

# ¿INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO CONTRARIA A LOS DERECHOS HUMANOS? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 de julio de 2004) (a) (b)

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

DAVID BONDIA GARCIA  
Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Barcelona

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Previo. 2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la función del Tribunal de Estrasburgo. 3. Los hechos probados y su interpretación. A) Resumen de los hechos considerados probados. B) Los procesos judiciales. II. PRIMERA PARTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE JULIO DE 2004 DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNO. 1. Voluntad de la testadora secundum legem. Quae lex? A) Las fuentes del Derecho en Andorra. B) El recurso al Derecho civil catalán moderno: no como fuente de Derecho, pero si como elemento de comparación. C) La interpretación de la palabra «hijos» en el *ius commune*. D) La interpretación de los juristas catalanes antes de la Compilación de 1960. E) La Compilación de 1960. 2. ¿La testadora vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos? III. SEGUNDA PARTE: MÉTODO, DESARROLLO ARGUMENTAL Y CRÍTICA DE LA LABOR INTERPRE-*

---

(a) Los apartados I.3 y II han sido redactados por Esther Arroyo i Amayuelas y los I.2, II y III por David Bondía García. Son de redacción conjunta I.1 y V La contribución de la Dra. Arroyo i Amayuelas se enmarca en el Proyecto de investigación dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll, BJU 2002-02594 y en el *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00022). El trabajo del Dr. Bondia Garcia forma parte del Proyecto BJU 2003-04240 dirigido por la Prof. Dra. Victoria Abellán Honrubia y se insiere en el *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00025).

(b) Mientras este trabajo se encontraba en prensa se ha publicado ya un comentario a esta misma STEDH 13 julio 2004. *Vid.* PINTENS, Walter, 18 (2004) *Familieu Recht*, 1.467-1.471.

TATIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2004. 1. *La evolución jurisprudencial en la interpretación de los arts. 8 y 14 CEDH.* A) El derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). B) Las obligaciones positivas del Estado. C) El principio de no discriminación en el articulado del CEDH (art. 14 CDEH). D) La falta de competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para garantizar el derecho a la vida privada y familiar en el caso «Pla Puncernau c. Andorra». 2. *La interpretación del Tribunal Europeo: hacia una uniformización en materia de Derechos Humanos.* 3. *El margen nacional de apreciación.* IV. TERCERA PARTE: EFECTOS Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE JULIO DE 2004. A) Reparación: consecuencias de la constatación de la violación. B) Los efectos de la sentencia de 13 de julio de 2004. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *Previo*

§ 1. En 1995, Andorra ratificó el Convenio Europeo para la salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (= CEDH) (1). Poco tiempo después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (= TEDH) condena al Gobierno andorrano, en sentencia (= STEDH) de 13 de julio de 2004, por infracción del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en combinación con el art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), en un caso que los recurrentes consideraban susceptible de ser recurrido con base en una discriminación por razón de filiación.

§ 2. En realidad, sin embargo, tan sólo se trataba de dilucidar la interpretación de la voluntad de la testadora. En concreto: si ésta se refería a los hijos adoptivos cuando ponía en condición, en un fideicomiso, a los descendientes de legítimo y canónico matrimonio del hijo al que instituía primer heredero. Un tema, pues, de Derecho privado, que única y exclusivamente afecta a la autonomía de la volun-

---

(1) La fecha de ratificación es 21 de diciembre de 1995 (Butlletí Oficial del Principat d'Andorra [= BOPA] núm. 83, de 22 de diciembre de 1995) y la de entrada en vigor, 22 de enero de 1996. Recopilado en SCHULZE, