que lo hay; prueba de ello es que si el ilícito se expresa sin haberlo o siendo otro el que realmente exista, al supuesto se aplicará la consecuencia prevista para el motivo erróneo o simulado.

Porque en efecto, el motivo ilícito, para que produzca los efectos que como a tal le reserva el ordenamiento jurídico, ha de ser verdadero; por ello, desde el primer momento, se puso de relieve lo desacertado del inciso en que el legislador, refiriéndose a la causa ilícita, que tiene por no puesta, dice “aunque sea verdadera” (48), en cuanto que de serlo errónea estaríamos también ante un supuesto de los regulados en el párrafo 1.º del mismo artículo 767, que se aplicaría además del 2.º (con arreglo al cual quedaría subsistente) y que determinaría su invalidación por error si resulta del testamento haber sido determinada por dicho error. Y si la causa o motivo ilícita es, además, simulada, resultando del testamento que fue determinante,

(46) *De nuevo sobre el error...*, cit. pág. 331.

(47) *Interpretación...*, cit. pág. 51.

(48) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pág. 502.

habrá quedado patente que realmente el testador no quiso la institución, porque la discrepancia entre la realidad y lo alegado hay que darla por conocida y pese a ello se hace la institución (49). En una legalidad que considere causa de nulidad de las disposiciones la ilicitud de su motivo determinante, reconociendo también la ineficacia por error en el mismo, la conveniencia del recurso a uno u otro dependerá del tipo de la ineficacia que respectivamente le afecte.

B) En cuanto a la ilicitud del motivo, no sólo resultará de ser contrario a Derecho, como expresa el § 2.º del artículo 767, sino que habrá de comprenderse en el mismo concepto el contrario a la moral, por aplicación del artículo 1.275; no puede restringirse el concepto que, a través de estas dos nociones, se integra con los distintos elementos que pueden caracterizarlo: así decía Dalmases que para la definición de lo ilícito se “precisa fijar el concepto de preceptos imperativos o de derecho necesario, caracterizar la moral, ya referida a un concepto absoluto e invariable, ya al subjetivismo del juzgador, ya a las buenas costumbres y con relación a éstas establecer quiénes son los sujetos de esta fuente ético-consuetudinaria” (50).

No es preciso entrar en muchas consideraciones sobre especificación de supuestos de ilicitud de los que se encuentran abundantes, y justificados en cada caso, en las decisiones de los Tribunales; y es que en la materia una cosa es importante: que sobre unas imprescindibles bases de objetividad para la determinación de la ilicitud en la dirección que acabamos de exponer, no puede olvidarse que con ellas se van a conjugar intenciones —se trata de “motivos ilícitos”—, y esto hará que en cada caso se deban apreciar conjuntamente, con lo que el juzgador deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso concreto; a esto se refiere, por ejemplo, la defendida necesidad de atribuir diferente alcance a un mismo hecho (disposición en favor de la concubina) en atención al motivo que lo guíe (ánimo de reparación) (51), lo que deja el camino abierto al cumplimiento, por tal procedimiento, de una serie de obligaciones morales, que con un criterio rígido, exclusivamente objetivista, no encontrarían aquí el cauce adecuado.

Esto no quiere decir, por otra parte, que se considere ilícito el motivo sólo si el testador es movido por el mismo conociendo que es contrario a las leyes o a la moral; tanto si sabía que el motivo

(49) ALBALADEJO, *De nuevo sobre el error*, pág. 330.

(50) *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, Barcelona, 1949, pág. 183. Sobre el concepto de “contrario a la ley, buenas costumbres y orden público, en relación con la intención del sujeto. Cfr. ROCAMORA, *Libertad y voluntad en el Derecho*, Madrid, 1947, págs. 118 y sigs.

(51) Para la Jurisprudencia francesa, cfr. RIPERT, *La règle morale*, cit. página 44 y sigs. Vid. también BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción esp. y notas de MARTÍN PÉREZ, Madrid, s. f., págs. 281 y sigs., y nota 8. Cfr. nuestro T. S. S. 17 oct. 1932, en relación con las de 8 marzo. 1918 y 16 oct. 1959.

era ilícito, como si lo ignoraba, éste acarreará las consecuencias de su ilicitud (52), y ello porque si bien la ilicitud no es la generadora de la motivación, y en ningún caso tiene que serlo, ni es normal que lo sea, sin embargo se incorpora a la misma y la hace ilícita si objetivamente encierra algo contrario a la ley o a la moral.

C) Cuestión importante también es la de establecer si cualquier motivo que, siendo ilícito, impulse a efectuar una disposición testamentaria es bastante para comunicarle su ilicitud y atraerle las consecuencias que de ello se derivan o, por el contrario, sólo ocurrirá esto en determinados supuestos de especial relevancia de aquél; es la cuestión del motivo determinante que se plantea por la posibilidad, que es de hecho la más frecuente, de que sean varios los motivos que concurran a movilizar la voluntad en cada caso concreto.

Pues bien, partiendo de esta base de la pluralidad de motivos que suelen intervenir como impulsores de la voluntad testamentaria, y haciendo abstracción de la idea común a todos los casos de realizar una atribución patrimonial gratuita para después de la muerte, es lo cierto que no todos los que concurren tienen la misma eficacia en cuanto a decidir al testador en los términos en que lo ha hecho.

La base para la identificación de la causa o motivo determinante viene dada por la contemplación de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto, y se obtiene con un criterio que parte de la consideración de si los motivos de que se trate han jugado simplemente un papel secundario y accesorio, como lo prueba el que pueda hacerse, abstracción de ellos sin desnaturalizar la voluntad del testador, o si, por el contrario, han intervenido en el proceso como propulsores decisivos de dicha voluntad de tal modo que prescindiendo de ellos no encuentra justificación del verdadero por qué de la misma: son los móviles individuales que han animado decisivamente al disponente y han sido en él propulsores y decisores de la intención liberal, de tal modo que sin su concurrencia no se habría producido.

Partiendo de que el motivo, sea cual fuere, influirá en la voluntad con independencia de que se haga constar o no, y aparte del valor que este hecho tiene frente a la posible eficacia de la disposición, no hay duda de que aún siendo varios los que puedan haber concurrido en un caso concreto, la expresión de uno sólo de ellos en aquella establecerá entre los mismos una jerarquía que aparte de especificarlo como único a tener en cuenta para calificarla (el Código habla, en el art. 767, de "la expresión de una causa..."), lo convierte en determinante de la misma, de acuerdo con el criterio establecido en el inciso final del primer párrafo de este artículo.

En este mismo orden de la existencia de varios motivos, sostiene atinadamente Albaladejo (53), aunque refiriéndose al párrafo 1.º, con argumento aplicable también al 2.º, que no es preciso para aplicar este

(52) Cfr. BETTI, op. cit., pág. 286, y GANGI, *Sucesione...*, pág. 61.

(53) - *De nuevo sobre el error*, cit. pág. 329.

artículo que haya un solo motivo (una sola causa) de la institución, pues basta que el motivo ilícito, aun concurriendo con otros más o menos relevantes (ilícitos o no, a su vez), sea el determinante exclusivo. Y teniendo en cuenta la íntima conexión del párrafo 1.º (que él comenta) con el 2.º (objeto de estudio aquí), base de la interpretación que propugno, son aplicables también las consideraciones según las cuales si los motivos, varios, que impulsaron al testador fueron todos igualmente determinantes, de forma que cada uno fuera bastante a provocar la disposición, el hecho de ser ilícito uno de ellos no permite invalidar la disposición por no ser determinante exclusivo. Y si fueron varios, pero ninguno por sí sólo con eficacia determinante, aunque uno sea ilícito no invalida, requiriendo que lo sea el conjunto, si el conjunto fue el determinante.

Se ha puesto también de relieve (54) que la calificación como determinante no dependerá de lo que sobre el particular quiera manifestar el testador, tanto para evitar como para imponer las consecuencias que de ello puedan deducirse, sino de la apreciación que sobre ello, atendidas las circunstancias (y entre ellas también las declaraciones del testador), pueda hacer el Tribunal, pues en este como en otros ámbitos del Derecho, lo que cuentan no son las palabras, sino las realidades, siempre, claro es, que sea posible ponerlas de manifiesto.

Y es que en este punto no puede olvidarse que, como se decía en la relación ministerial que acompañó al texto del Código unificado, que fue el italiano de 1942, si bien la existencia del motivo debe deducirse de la declaración testamentaria, no obstante "la demostración de la eficiencia causal del motivo y de su eficacia determinante de la voluntad no tiene necesariamente que resultar del testamento, sino que se puede obtener "aliunde".

También, ya aludíamos a esto con anterioridad, el motivo ilícito puede causar la disposición en una doble consideración: como hecho ya acaecido, cuya contemplación estimula al testador, o como hecho o circunstancia futura cuya realización en un momento posterior motiva la disposición, a la que puede servir de estímulo. Sin duda, el caso frecuente será el primero, y en él habitualmente se para la atención cuando se trata de disposiciones causales; pero también puede darse el otro supuesto, aunque en tal caso ha de tenerse en cuenta que aunque responda esta distinción a la que en un determinado momento se hizo entre causa impulsiva incorporadora de la idea de motivo y causa final, correspondiente a la de fin, haciendo relación la primera por lo general al pasado o al presente, y ésta al futuro, no puede identificarse con ello; y esto por una cuestión de eficacia de la disposición de que se trate, pues mientras la primera no le afectaba, la segunda sí, porque se exige además, y con esto se aproxima al tratamiento del modo, que no tenga por solo y único objeto el interés del legatario; y a pesar de que Mennochio propuso la distinción entre una y otra en base a con-

(54) JOSSEKAND, *Derecho civil*, III-3.º, trad. esp., Buenos Aires, 1951, pág. 194.

siderar siempre como final la que se enunciara en el testamento, tal opinión, como ya dije, fue abandonada, siguiéndose con el criterio de tener por final aquella en contemplación de la cual hubiese dispuesto el testador. Esta terminología no coincide con la actual, en cuanto que la Jurisprudencia que se enfrentó con el problema que estudiamos, atribuyó desde el principio a la expresión causa impulsiva y determinante un sentido completamente nuevo del referido, porque con ella designa la causa final, el fin perseguido, el motivo decisivo, determinante (55).

Aun entendido de esta manera, el motivo determinante que mira hacia el futuro puede ser diferenciado perfectamente de la condición, del modo y de la simple recomendación; y ello se consigue teniendo presente que el motivo que impulsa en contemplación de una circunstancia futura, despliega su eficacia compenetrando la disposición, por él exclusivamente causada, del error o la ilicitud que pueda haber en su base, en tanto que la condición subordina su eficacia a la realización del hecho futuro e incierto en que consista, el modo hace surgir para el que acepta la disposición la obligación jurídica de cumplirlo, y la simple recomendación no tiene en Derecho eficacia alguna.

Por lo que respecta al tipo de ineficacia que a la disposición acarrea el motivo ilícito que la determina, debe considerarse preferible, tanto desde un punto de vista técnico como en atención a razones prácticas (56), la solución que establece la nulidad, a la que determina simplemente la anulabilidad.

8. Ante todas estas cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias con causa ilícita, ¿qué ha dicho nuestra doctrina y jurisprudencia de la solución que da el § 2.º del artículo 767?

A) Ya hemos tenido ocasión de ir viendo como algunos autores han tratado de encontrar y exponer las razones que les han parecido justificadoras del precepto, y lo que sobre las mismas hemos tenido ocasión de argumentar.

Además de estas que tratan de justificar el principio adoptado, otros se limitan a transcribirlo sin opinar sobre él (57), o bien exponiendo la razón que les parece llevó al legislador a sostenerla, aunque no manifiesten compartirla; así Castán, que piensa que lo hizo "llevado del deseo de mantener todo lo posible la validez de los testamen-

(55) CAPITANT, *De la causa...*, cit.

(56) VIÑAS, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, cit. pág. 468. En el mismo sentido, S. T. S. 20 oct. 1961.

(57) DE BUEN, en las notas del Tratado de Colin, y CAPITANT, cit. pág. 305. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, Valladolid, 1932, pág. 178. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, pág. 278. ROCA SASTRE, en las citadas notas de Kipp, pág. 134. No se refiere a la causa ilícita LÓPEZ DE HARO, *Legados demostrativo y causal*, R. G. L. Jur. 1928, págs. 502 y sigs.

tos" (58), idea que exponen también Viñas (59), Bonet (60) y Jordano (61).

No faltan tratadistas a los que sin embargo no convence la solución adoptada por considerarla "discutible", como Sánchez Román (62), o estimar que no responde "al saludable criterio" de otras legislaciones que toman en cuenta la ilicitud de los motivos para invalidar el negocio a que impulsaron, que dice Albaladejo (63); e incluso quien, como el comentarista del Código Bonet, se opone resueltamente por considerar que contiene "un verdadero absurdo jurídico", argumentando con una serie de razones que más atrás quedan recogidas.

Con el buen tino y atención a la Jurisprudencia que lo caracterizó, el Profesor Royo (64) pone de manifiesto con referencia a la disposición testamentaria "sub causa" que "en cuanto a la causa expresada y verdadera que sea contraria a Derecho, no obstante lo dispuesto en el § 2.º del artículo 767, es lo cierto que la Sentencia de 15 de febrero de 1928 alude a la posibilidad de causas contrarias a Derecho que vician la institución de heredero" (64 bis).

Porque, en efecto, tiene una gran transcendencia en el tema y no deja de ser sintomática sobre la falta de fundamentación intrínseca que he venido alegando padece la solución adoptada por el § 2.º del artículo 767, la actitud que ante él toma el Tribunal Supremo en la única decisión que se ocupa directamente de la eficacia que puedan tener las disposiciones testamentarias con causa ilícita. Y resulta así porque la sentencia, que es de 15 de febrero de 1928, trata de la alegada infracción del precepto haciendo esta consideración: que "las causas contrarias a Derecho que vician la institución de heredero, son aquellas...", y enumera algunas de las que considera con esta índole, añadiendo a modo de justificación: "pues esos hechos, aún siendo ciertos, excluyen o vician la institución de heredero, porque de lo contrario aparecerían..."; lo claro de las expresiones y el haber incluido la referencia al característico inciso del mencionado párrafo, son prueba de que no hay error y que efectivamente está tratándose del precepto objeto de nuestro estudio.

Pero con el fin de establecer mejor su alcance, veamos el supuesto que se discutió en aquél caso y la forma en que se resolvió: se trataba de dos viudos que celebraron matrimonio canónico con dispensa de amonestaciones y en lugar distinto de su domicilio, previo el oportuno

(58) Op. y loc. cit.

(59) En la Conferencia citada y loc. cit.

(60) Op. y loc. cit.

(61) *Interpretación...*, cit. pág. 68 y nota 47.

(62) Op. y loc. cit.

(63) *El negocio jurídico*, cit. pág. 209.

(64) *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, pág. 149.

(64 bis) Muy recientemente DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 197 y s., aún advirtiendo que el referido fallo tiene otro fundamento, alude a lo inadecuado de la solución del art. 767, 2.º respecto a la totalidad del sistema jurídico español.

expediente, pero sin haber dado el aviso preceptivo al Juez municipal; fallecido el marido, tras veintisiete años de matrimonio y bajo testamento en el que, aludiendo a este hecho, reconocía a su esposa en la sucesión los derechos que como a tal le correspondían, instituyendo a sus nietos únicos descendiente en línea directa como sus herederos; intentado por la viuda conseguir una certificación de la partida de casamiento, resulta que no aparecía inscrito ni en la Parroquia ni en el Registro civil correspondiente, por lo que, con base en el expediente incoado cuando la celebración en el Provisorato del Arzobispado, solicita y logra, tras la correspondiente tramitación, la inscripción del matrimonio primero en la Parroquia y después en el Registro civil. Mientras tanto, la madre de los nietos, menores, había promovido juicio voluntario de testamentaria y después demanda a la viuda con la súplica de que se dictara sentencia declarando que se tuvieran por no puestas en el testamento las cláusulas referentes a la institución de la esposa por no concurrir en ella esta cualidad, invocando el artículo 767, párrafo 2.º del Código civil. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, que fue revocada por la Audiencia Territorial declarando que, como contrarias a Derecho, a los efectos civiles se tuvieran por no escritas en las cláusulas de referencia las expresiones por las que se asignó la condición de esposa a la demandada. Interpuesto recurso de casación se da como infringido el artículo 767, 2.º, además del 77 en relación con los 56 y 66 sobre los efectos civiles del matrimonio canónico.

Se resolvió el recurso, casando la sentencia, en el sentido que se desprende del considerando que transcribo íntegramente a continuación: "Considerando que alegado también en el primer motivo del mismo, la infracción del párrafo 2.º del artículo 76 del Código civil, fundamento principal, y causa de pedir de la demanda origen de este juicio, después de resueltos los motivos de infracción del artículo 77 de dicho Cuerpo legal, es indudable que su procedencia hay que reconocerla, porque, estimado que el matrimonio del difunto D. Francisco Trashorras Díez con la hoy recurrente, doña María Pineda Núñez, es válido y eficaz, por haberse pedido la subsanación del requisito de su inscripción en el Registro civil antes de que se dedujera en 30 de mayo de 1923, la demanda formulada por doña Esmeralda Herrera como madre de sus menores hijos habidos en su matrimonio con D. José Trashorras, no puede estimarse, en buenos términos de derecho, que la indicación de este matrimonio, en algunas de las cláusulas del testamento, bajo el cual falleció, sea contraria a derecho, porque, en modo alguno puede ser opuesto al mismo la expresión de haber celebrado un acto tan trascendental, elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento, según se consigna en el Canon 1.012 del "Codex juris canonici", y, porque, el otorgarle la cuota viudal y reconocerle el derecho de gananciales, no son, en síntesis, otra cosa que la aplicación de lo que dispone el Código civil, los cuáles siempre podría reclamar la viuda, por su posesión de estado, aunque el cónyuge causante

