

LA INCAPACIDAD SUCESORIA DEL CONFESOR: ¿UN SUPUESTO DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA?

Miguel Ángel ASENSIO SÁNCHEZ

Profesor Titular de Universidad de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

1. PLANTEAMIENTO

La Constitución de 1978 al proclamar el principio de laicidad y de libertad de conciencia en el artículo 16 CE, ha operado un cambio sustancial no sólo en la protección de la libertad de conciencia y, consecuentemente, en las relaciones Iglesia-Estado sino, también, en la progresiva secularización de nuestro ordenamiento jurídico.

El tradicional confesionalismo, unas veces sociológico otras doctrinal excluyente, inherente a nuestro constitucionalismo, con excepción de las constituciones de 1869 y de 1931, ha impregnado el ordenamiento jurídico español.

Tras la Constitución del 78 se presenta como necesaria una labor doctrinal de depuración de nuestro ordenamiento jurídico español para determinar si algunas disposiciones referidas a la Iglesia Católica son congruentes con nuestro modelo de Estado o son reminiscencia de la antigua confesionalidad. Se trataría, dependiendo del caso, de verificar si la normativa referida a la Iglesia Católica constituye una violación del principio de laicidad, de un lado, o bien, una discriminación, positiva o negativa y, por tanto, una ruptura del principio de igualdad entre las confesiones, o bien, aparece justificada en orden a criterios de practicidad¹. En último término, se trata de desterrar los últimos vestigios

¹ En buena lógica es en la legislación preconstitucional donde se produce esta situación, fundamentalmente en el Código civil(arts.35, 38, 59, 60, 63, 80, 515, 746, 747 y 752) y en la legislación hipotecaria(art.206 LH).

de la antigua confesionalidad estatal por ser contrarios al principio de laicidad.

Es en este ámbito en el que hay que insertar la denominada incapacidad sucesoria del confesor que contempla el art.752 del Código Civil:

“No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiere confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.

Como veremos se trata, más que de una incapacidad para suceder, de una auténtica prohibición cuyo fundamento es evitar captaciones de la voluntad del testador en un momento como el de su última enfermedad en que se le supone una posición especialmente débil frente al sacerdote, en un acto tan íntimo y trascendente para el católico como es la confesión, especialmente, en el momento de su muerte.

Ahora bien, esta prohibición legal que, desde el punto de vista jurídico-dogmático, aparece justificada en la protección de la libertad de testar de un moribundo, plantea diversos problemas, tanto desde el punto de vista del Derecho civil como, lo que es más importante, desde el punto de vista constitucional. Problemas, todos ellos, que exigen una solución sistemática.

Desde el punto de vista del Derecho civil son diversas las cuestiones a resolver: la naturaleza jurídica de la disposición, es decir, si se trata de una incapacidad relativa o bien de una prohibición; si cabe la extensión analógica del precepto a los ministros de culto de otras confesiones. Otro problema que se revela como fundamental en nuestro estudio es el si no estamos ante un precepto superfluo por ser suficientes las normas generales sobre vicios de la voluntad en el testamento o, simplemente, es necesaria una nueva redacción del mismo para su adaptación a la realidad socio-constitucional.

Desde el punto de vista constitucional, el art.752 CC plantea graves problemas de congruencia con el resto del sistema que nos puede hacer pensar que adolece de inconstitucionalidad sobrevinida. La cuestión que, entendemos, hay que dilucidar es la de si estamos ante una discriminación fundada en la realización de actividades religiosas porque,

por ejemplo, la prohibición no se extiende a otros profesionales como los médicos que atienden al moribundo y que, también, se encuentran en una situación prevalente para captar su voluntad. Otra cuestión a dilucidar es si esta prohibición puede extenderse a los ministros de culto de otras confesiones dado que si no fuera posible asistiríamos a una ruptura del principio constitucional de igualdad entre las diversas confesiones religiosas. Otro problema es el de si el art.752 no implicaría una violación del derecho a la libertad religiosa, tanto del testador como del sacerdote, de realizar actos culturales que, conforme al art.2.2 de la LOLR, es uno de los contenidos del derecho a la libertad religiosa.

A todas estas preguntas vamos a intentar dar cumplida respuesta, teniendo en cuenta que son cuestiones íntimamente coherentes las unas con las otras y que requieren, por tanto, una solución conjunta.

2. RATIO LEGIS E ITER HISTÓRICO DEL PRECEPTO

La ratio legis del precepto es evitar captaciones de la voluntad por parte del sacerdote que confiesa al testador durante su última voluntad y, consecuentemente, reforzar la libertad de testar². Se trataría de evitar que el sacerdote aproveche la vulnerable situación, moral y física, en la que se encuentra el testador para captar su voluntad obteniendo una disposición testamentaria de carácter patrimonial a su favor, o al de sus parientes dentro de cuarto grado, o a favor de su Iglesia, cabildo, comunidad o instituto.

Ahora bien, ¿qué ha motivado que el codificador estableciera esta prohibición para el confesor y no para el médico que se encuentra

² Como señala VALVERDE, C., "Por lo que se refiere a la incapacidad del confesor de la última enfermedad, se funda en el recelo o sospecha que inspira el que ordene sus disposiciones a favor de aquel que, por razón de su ministerio, puede ejercer influjo en la voluntad del enfermo, y para garantizar la absoluta libertad de disposición y librar a la voluntad de toda sugestión", Tratado de derecho Civil, t.V,4ª ed., (Valladolid 1939); SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de derecho Civil, t. VI, vol.1º, 2ª ed., (Madrid 1910), pp.262-263. Este es el sentido que le da la unanimidad de la doctrina, cfr.MUCIUS SCAEVOLAS, Código Civil comentado y concordado, T.XIII,5ª ed.,(Madrid 1944), p. DÍAZ ALABART S., Comentarios al Código Civil t.I, Ministerio de Justicia, (Madrid 1989), p.1865.

también en posición prevalente sobre el moribundo?. Se rebela como especialmente clarificadora la interpretación histórica del precepto.

El origen del precepto está, según SÁNCHEZ ROMÁN, en actos de captación de la voluntad de los testadores realizados por los llamados heredipetas de la Edad Media y, en actos posteriores a favor de determinados institutos religiosos³.

Los precedentes próximos de la prohibición se encuentran en el Auto Acordado 3.º, título 10, libro 5.º de la Novísima Recopilación de 12 de diciembre de 1713, donde ya se estableció que no podía dejarse como legatario al confesor que lo hubiere sido del testador en su última enfermedad, así como tampoco a sus parientes, su Iglesia y Religión⁴.

³ Cfr. *Estudios de Derecho civil...* op.cit., p.262.

⁴ “La ambición humana ha llegado a corromper aun lo más sagrado, pues muchos confesores, olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen a los Penitentes, i, lo que es mas, a los que están en artículo muerte a los que deseen sus herencias con título de fideicomisos, o con el de distribuirlas en obras pías, o aplicarlas a las Iglesias, i conventos de su Instituto, fundar Capellanías, i otras disposiciones pías; de donde proviene que los legitimos herederos, la Jurisdicción Real, i derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que estos aconsejan, i executan, bastante enredadas; i, sobre todo, el daño es gravísimo, i mucho mayor el escándalo; i aunque para ocurrir a todo esto convendría prohibir absolutamente a los Escribanos hacer escrituras, en que directa, e indirectamente resulten interesados los Confesores, o les quede arbitrio para disponer de tales bienes en su favor, o al de sus Comunidades, o parientes, castigando con la pena de falsarios a los tales Escribanos, dando por nulos los instrumentos, i que di hecho si contravinieren, queden aplicados los bienes a Hospitales, i Colegios de huérfanos; por ahora, teniendo presente averse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año 1622, i averse estimado la materia por de algunas dificultades atendida la inmunidad i libertad Eclesiástica, para poner la mano regia en lo Universal de tan graves daños, sin el asenso, o concordato pontificio; no obstante, contrayendo la duda a lo particular de algún género de mandas, comprende el Consejo que las que hacen los Fieles a sus Confesores, parientes, Religiones, i Conventos en la enfermedad, de que mueren, por la mayor parte no son libres, ni con las cualidades necesarias, antes bien mui violentas, i dispuestas con persuasiones, i engaños, sin algún consuelo del enfermo, que las dexa en perjuicio de otros parientes suyos, i obras mas pías: i así acordó que no valgan las mandas, que fueren hechas en la enfermedad, de que uno muere, a su Confesor, sea Clérigo o Religioso, ni a deudos de ellos, ni a su Iglesia, o Religión, para escusar los fraudes referidos, pues con esta moderada providencia no se restringe, ni limita la piedad, porque al que naciere de ella, i de devoción, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, o si mejorare de la

El Auto es ejemplo nítido de regalismo⁵ que se inscribe dentro de la política regalista de los Borbones. El regalismo borbónico, a diferencia del de los Austrias, se caracterizaba:

1º No era resultado de privilegios pontificios, sino que se entendía como un derecho de la Corona⁶.

2º Es un movimiento que aglutina a los intelectuales más destacados de la época⁷ y que discurre por cauces “intencionadamente laicos”⁸.

Es, precisamente, el autor del Auto, Macanaz un jurista laico y uno de los teóricos del regalismo borbónico, tal y como se observa en su famoso Memorial o Pedimento Fiscal de los 55 artículos⁹ elaborado entre

enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, i se evitarán las persuasiones, sugeriones, i fraudes, con que le turban, i truecan la libertad contra la afección, dictada por la naturaleza a favor de la propia familia: i para conseguir este bien es universal beneficio de los vasallos con seguridad en los medios de verle establecido, i permanente, ya sea por el concordato o assenso pontificio, o estatuyendo lei, se reservará su solicitud al tiempo en que su Majestad mirare más bien dispuestas las cosas: i entre tanto el Consejo pondrá toda su aplicación al remedio en los casos particulares, de que tenga noticia, castigando a los Escrivanos, que contravinieren a lo que en este Auto se les manda, i zelando siempre sobre las Justicias, para que lo hagan guardar por los medios que estan prevenidos en las Leyes de Estos Reinos”.

⁵ TIRAPU Y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA consideran que estamos ante un ejemplo de regalismo depurado, no sólo por su estilo y contenido sino por ser su autor MACANAZ, cfr. TIRAPU MARTÍNEZ D. y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA JM., *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, (Granada 19969), p.7.

⁶ Cfr. EGIDO T., El regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII, en R. GARCÍA VILLOSLADA (ed.), *Historia de la Iglesia en España*, t.IV, (Madrid 1979), pp.125-255.

⁷ Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ D., *Derecho de la libertad de conciencia, t.I. Libertad de conciencia y laicidad*, (Madrid 1979), pp.168-169.

⁸ Cfr. VERGARA T., La actitud de la jerarquía eclesiástica ante el fenómeno de la secularización docente ilustrada, en *Estudios sobre la secularización docente en España* (ed. J. VERGARA CIORDIA), (Madrid 1997), p.62.

⁹ Este escrito es el más famoso de Macanaz y el que le costó el proceso con la Inquisición y su famoso empapelamiento. Según señala P. ÁLVAREZ DE MIRANDA en *Palabras e ideas: el léxico de la ilustración temprana en España (1680-1760)*, Anejos del boletín de la Real Academia Española, Anejo LI, (Madrid 1992), p.120, se conservan varias copias manuscritas y no pasó a letra de molde hasta 1841, año en el que se hicieron dos ediciones una en Madrid y otra en Granada. Un

el 14 y 19 de diciembre de 1713¹⁰. El propio Auto contiene un planteamiento regalista, junto con la finalidad de evitar captaciones de voluntad en los moribundos, la finalidad principal era la de evitar la adquisición de bienes por las denominadas manos muertas¹¹.

La Real Cédula de 18 de agosto de 1771 sobre *Observancia del auto acordado prohibitivo de hacer mandas á los confesores, sus deudos, Iglesias y Religiones*¹² en la que se recordaba a los tribunales y a los escribanos la vigencia del Auto¹³.

Como observan TIRAPU y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, la Real Cédula altera el orden en el que el Auto Acordado mencionaba los motivos de la prohibición (daño a los herederos, menoscabo de la Jurisdicción real y merma de la Hacienda), mencionando en primer lugar el daño al Estado, a la Hacienda y a los particulares, poniendo de manifiesto que solo secundariamente la finalidad de la prohibición era la protección de la libertad de testar¹⁴.

tataranieto de Macanaz, Joaquín Maldonado Macanaz, publica una nueva edición en Madrid el año 1879. Un descendiente de éste F. Maldonado de Guevara publicó una edición en el Instituto de Estudios políticos (Madrid 1972).

¹⁰ Cfr. MARTÍN GAITE C., *El proceso de Macanaz. Historia de un empapelamiento*, (Barcelona 1988), p.206.

¹¹ Cfr. TIRAPU D. y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA JM., *La incapacidad sucesoria del confesor...*op.cit., pp.10-11.

¹² Ley 15, tit.20, lib. X de la Novísima Recopilación

¹³ “ Pero habiendo notado el mi Consejo, en los repetidos expedientes seguidos en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del estado, de mi Real Hacienda, y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, me consultó el mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia, para que esta saludable ley se guardase en los tribunales; y conformándome con su dictamen, se acordó expedir esta mi cédula, por la qual, con el fin de evitar descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, mando á los Tribunales y Justicias, que todos la cumplan según su literal tenor, arreglándose á él en qualesquiera determinaciones que dieren sobre los casos de que trata, baxo las penas que contiene; imponiendo, como impongo, la de privación de oficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravención, pues desde luego declaro nullos los que se executaren en contrario”.

¹⁴ Cfr. *La incapacidad sucesoria del confesor...*op.cit., p.15.

Como señala MALDONADO en un pleito promovido en el Consejo de Castilla a instancia de los parientes de D^a María Antonia de la Maza, vecina de Lillo, sobre nulidad del testamento que otorgó en 1793, el Fiscal solicitó que se aprovechase aquella oportunidad para aclarar la citada Ley, prohibiendo no sólo aquellos legados, sino también, instituir heredero al confesor, sus Iglesias, Conventos o deudos. A este dictamen unió su voto particular un ministro. Las circunstancias políticas hicieron que se demorara su tramitación y hasta el 12 de marzo de 1830 no fue elevada la nueva consulta, dando lugar a la Real Cédula de 30 de mayo de 1830¹⁵.

*Esta Real Cédula ampliando la Ley que prohíbe las mandas hechas en la última enfermedad a los confesores, sus conventos o deudos, con las prevenciones que se expresan*¹⁶ es, según MALDONADO, el antecedente del art.752 CC¹⁷.

Consideran TIRAPU y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA que la Real Cédula resulta significativa para asignar al art.752 un marchamo regalista más que liberal¹⁸. Sin embargo, nosotros creemos que, junto con los claros tintes regalistas del precepto se observa, también, un intento de

¹⁵ Cfr. MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO J., *Herencias a favor del alma...* op.cit., pp.183-184, nota 6.

¹⁶ “(...)he tenido a bien mandar, que la prohibición de mandas contenidas en la Ley 15, título XX, libro X de la Novísima Recopilación, se extienda a las herencias dejadas a los confesores, sus parientes, religiones o conventos. Asimismo he venido en mandar se lleve a efecto y circule la soberana resolución de mi augusto Padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederos sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, o por vía de mandas o de legados señalen algunos sufragios, o de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse éstos a los confesores en la última enfermedad, ni a sus parientes, y si fuesen religiosos ni a sus religiones o conventos, debiendo en los casos en que se contravinieren a ésto, heredar lo así dejado los parientes, que según derecho sean herederos ab-intestato; y en su defecto será destinado todo a obras piadosas que señalaran las justicias a quienes encargo, velen sobre este asunto, e impongo privación perpetua de oficio al Escribano que autorice testamento u otra última voluntad contra esta mi Real Disposición.”. Hemos usado la reproducción que recogen en su obra TIRAPU y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, pp.17-20.

¹⁷ Cfr. MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO J., *Herencias a favor del alma...* op.cit., p.184, nota 6.

¹⁸ Cfr. TIRAPU D. y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *La incapacidad sucesoria del confesor...* op.cit., p.17.

prohibir la adquisición de bienes por las denominadas manos muertas y, por tanto, tiene, también, un claro cariz liberal¹⁹.

Respecto al iter del precepto en el proceso codificador²⁰ señala TERRADAS que entre los manuscritos anteriores al Proyecto de 1836 se encontraba una nota que sin llevar número ninguno, parecía la redacción de un artículo²¹. El precepto contenía, de un lado, la extensión de la prohibición no sólo al sacerdote que hubiera confesado al testador durante su última enfermedad sino al que le atendiera aunque no le confesase²²; de otro lado, una restricción de la prohibición quedando excluidos de la prohibición los parientes del sacerdote que lo sean también del confesor²³.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA, inspirándose en la Ley 15 de la Novísima Recopilación y en el Código francés de 1804, recoge la prohibición al establecer que “la prohibición del artículo anterior (percibir cosa alguna en virtud de testamento) alcanza a los confesores del testador en su última enfermedad, a los parientes de ellos dentro del cuarto grado y a sus iglesias, cabildos, comunidades o institutos” (art.613).

La razón histórica de la prohibición era, por tanto, evitar captaciones de la voluntad del testador por parte de los confesores. Captaciones que se habían dado con frecuencia durante la Edad Media

¹⁹ No es contradictorio ver en el precepto una manifestación del regalismo y a la vez de liberalismo porque, a nuestro juicio, se puede sostener que nuestros liberales son profundamente regalistas utilizando el regalismo como arma frente a la jerarquía eclesiástica. Piénsese, por ejemplo, la Constitución de 1812 que siendo liberal consagra todas las instituciones regalistas.

²⁰ Respecto al estudio del iter del art.752 en el proceso codificador vid. TERRADAS SOLER L., *La llamada prohibición de Confesores*, (Madrid 1948), pp.72-121; también TIRAPU D. y VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA JM., *La incapacidad sucesoria del confesor...* op.cit., pp.21-26.

²¹ *Ibidem*, p.73.

²² “Son nulas las herencias, fideicomisos, legados y mandas hechas con cualquier título al eclesiástico secular o regular que haya asistido al testador en su última enfermedad antes de otorgar testamento, o le haya confesado aunque no sea más de una vez, en estado de salud o de enfermedad dentro del año anterior a él”.

²³ “Del mismo modo son nulas las hechas a sus Iglesias, conventos, domésticos y parientes y consanguíneos o afines, dentro del cuarto grado a no serlo también del testador”.

tratándose con la prohibición del art.752 CC, en último término, de proteger la libertad de testar. Además, creo que avala esta tesis el hecho de que la prohibición no alcanzase al director espiritual o a los miembros de las órdenes hospitalarias y que en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, por influencia del Código francés, extiende la prohibición a los médicos²⁴. Sin embargo, no pasó al Código civil lo que, a nuestro juicio, demuestra que la finalidad fundamental de la norma era regular exclusivamente un supuesto, socialmente frecuente, el otorgamiento por moribundos de disposiciones testamentarias a favor del sacerdote confesante. Las captaciones de voluntad de los moribundos por los médicos no fue frecuente en la práctica e, inclusive, existía la costumbre de dejarles legados remuneratorios por los servicios prestados y, por tanto, con carácter onerosos como contraprestación del acto médico prestado. Además, desde el punto de vista jurídico, lo más congruente hubiera sido extender la prohibición a los directores espirituales que tienen más influencia sobre el causante que los confesores. No se olvide que el confesor que incurre en la prohibición es el que confiesa al testador durante su última enfermedad pudiendo tratarse de un confesor ocasional sin ascendente de ninguna clase sobre el enfermo.

En el Proyecto de 1882, la prohibición se recoge en el art.749 con la actual redacción²⁵, pasando al art.752 en la primera edición del Código civil sin que fuera objeto de enmienda.

Este precepto no revistió especial importancia como lo prueba, de un lado, que el propio García Goyena confunde su origen al considerar tomada esta prohibición fundamentalmente del derecho francés, napolitano y holandés lo que demuestra una falta de atención dada la escasa importancia del precepto; de otro lado, el precepto sólo dio lugar a una breve intervención en las Cortes del Arzobispo de Santiago de Cuba

²⁴ El art.612, por influencia del homónimo francés, señalaba que “Los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última enfermedad y sus esposas, no podrán percibir cosa alguna a virtud del testamento que haya hecho durante la misma; exceptuándose de esa prohibición los médicos y cirujanos parientes del testador dentro del cuarto grado”.

²⁵ “No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.

en la sesión de 18 de enero de 1889 preguntando si el Gobierno había Concordato con la Santa Sede, entre otros preceptos, el art.752²⁶.

Ahora bien, es el estudio de las relaciones Iglesia-Estado, en el momento de la promulgación del Código civil, la que nos puede dar otra posible intencionalidad del art.752CC, en concreto, si en el ánimo del legislador hubiera existido un intento de discriminar a la Iglesia.

El Código Civil se publicó bajo la vigencia del Concordato de 1851 y la Constitución de 1876. En el Concordato se establecía un confesionalismo doctrinal excluyente²⁷ y en la Constitución, sociológico²⁸.

En principio, en este contexto constitucional no habría que ver una finalidad antirreligiosa²⁹. Sin embargo, creo que esta postura hay que matizarla:

1º. En mi opinión, es preciso distinguir entre antirreligiosidad, que no fue nunca consustancial al liberalismo español, del anticlericalismo propio de nuestros liberales y que se traduce en una prevención contra el estamento eclesial y contra el poder de las órdenes religiosas.

2º. No alude a otras confesiones, que dado el principio de tolerancia de cultos que establecía el art. 11, párr. 2º de la Constitución podían asistir al testador durante su última voluntad³⁰.

La finalidad de la norma, el evitar el problema de los heredipetas, en la sociedad española de finales del XIX carecía de sentido dado que ya

²⁶ Cfr. TERRADAS SOLER L., *La llamada prohibición...* op.cit., pp.78-79.

²⁷ El art. 1º señala que “La religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la nación española se conservará siempre en los dominios de Su Majestad Católica, con todos los derechos y prerrogativas del que deben gozar según la Ley de Dios y lo dispuesto en los sagrados Cánones”.