no se lo reconociera en su testamento, toda vez que, indudablemente, las causas, contrarias a derecho, que vician la institución de herederos, son aquellas otras que pueden hacer relación a que se funde la institución de heredero en consideración a haber cometido un hecho punible determinado o haber realizado una acción inmoral, o, en fin, haber llevado a cabo cualquier clase de indignidad, pues esos hechos, aun siendo ciertos, excluyen o vician la institución de heredero, porque, de lo contrario, aparecerían como la recompensa de actos ilícitos o inmorales, y, por tanto, contrarios a derecho por todo lo cual es visto que procede casar la sentencia recurrida.”

Ya antes llamaba la atención sobre el significado de esta doctrina jurisprudencial que parte de la base expresamente enunciada de estimar, de acuerdo con los dictados de la lógica jurídica y también con la casi totalidad de la doctrina, jurisprudencia y legislación de otros países, pero en contradicción total con nuestro artículo 767, § 2.º, de que hay unas causas, contrarias a Derecho, que vician la institución de heredero. No se ha recurrido a establecer interpretaciones más o menos forzadas que desvirtúen el claro contenido del precepto, sino que directamente se ha considerado la existencia indudable de un principio de signo contrario al mismo (64 ter). Todo ello, decía, es altamente significativo a los efectos de considerar el precepto indicado desde el punto de vista de falto de justificación, con que trato de presentarlo.

Es de lamentar, por otra parte, que el Tribunal Supremo no aprovechara otra ocasión que tuvo de pronunciarse en este extremo, en Sentencia de 30 de mayo de 1951: se trataba de la pretendida ineficacia de una adopción y de la institución de heredero consecuencia de la misma, en atención a haberse realizado por causa ilícita, con miras a defraudación fiscal. Pero resolviéndose, en contra de lo solicitado, sobre la petición de ineficacia de la adopción, el Tribunal no entró a considerar la alegada infracción del artículo 767, § 2.º (65). Fue una oportunidad de que nos hubiera resuelto la duda acerca de si la posición expresada en 1928, que mereció el consenso de algún autor sin levantar oposición ninguna, había sido una actitud esporádica, sin más repercusiones que la de llamar la atención sobre el extraño principio contenido en el párrafo referido, o la primera de unas decisiones dadas con el propósito, más práctico, de limitar la aplicación del mismo a lo estrictamente indispensable para no faltar a la letra del precepto.

Porque, en efecto, partiendo de la convicción de que tal como está concebido, el artículo 767 en su párrafo 2.º carece de justificación intrínseca y de antecedentes que lo fundamenten, no responde a los principios informadores de nuestro ordenamiento vigente y es consa-

(64 ter) El Prof. DE CASTRO, *op. y loc. cit.*, alude en el supuesto a los principios generales del Derecho.

(65) Se contienen en ella, de todas formas, interesantes apreciaciones en relación con el tema de la motivación de los actos jurídicos.

grador de la legalidad de actitudes declaradamente ilícitas, constituyendo un posible estímulo para la violación del Derecho y la moral, puede considerársele, en suma, un paso atrás en la evolución de un sistema en que, como pusiera de relieve G. Ripert (66), tras centenares de años una regla moral precisa ha creado la civilización occidental, civilización que se expresa en su Derecho, por lo que defendiendo las reglas fundamentales de éste colaboramos a impedir que perezca esta concepción moral del mundo; por ello, bien estará justificado encontrar un procedimiento que permita restringir en lo posible la aplicación del precepto, mientras que llega la ocasión de hacerlo desaparecer de nuestro Derecho positivo, dando acogida en el mismo al principio de que la ilicitud de su motivo determinante vicia las disposiciones testamentarias.

Y en este sentido, consciente de que con ello si no se va contra el artículo 743 (67) se fuerza quizá excesivamente el sentido del artículo, pero no tanto que deje de autorizarlo la finalidad que se persigue y las razones que la apoyan (68), pienso que podría limitarse el alcance del precepto, entendiendo que la referencia a la causa contraria a Derecho que se encuentra en el mismo, lo es a la llamada causa impulsiva, motivo que colabora a la formación de la voluntad, pero que no es decisiva para ella y, en cambio, no hay que considerar incluida la causa, o motivo determinante, en los términos que dejamos establecidos más atrás. De esta manera habríamos conseguido un resultado análogo al que justifican los principios y consagran otras legislaciones.

Bases para esta interpretación podrían dárnoslas las siguientes consideraciones:

1.^a Que ha de excluirse de todo punto, como se demostró más atrás, que la referencia que a la causa se hace en este artículo lo sea a ésta entendida en sentido propio, aun en el característico de los actos de liberalidad, sino que es a los motivos, a la llamada causa impulsiva, que puede ser múltiple, y que sólo en circunstancias precisas, muy concretas, que por ello no pueden presumirse, se transforman y hacen la función de determinantes de la voluntad, son la causa de que se manifieste en este sentido. De esto se deduce que sólo se apreciará la causa-motivo como determinante cuando el legislador prevea este papel y al mismo le atribuya unas ciertas consecuencias; en otro caso será simplemente impulsiva.

Prueba de este aserto es el contenido del párrafo 1.^o del propio artículo 767: en el mismo hay una referencia a la causa-motivo, y

(66) En el Prefacio a la 2.^a ed. de su obra citada.

(67) Sobre su sentido, cfr. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1957, pág. 255.

(68) No menos en este campo han hecho los Tribunales franceses a partir de 1863 al restringir la aplicación del art. 900 C. c. (nuestro 792) a los casos en que quede patente que la condición no ha sido la causa impulsiva y determinante de la disposición.

una presunción de que es sólo impulsiva, ya que para tenerla como determinante, y atribuirle los efectos que de ello se derivan, ha de probarse que del testamento resulta que esta eficacia tuvo en la voluntad del testador.

2.^a Que en el párrafo 2.º, si bien no se alude directamente a la causa-motivo determinante y al diferente efecto que su ilicitud pueda producir en contraste con la simplemente impulsiva, tampoco está excluido en el mismo la posibilidad de su aplicación.

Y aunque no se admita expresamente, puede pensarse que de una forma indirecta se acoge esa posibilidad: y ello es teniendo en cuenta, de una parte, los términos en que está redactado el artículo, y de otra, la manera en que éste se ha formado tal como hoy figura en nuestro Código civil.

a) No puede dejar de tenerse en cuenta que en el párrafo 1.º de este artículo 767 se admite la función determinante que haya podido tener la causa, errónea en este caso, respecto a la disposición que motiva, circunstancia que sirve para derogar el principio de la irrelevancia de la causa así expresada; y que el párrafo 2.º está redactado apoyándose en el contenido del 1.º, como lo prueba la palabra “también” que en el mismo se contiene, y la omisión de que la causa lo es “de la institución de heredero o nombramiento de legatario” porque ya se contiene en el primero. No es descabellado pensar, por ello, que tampoco se haga referencia a la salvedad de la causa determinante, en atención a que ya se ha expuesto en el párrafo anterior y que el “también”, que expresamente alude a la inoperancia de la causa meramente impulsiva, contenga asimismo la referencia a la excepción que a ello representa el supuesto de que la causa sea determinante de la disposición.

b) Que la manera en que se ha formado el artículo 767, con un primer párrafo objeto principal del mismo, como lo prueba ser el supuesto anteriormente regulado en nuestro Derecho y que es el que cuenta con una extensa serie de antecedentes y, en cambio, siendo el segundo injertado en él a la vista de un precedente extraño, y agregado con posterioridad, hacen factible que la redacción del mismo se realizara en las circunstancias presumidas; puede aducirse también en tal sentido que ese incongruente inciso “aunque sea verdadera” no tiene más explicación que el hecho de que se redacta este párrafo bajo la influencia directa del contenido del anterior.

Creo que todo lo expuesto da una base para defender en nuestro Derecho una interpretación del artículo 767, 2.º, según la cual la expresión de un motivo ilícito en la institución de heredero o nombramiento de legatario los dejará sin efecto si del testamento resulta haber sido el solo determinante de la disposición, y que únicamente se tendrá por no puesta cuando pueda demostrarse que no fue ese su valor y que existe otro motivo, lícito, que determinó la voluntad del testador a actuar de la forma en que lo hizo.