²⁸ El art. 11 señala que: “La religión católica, apostólica y romana es la del Estado español. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas ni por ejercer su respectivo culto salvo el respeto debido a la moral católica”.

²⁹ Así lo entiende CARRIÓN, *Algunas consideraciones...* op. cit., nota 12, p. 609.

³⁰ No podemos olvidar que en el momento de la publicación del Código ya existía en España una importante colonia protestante que había motivado la famosa polémica entre la libertad de culto y la de escuela, cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, MA, *Proceso secularizador y libertad de enseñanza en el derecho histórico español*, (Málaga 2001), pp.

no se producía, hubiera sido suficiente con las normas generales del Código para evitar la captación de la voluntad del testador. En mi opinión, en el art.752 late el tradicional recelo liberal a la adquisición de bienes por las denominadas manos muertas y que se encuentra, también, en otras disposiciones del Código Civil, por ejemplo, el límite hasta el segundo grado de las sustituciones fideicomisarias (art.781 CC). Restricciones a la adquisición de los bienes que perseguía una doble finalidad. La primera, el evitar la acumulación de bienes en las manos muertas que impedían la circulación de la propiedad de la tierra, lo cual era contrario a los principios económicos en los que se basaba el liberalismo. La segunda finalidad era la de minar el poder económico de la Iglesia, aunque ya en esta época había perdido buena parte del mismo con las amortizaciones. Este precepto, por tanto, se inscribe en la legislación anticlerical de la época dirigida a minar el poder de las Congregaciones religiosas, que tiene su parangón en la legislación de enseñanza que trata de limitar la influencia de las congregaciones religiosas.

Suponía, además, el art.752 una vulneración de la legalidad vigente, constituida por el Concordato de 1851, como ha puesto de relieve TERRADAS dado que infringía los artículos 1º, 4º, 41, 43 y 45, violando la inmunidad personal de que gozaban los eclesiásticos a los que somete a la jurisdicción civil; conculcaba también la inmunidad real ya que los bienes dejados en testamento se encuentran en la misma situación³¹.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ART. 752

El problema que plantea la naturaleza jurídica del art.752 es si estamos ante una incapacidad relativa o, bien, ante una auténtica prohibición legal. Un sector de la doctrina alude a este supuesto como de incapacidad relativa³², dado que el sacerdote es capaz de suceder en otras herencias y, por tanto, sólo es incapaz respecto de la herencia del

³¹ “(...) se viola en él la inmunidad personal de que gozan canónicamente los eclesiásticos, por cuanto la disposición, sin estar concordada con la Santa Sede, regula algo relativo a los confesores, a los que somete, además, a la jurisdicción simplemente civil. También la inmunidad real resulta conculcada por cuanto los bienes afectados se encuentran asimismo en el caso señalado”, cfr. *Las llamadas prohibiciones de los confesores*, (Madrid 1948), pp.17-18.

³² Cfr. LACRUZ BERDEJO JL., *Elementos de derecho civil*, t. V, (Barcelona 1981), p.79; DÍAZ ALABART S., *Comentarios al Código Civil...op.cit.*, p.1865.

moribundo. Sin embargo, los denominados supuestos de incapacidad relativa³³ son más bien supuestos de prohibiciones de suceder³⁴ dado que el incapaz relativo tiene plena capacidad para suceder; únicamente, por una prevención legal se establece la prohibición, por entender que se trata de supuestos en los que por circunstancias morales repugnaría la sucesión de dichos incapaces relativos. En rigor, además, en materia sucesoria no existen incapacidades dado que los supuestos de incapacidad absoluta que regula el art.745 CC son, más bien, de inexistencia de persona física o jurídica para suceder³⁵. Las criaturas abortivas, que como dice el propio Código son las que no cumplen los requisitos del art.30, no tienen la condición de persona y, por tanto, no es que sean incapaces de suceder sino que son inexistentes para el mundo del derecho. Respecto a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley, al ser ilícitas carecen de personalidad jurídica y, consecuentemente, de capacidad para suceder, siendo un supuesto de inexistencia.

La cuestión de la naturaleza del art.752 tiene una especial trascendencia jurídica en cuanto a la sanción por el incumplimiento de su disposición y a su posible extensión o no por analogía. Así, si

³³ Cfr. arts. 753, 754 y el propio 752.

³⁴ Este es el criterio unánimemente admitido por la doctrina; cfr. entre otros: ALBALADEJO, *La sucesión iure transmissionis*, en Estudios de Derecho civil, (Barcelona 1955), p.295, nota 101; del mismo autor *El albaceazgo en el Derecho español*, (Madrid 1969), p.205, nota 101; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV (Madrid 1982), p. 421; Díez-PICAZO, *Comentarios a la S.T.S. de 25 de noviembre de 1899*, en Estudios sobre la jurisprudencia civil, vol.III (Madrid 1981), p.366; FERNÁNDEZ DOMINGO, *Revisión de algunas incapacidades sucesorias relativas* (Artículos 752 a 755 del Código Civil), Actualidad Civil, nº31, 1999, p.932; GETE-ALONSO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.XXIX, vol.3º, (Madrid 1985), p.180; DÍAZ ALABART, *Comentarios al art.752*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigido por M. ALBALADEJO, (Madrid 1982), t.X, vol.1º,p.110; HERNÁNDEZ GIL A., *Lecciones de Derecho sucesorio*, (Madrid 1971), p.74; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t.V, vol. 1º, (Barcelona 1990), pp.116-117; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones*, (Madrid 1989), p.513; VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos*, (Madrid 1982), p.443.

³⁵ El art.745 CC señala que: "Son incapaces de suceder :

1ºLas criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2ºLas asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley".

consideramos que se trata de un supuesto de incapacidad relativa la disposición testamentaria a favor del incapaz sería anulable; tratándose de una prohibición, la sanción sería la nulidad de pleno derecho. Además, existe otra consecuencia jurídica y es que las prohibiciones no pueden extenderse por analogía a otros supuestos no contemplados de forma expresa por la norma, no cabiendo una interpretación amplia de la norma que nos llevaría a incluir en la prohibición a ministros de culto de otras confesiones religiosas, para pretender salvar la lesión que se produce del principio de igualdad entre las confesiones religiosas del art.14 CE.

La consideración del supuesto del art.752 como una prohibición es, no sólo más lógico desde el punto de vista jurídico sino, también, más congruente con la finalidad del precepto, el corregir una situación que se dio en cierto momento histórico y que repugnaba moralmente: la captación de la última voluntad de los moribundos por los confesores aprovechando su situación de vulnerabilidad moral y física.

Se ha señalado por la doctrina la diferencia de la prohibición del art.752 con el resto de las prohibiciones sucesorias que contempla el Código³⁶. Así, señalan TIRAPU y GARCÍA VÁZQUEZ-PENUELA, aludiendo a razones históricas y al distinto fin que se persigue en los tres supuestos, que no se pueden reconducir a una figura homogénea. En los supuestos de los arts.752 y 753 se trata de garantizar la libertad de testar, en cambio, el supuesto del art.754, la finalidad es evitar el peligro de falsedad del documento y mantener libre de sospecha la figura del Notario autorizante³⁷.

³⁶ Art.753 “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”.

Art.754 “El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables a lo testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales”.

³⁷ Cfr. *La incapacidad sucesoria del confesor...*op.cit., p.36.

No faltan autores que consideran que estamos en los tres supuestos ante una misma figura³⁸.

4. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 752

Los requisitos para que entre en juego la prohibición del 752 son los siguientes:

1º. Que se trate de la última enfermedad del causante, lo cual nos lleva a plantearnos qué se entiende por última enfermedad. Por última enfermedad, lógicamente, hay que entender la que provoca el óbito³⁹.

Se plantea el problema de las enfermedades de larga duración, donde el proceso evolutivo de la enfermedad cursa de forma prolongada en el tiempo, de suerte que el fallecimiento se produce en fecha muy posterior a la confesión. La Jurisprudencia, en un primer momento, entendió que la última enfermedad es la enfermedad de que uno muere “*o en trance de muerte, que es cuando aquél puede influir más en el ánimo del testador*”⁴⁰; también en este sentido la STS 22-XII-1884 señala que “*Considerando que los términos de las disposiciones legales citadas al hablar de la enfermedad de que uno muere, se refiere a los testadores que se encuentran en peligro de perder su vida, que es cuando el confesor puede influir más en su ánimo*”. A este respecto, el TS en Sentencia de 25 de abril de 1899⁴¹ declaró que lo importante, en estos supuestos, es que en el momento del fallecimiento concurrieran las condiciones de sugestión ilegal presupuestas por el legislador, independientemente que la causa de la muerte ulterior sea la enfermedad existente en el momento de la confesión⁴². Esta sentencia cambia el

³⁸ Observa DÍAZ ALABART que en un principio podría pensarse que estamos ante una misma figura, pero un estudio a fondo de los tres supuestos nos rebela un distinto origen y un distinto porqué, cfr. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...* op. cit., pp. 109-113.

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DOMINGO JF., *Revisión de algunas incapacidades sucesorias relativas...* op. cit., p. 939.

⁴⁰ STS 25-X-1890.

⁴¹ Cfr. Jurisprudencia Civil, t. 87, 1899, pp. 142 y ss.

⁴² “... estimado por el Tribunal sentenciador que don M.F.D. era confesor de doña A.M.G. cuando otorgó su testamento a favor del mismo... en los precisos momentos en que se había exacerbado la enfermedad que padecía... no puede menos de estimarse

criterio jurisprudencial, considerando DÍEZ PICAZO acertada la línea iniciada por atender, más que a la causa inmediata de muerte, a la persistencia de la situación de sugestión en el enfermo⁴³. Nosotros consideramos que se trata de una sentencia desafortunada porque lo que exige el Código es la existencia de un nexo causal entre la última enfermedad, la confesión y la disposición a favor del sacerdote, lo que implica, necesariamente, que la última enfermedad sea la causa de la muerte; y todo ello por dos motivos, de un lado, ser más conforme a la literalidad de la prohibición del art.752, que como tal prohibición debe interpretarse restrictivamente; de otro lado, por ser más conforme a la última voluntad del causante dado que, al tratarse de una enfermedad prolongada en el tiempo, pudo revocar y de hecho no lo hizo y si el motivo de la no revocación fue la permanencia de la situación de sugestión ya no estamos ante la prohibición del 752 sino ante las normas generales de captación de la última voluntad.

3.º Que se deje una disposición testamentaria a favor del confesor, los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o a favor de su Iglesia, Cabildo, Comunidad o Instituto.

Precisamente, este requisito plantea el ámbito subjetivo y objetivo del precepto, es decir, a quién afecta la prohibición, y cuáles son las disposiciones prohibidas. Múltiples problemas plantea este requisito respecto al ámbito objetivo del precepto:

En primer lugar, la disposición testamentaria que entra en la prohibición del art.752, al no especificar nada, deben ser, tanto a título

que concurre todas las circunstancias del artículo 752 del Código, pues que si bien no falleció la testadora hasta diez meses después, no consta que otro sacerdote que don M.F. D. hubiese sido posteriormente el director espiritual de doña A.,... y como la embolia sólo fue un accidente que determinó la inmediata y casi repentina muerte de aquélla, fuese o no producida por la misma enfermedad cardíaca que venía padeciendo, hay que estimar lógica y legalmente que las condiciones de sugestión ilegal presupuestas por el legislador, con que otorgó su testamento doña A.M., subsistían cuando ocurrió el fallecimiento de ésta, y que la Sala de la Audiencia ha cometido, por tanto, la infracción alegada al declarar la validez de la institución testamentaria hecha a favor de don M. F. ”

⁴³ Cfr. *Estudios sobre la jurisprudencia civil...* op.cit., p.647; también en este sentido aunque destacando que esta interpretación fuerza artificialmente el concepto de última enfermedad TIRAPU y VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, *La incapacidad sucesoria del confesor...* op.cit., pp.77 y 78.

universal o de heredero, como a título particular o de legatario⁴⁴. Además, esta es la solución que resulta del análisis histórico del precepto porque si bien es verdad que la Ley 15, Tít.XX, Lib.X, de la Novísima Recopilación limitó la prohibición a las mandas o legados, la Real Cédula de 30 de mayo de 1830 la amplió a las disposiciones otorgadas a título universal.

Se plantea el problema de si el testador deja todos los bienes al confesor. La doctrina unánimemente admite la nulidad de la disposición testamentaria y la validez del resto del testamento, siempre que se pueda separar el contenido de la cláusula nula del resto del testamento⁴⁵. Por tanto, las disposiciones de carácter personal, verbigracia la designación de tutor, conservarían su eficacia y respecto a las disposiciones patrimoniales se produciría la apertura de la sucesión intestada.

La disposición prohibida en el art.752 es la de carácter patrimonial, por tanto serían válidas las disposiciones de carácter personal otorgadas a favor del confesor, como el nombramiento de albacea, tutor, o el encargo de ejercer las acciones dirigidas a proteger su honor⁴⁶.

⁴⁴ Debe recordarse que sólo existen dos formas de deferirse la sucesión, a título universal o a título particular, cfr.arts.660 y 790 CC.

⁴⁵ Cfr. ALBALADEJO M., *La sucesión iure transmissionis*, en Estudios de Derecho civil...op. cit., p.205, nota 101; DE CASTRO GARCÍA, *Código civil.Doctrina y jurisprudencia*, (Madrid 1991), t.III, p.450; DÍAZ ALABART, *Comentario al artículo 752*, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (coord. ALBALADEJO), t. X, vol. 1º, p. 135; de la misma autora *Comentarios del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia (Coord. BERCOVITZ, pp. 1856-1857; LACRUZ, *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de Binder*, (Barcelona 1952), p. 346; CARRIÓN S., *Algunas consideraciones en torno al artículo 752 del Código Civil*, RDP, 1998, p.623.

⁴⁶ La doctrina se muestra dividida entorno a si es preciso para no contravenir la prohibición que los cargos sean gratuitos, en este sentido DÍAZ ALABART S., *Comentario...op.cit.*, p.118 y TIRAPU D. y GARCÍA VÁZQUEZ-PENUELA JM., *La incapacidad sucesoria del confesor...op.cit.*, pp.46 y 47. No obstante, ALBALADEJO admite la validez del cargo de albacea retribuido, siempre que la retribución no exceda del valor del trabajo que presten como tales albaceas, dado que sino habría una violación del espíritu de la prohibición, *El albaceazgo en el Derecho español*, (Madrid 1969), p.205.

El ámbito subjetivo del precepto plantea diversos problemas básicos que conviene matizar.

El Código se está refiriendo a un sacerdote pertenezca o no al clero diocesano y que haya confesado al causante, por tanto, se trata de una prohibición al confesor, y no a los sacerdotes en general y no afectaría, por tanto, al director espiritual, o la prestación de auxilios espirituales⁴⁷.

Respecto a el fundamento de la extensión de la prohibición a los parientes del confesor radica en evitar que puedan actuar como personas interpuestas o bien que sean beneficiados directos con la captación de la voluntad⁴⁸. El parentesco debe de ser por consanguinidad, no entrando dentro de la prohibición la afinidad⁴⁹, lo cual es congruente con la interpretación restrictiva que debe darse a las prohibiciones y, además, cuando el Código alude a los parientes se esta refiriendo exclusivamente a los consanguinios, cuando alude al parentesco por afinidad habla de afines contraponiéndolo a parientes⁵⁰.

Otra cuestión que se plantea es el supuesto en que el testador sea pariente del confesor si cae dentro del ámbito de la prohibición del art.752. Piénsese, por ejemplo, que de ser así el padre no podría confesarse con su hijo. El art.753, relativo a la prohibición del tutor, excluye expresamente a los parientes, lo cual no deja de ser lógico dada la injusticia que podría suponer el no poder heredar al pupilo, dado que los llamados a la tutela en el art.234 son, fundamentalmente, los parientes. Ahora bien, el 752 no contiene dicha prevención⁵¹, por

⁴⁷ La Sentencia del TS de 8 de enero de 1896 declaró válido un legado a favor del párroco dado que "... si bien éste prestó al testador auxilios espirituales e intentó confesarle, no llegó a verificarse la confesión", J.C.,t.79, pp.28 y ss.

⁴⁸ Cfr. TIRAPU D. y GARCÍA VAZQUEZ-PEÑUELA JM., *La incapacidad sucesoria del confesor...* op.cit., p.49.

⁴⁹ Cfr. SCAEVOLAS QM., *Código Civil comentado*, t.XIII, (Madrid 1943), p.349; DÍAZ ALABART S., *Comentario...* op.cit., p.121.

⁵⁰ Por ejemplo, el art.754 cuando extiende la prohibición a los parientes del Notario autorizante distingue entre parientes y afines.

⁵¹ El homónimo francés, art.909, si exceptúa las disposiciones universales en caso de parentesco hasta el cuarto grado, siempre que el difunto no tenga otros herederos en línea recta, o que se encuentre en este número aquél en cuyo beneficio se hizo la disposición.

lo que habría que entender, salvada claro está la intangibilidad de la legítima, que la prohibición afectaría a dichos parientes exclusivamente en la parte de libre disposición. De otro lado, el límite del cuarto grado no deja de ser arbitrario y no adecuarse a la realidad social actual donde, por ejemplo, un amigo puede tener mayor influencia en la captación de la voluntad.

Qué se entiende por “iglesia, cabildo, comunidad o instituto”. Desde el punto de vista técnico-jurídico estamos ante un supuesto de técnicas de relación de ordenamientos, en concreto, la técnica del presupuesto y, por tanto, será al derecho canónico al que compete que entendemos por dichos conceptos. No obstante, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta materia dando una interpretación estricta, toda vez que se trataba de una disposición testamentaria otorgada a favor del asilo del que era capellán el sacerdote que confesó al testador durante su última voluntad señalando el Supremo que: *“No puede estimarse que el vínculo que une al indicado Capellán con el Asilo de ancianos pobre de Talavera de la Reina, en cuya atenciones y necesidades han de emplearse los bienes dejados por don N.N., conforme a lo dispuesto en su testamento sea equivalente al que existe entre un párroco y la iglesia que regenta, ni que por la misión que desempeña en el asilo ha de obtenerse un lucro u otra clase de beneficios con la herencia de que se trate, pues el minucioso y razonado examen que en la sentencia recurrida se hace de la forma y condiciones que ejerce su sagrado ministerio, sin formar parte de la Comunidad religiosa de las Hermanitas de los pobres que los rigen y asisten a los ancianos recogidos, ni de la laica que estos últimos constituyen, habiendo sido nombrado y pudiendo ser separado de su cargo por el Arzobispo de Toledo, quien retribuye su función con los intereses de un capital constituido por la fundadora de esta capellanía colectiva y mutual que administra tan alta dignidad e la Iglesia, justificada cumplidamente que su función sacerdotal en el Asilo y las relaciones morales y económicas que con esta benéfica institución tiene, no pueden equipararse a las existentes entre un Párroco y su Iglesia, como antes se ha dicho, o a las que*

unen a los que forman parte integrante de un Cabildo, Comunidad o Instituto"⁵².

También el art.752 plantea una cuestión a la vez de Derecho constitucional y de Derecho civil, a la cual haremos referencia más adelante y es la siguiente: si no supone una discriminación para el sacerdote católico en relación con los ministros de culto de otras confesiones y, por tanto, una lesión del principio de igualdad del art.14 CE y, de otro, el problema de Derecho civil consiste en determinar si cabe la interpretación extensiva. Este problema lo trataremos ulteriormente.

3.º Que el sacerdote hubiese confesado en ella al causante. Diversos problemas, que anticipamos ahora pero que estudiaremos más adelante, plantea este requisito: ¿no estaríamos ante la técnica del presupuesto, de tal forma que desde el punto de vista del ordenamiento estatal los términos "confesión" y "confesor" serían hechos siendo competencia del ordenamiento canónico la determinación de que se entiende por tales?

Otro problema, íntimamente unido al anterior, sería el de la interpretación constitucional del precepto, que como luego veremos se plantean en los siguientes términos: si constituye exigencia del principio de igualdad del art.14 CE que se interprete de forma amplia la prohibición y se extienda analógicamente a los ministros de culto de otras confesiones y a actos parecidos a la confesión, dado que sino se produciría una discriminación por motivos religiosos.

El requisito de que el sacerdote le confiese durante la última enfermedad. Plantea diversos problemas: piénsese la injusticia que puede suponer que una persona para dejar una disposición patrimonial a su director espiritual, no le pueda confesar durante su última enfermedad; o inclusive, como señala DE PRADA, se puede llegar a soluciones contrarias a la voluntad del testador, por ejemplo, el caso del padre que confiesa con su hijo sacerdote o el enfermo que hace testamento en el pueblo donde sólo hay una parroquia y si, previamente confesó con su párroco, no puede testar a favor de ella⁵³.

⁵² STS 6-IV-1954

⁵³ Cfr. DE PRADA JM., *La incapacidad para suceder del confesor* REDC, p.444.

También, se plantea el hecho de si la confesión debe preceder en el tiempo al otorgamiento de la disposición testamentaria. La mayoría de la doctrina, fundándose en la STS de 6 de abril de 1954⁵⁴, así lo cree⁵⁵. LACRUZ fundamenta dicha tesis en la interpretación gramatical, histórica y teológica del precepto, así como en la citada sentencia⁵⁶.

No obstante, DÍAZ ALABART considera que si bien lo normal será que se otorgue el testamento después de la confesión, nada impediría la aplicación del 752, aunque el testamento se hubiese otorgado con anterioridad si las circunstancias aconsejan su anulación⁵⁷. Este, también, era el criterio que seguía nuestra doctrina tradicional⁵⁸.

5. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN

Dos problemas plantean los efectos de la prohibición, de un lado, si opera automáticamente o es necesaria la efectiva existencia de la captación de la voluntad; de otro lado, qué sanción tiene el incurrir en la prohibición.

La doctrina ha considerado que la prohibición del 752 opera ipso iure, independientemente de la existencia efectiva de la captación de la voluntad por el confesor⁵⁹. No obstante, un sector minoritario considera

⁵⁴ "... se trata de evitar una posible sugestión o captación de voluntad, dado el estado del testador, lo que lógicamente no puede realizarse cuando el testamento es anterior a la confesión...", Considerando 1.º, J.C., t.XXXV, (Madrid 1956), p.687 y ss.

⁵⁵ Cfr.DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil doctrina y jurisprudencia...*op.cit., p.499; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol.4,...op.cit, p.421; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones...* op. cit., p.256; CARRIÓN, *Algunas consideraciones...*op.cit., p.622.

⁵⁶ Cfr.LACRUZ, *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr.*Comentarios al artículo 752*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones...* op.cit, p.130.

⁵⁸ Señalaba SÁNCHEZ ROMÁN que: "...el supuesto en que la prohibición se funda, se deriva concretamente del hecho de que haya mediado confesión durante la última enfermedad, es decir, en cualquier tiempo de ella; y que las disposiciones favorables que contenga el testamento lo sean respecto del sacerdote que en ella le hubiera confesado... ", *Estudios de Derecho civil*, t. 6º, vol.1º...op.cit., p.265; en el mismo sentido MUCIUS SCAEVOLAS, *Código civil.Comentado y concordato extensamente*, t. XIII, (Madrid 1897), p.265.

⁵⁹ Como señala LACRUZ: "...a un cuando el motivo de la disposición legal es impedir la posible coacción del *decius* la ineptitud no depende en absoluto de ella: el

que se trata de una presunción iuris tantum y, por tanto, si se demuestra que no hubo captación de la voluntad, la disposición sería válida y eficaz⁶⁰.

Sin embargo, no creemos que se pueda defender esta postura siguiendo la literalidad del precepto, dado que producido el supuesto de hecho objetivo, la confesión durante la última enfermedad, los efectos se derivan automáticamente por ministerio de la ley, haya existido o no la captación, dado que el Código no distingue.

Respecto a la sanción por incurrir en la prohibición será la nulidad de la disposición a favor del confesante, parientes del cuarto grado, iglesia, comunidad, cabildo o instituto. Ahora bien, de que tipo de nulidad estamos hablando, de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad. La cuestión radica en la naturaleza jurídica del 752. Si estamos ante un supuesto de incapacidad para suceder la sanción sería la anulabilidad de la disposición realizada a favor del incapaz (art.760). Nosotros pensamos que estamos ante una prohibición y la sanción sería la nulidad de pleno derecho (art.6.3).

6. ANÁLISIS CANÓNICO DEL ARTÍCULO 752

El art.752 supone la recepción por parte del Derecho del Estado de dos actos jurídicos canónicos: la confesión y el confesor. El Código utiliza la técnica del presupuesto en el que el negocio jurídico canónico, la confesión o la determinación de quien es confesor, es dotado de eficacia jurídico civil sin entrar a analizar su constitución que considera competencia exclusiva del ordenamiento canónico siendo el acto jurídico canónico, respecto al ordenamiento del Estado, un mero hecho al que se le atribuye efectos jurídico-civiles.

incapaz lo será aunque pruebe que la disposición respondía a una voluntad libre y consciente del causante”, *Derecho de sucesiones.I.Parte General*,(Barcelona 1961), p.255; en este sentido, entre otros BADOSA COLL, *Anotaciones al Derecho de Kipp*, vol.2º, (Barcelona 1976), p.8.

⁶⁰ Cfr.DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...* op.cit., pp.113-114; de la misma autora *Comentarios del Código Civil*, t.I.. op.cit., p.1858; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, t.I, (Madrid 1989), P.515; D. TIRAPU y JM. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, (Granada 1996), p.44.

Por tanto, dado que estamos ante la técnica del presupuesto será necesario el estudio de la confesión y de la figura del confesor para una mejor intelección del precepto y de su posible extensión por analogía.

En concreto, el Código de Derecho Canónico define en el canon 959 el sacramento de la penitencia con una fórmula descriptiva: “En el sacramento de la penitencia, los fieles que confiesan sus pecados a un ministro legítimo, arrepentidos de ellos y con propósito de enmienda, obtienen de Dios el perdón de los pecados cometidos después del bautismo, mediante la absolución dada por el ministro, y, al mismo tiempo, se reconcilian con la Iglesia, a la que hirieron al pecar”.

Vemos como la confesión tiene unas implicaciones que no tienen parangón con actos similares en otras religiones, con excepción de la Iglesia anglicana y la ortodoxa. Ni tan siquiera la confesión ortodoxa tiene la misma significación que la católica. La confesión católica tiene por finalidad el perdón de los pecados, la confesión ortodoxa tiene una función meramente deprecativa, con lo que no cabe suponerla tanta influencia en la voluntad del causante, de un lado, y, de otro, no son jurídicamente parangonables.

La figura del confesor supone: la existencia de un sacerdote⁶¹ y, además, de la potestad de orden, la de jurisdicción⁶². La figura del confesor tampoco tiene parangón en otras religiones.

Se observa, por tanto, como la figura del confesor y la de la confesión desde el punto de vista jurídico-canónico, que asume el Código Civil al emplear la técnica del presupuesto, tiene unas connotaciones que impiden su extensión analógica a otras confesiones religiosas, dado que como señala el Código civil para la extensión analógica debe apreciarse identidad de razón (art.3.1CC).

⁶¹ Señala el canon 965 “Sólo el sacerdote es ministro del sacramento de la penitencia”.

⁶² Canon 966, parágrafo 1º “Para absolver válidamente de los pecados se requiere que el ministro, además de la potestad de orden, tenga facultad de ejercerla sobre los fieles a quienes da la absolución”.

7. LA IMPOSIBILIDAD DE LA EXTENSIÓN ANALÓGICA DEL PRECEPTO

La doctrina considera que es necesaria la interpretación analógica del precepto y entender que la prohibición del 752 se extiende a los ministros de culto de otras religiones y a aquellos actos similares a la confesión, dado que sino se infringiría el artículo 14 de la Constitución al producirse una discriminación por motivos religiosos e incluso amparándose en la libertad religiosa del artículo 16.1⁶³. Para otros autores, la alusión a la Iglesia Católica que hace el precepto es motivada por razones sociológicas, más que al propósito de excluir a las demás, al ser la religión católica prácticamente la única en el momento de la promulgación del Código⁶⁴.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica hemos visto que el artículo 752 más que una incapacidad para suceder lo que contiene es una

⁶³ DE CASTRO GARCIA, apoyándose en el artículo 16 de la Constitución, considera que el artículo 752 debe aplicarse por analogía a la asistencia espiritual postrera prestada al testador por ministro de cualquier religión inscrita o no en Registro de entidades religiosas, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia...* op. cit., p. 449; también en este sentido DÍAZ ALABART que considera que en virtud del artículo 14 CE la prohibición se aplicaría también al cónyuge de los ministros a quienes les está permitido contraer matrimonio, *Comentarios del Código...* op. cit., p. 1866; también O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentarios del Código civil*, coord. Sierra Gil de la Cuesta, t. IV, p. 532.

⁶⁴ Señala CARRIÓN: "El precepto no se mueve en el plano de la confesionalidad. Si así hubiere sido, lo congruente hubiere sido a su vez su no introducción en el Código. Lo hace en un plano bien distinto y mucho más próximo al individuo: el de la libertad testamentaria. Desde este ángulo, proteger la libertad del testador (de un testador cualquiera) frente a las situaciones de influibilidad procedentes de ministros religiosos de una confesión determinada y no hacerlos frente a las restantes confesiones sería seguramente absurdo. Ello obligaría a rechazar esta interpretación sobre el alcance de la norma, que no parece defendible ni siquiera para el periodo comprendido entre 1889 (promulgación del C. c. 9 y 1978 (entrada en vigor de la C.E.). No creo, en consecuencia, en el carácter determinante del texto constitucional por cuanto se refiere a la interpretación aquí defendida para el 752, siquiera no quepa duda de que aquél viene a confirmar y reforzar un criterio interpretativo sostenible, insisto, aún antes de la vigencia de la Constitución", *Algunas consideraciones...* op. cit., p. 626.

auténtica prohibición legal que debe interpretarse restrictivamente⁶⁵. Las prohibiciones no pueden extenderse analógicamente.

Los redactores del Código, además, estaban pensando en evitar el problema de los heredipetas, así como la adquisición de bienes por las denominadas manos muertas y, consecuentemente, por eso la redacción se refiere exclusivamente a los sacerdotes católicos y a la confesión, y no a los ministros de otras religiones que no sólo se permitían, en virtud del principio de tolerancia de cultos del artículo 11 de la Constitución de 1876, sino que de facto se practicaban otros cultos.

Por lo demás, como hemos señalado, los términos jurídico-canónicos son claros y la figura del confesor y de la confesión no tiene parangón en otras confesiones. Ni tan si quiera la asistencia espiritual católica, sin confesión, entra dentro de la prohibición, por lo que la asistencia espiritual del ministro de culto de otra religión tampoco caería en dicha prohibición.

8. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN

La prohibición del art.752 ha sido criticada por la doctrina que propugna su supresión⁶⁶ o, bien, su redacción adaptándola a la realidad social y a la existencia de un pluralismo religioso⁶⁷.

Nosotros, de un lado, consideramos que el precepto, desde el punto de vista civil, no sería necesario dado que responde a circunstancias históricas que ya no se dan. No se puede pensar que el testador del siglo XXI es tan sugestionable como el de la Edad Media donde se dio, con

⁶⁵ También la jurisprudencia Sentencia de 25 de octubre de 1928: "... y únicamente cuando concurren todas las condiciones o circunstancias requeridas por el precepto al definirla, puede ser realmente aplicada y, por tanto, es preciso que la disposición testamentaria se haya hecho, u otorgado, por el testador durante su última enfermedad, y que el sacerdote favorecido con la disposición del testador le hubiese confesado en ella, esto es, en la última enfermedad.", J.C., t. 85, pp. 532 y ss.

⁶⁶ Cfr. DÍAZ ALABART, *Comentarios al art. 752...* op.cit., p. 113; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones...* op.cit., p. 514, DE PRADA JM., *La incapacidad para suceder del confesor*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1955, pp.444-446.

⁶⁷ Cfr. CARRIÓN, *Algunas consideraciones en torno al artículo 752...* op. cit., p. 610.

relativa frecuencia, el fenómeno de los heredipetas. Bastarían las normas generales de vicios de la voluntad en el otorgamiento del testamento del 673 del Código Civil. Los supuestos en que se diera captación de la voluntad serían reconducibles al dolo, fraude o violencia. No se puede objetar a este argumento el hecho de que se producirían problemas probatorios de la captación, no se olvide que la prohibición del 752 se aplica automáticamente una vez producido el supuesto de hecho, ya que dichas dificultades de prueba son análogas a las que se producen en los demás supuestos de vicios de la voluntad. Además, como pone de relieve DE PRADA si el fundamento es la existencia de un peligro de captación de la voluntad, en aquellos supuestos en que el otorgamiento se ha realizado ante notario debería ceder el supuesto legal⁶⁸, lo cual no es así.

Ahora bien, si desde el punto de vista técnico-jurídico creemos que existen razones para la supresión del precepto, debemos plantearnos si es compatible con los principios constitucionales. En último término, se trata de determinar hasta qué punto la prohibición supone una ruptura de los principios constitucionales de laicidad, igualdad y libertad religiosa.

El principio constitucional de laicidad implica que el Estado no valora ni positiva ni negativamente las ideas religiosas, pero sí la libertad religiosa de sus ciudadanos en virtud del principio personalista del artículo 10.1 CE; libertad religiosa que además está obligado a promover en virtud del artículo 9.2 CE⁶⁹. Si bien, el Código Civil se publicó en un contexto de confesionalidad sociológica (art. 11 del Constitución de 1876), la prohibición del 752 contiene una limitación a la adquisición de bienes por la Iglesia y las congregaciones religiosas⁷⁰. Además, creo que el precepto se corresponde, perfectamente, a los planteamientos de un estado confesional, que se caracteriza por la emisión de juicios sobre lo religioso.

⁶⁸ Cfr. *La incapacidad para suceder...* op.cit., pp.744-745.

⁶⁹ Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ d., *Derecho de la libertad de conciencia*, t.I, (Madrid 1997), 1º ed., pp.260-270.

⁷⁰ Piénsese, como ya hemos indicado, que en el Código Civil late una reticencia a la adquisición de bienes por parte de la Iglesia, para evitar la acumulación de bienes en las denominadas manos muertas. No debe olvidarse que tradicionalmente la forma normal de adquirir bienes fue el testamento y, en concreto la Iglesia y las comunidades religiosas a través del quinto a favor del alma y de los legados pro anima.

El 752 supone un juicio, en este caso negativo, sobre una actividad religiosa: el confesar a una persona durante su última enfermedad implica una sospecha de captación de su voluntad por parte del confesor, que hace ineficaz la disposición testamentaria independientemente, creemos nosotros, de que la captación se haya producido. Implica, por tanto, un juicio, en este caso negativo, sobre una actividad religiosa que no es propio de un Estado laico. Piénsese, por ejemplo, en otros profesionales que atienden al moribundo como es el médico no están afectados por ninguna prohibición.

La prohibición viola el principio de igualdad del artículo 14 CE y el 1.2 LOLR, constituyendo una discriminación por motivos religiosos. La discriminación es doble: de un lado, frente a otras personas que pueden influir en la última enfermedad del testador como son los médicos; en segundo lugar, supone una discriminación del sacerdote católico frente a los ministros de culto de otras religiones que no quedarían afectados, ya que como hemos indicado la prohibición no puede extenderse por analogía. Ahora bien, no se resuelve la discriminación extendiendo la prohibición a los ministros de culto de otras confesiones porque supondría la extensión al resto de las confesiones de una situación de discriminación por motivos religiosos.

Constituye una limitación de la libertad religiosa del testador en aras a la protección de su libertad de testar y en base, exclusivamente, a una situación hipotética de captación de la voluntad. Supone una violación de la libertad de culto que conforme al artículo 2.1. b) LOLR forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa. La limitación se produce por el hecho de que si quiere dejar una disposición a favor del sacerdote que le asiste en el último momento, como agradecimiento o como expiación de culpas, no puede confesarle, con las importantes implicaciones de conciencia que tiene para un católico la confesión.

Además, se produce otra violencia en la conciencia del católico y es el caso, más frecuente en la práctica, que una persona decida dejar a su director espiritual, con el que viene confesándose, alguna manda benéfica, tendría que prescindir de su confesión.

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, nos encontramos que la prohibición implica, de un lado, la limitación del derecho a realizar actividades culturales y, de otro, la limitación de la capacidad para la

adquisición de bienes que no aparece justificada en virtud de los Acuerdos del 79.

Creemos que la norma, aparte de no cumplir con la finalidad con la que se creó, supone una violación clara de principios y libertades básicas de nuestro Estado de derecho que no se justifican por el bien jurídico que se trata de proteger, la libertad de testar, de rango jurídicamente inferior a los principios constitucionales y derechos fundamentales que lesionan. Pensamos, consecuentemente, que el precepto adolece de inconstitucionalidad sobrevenida.

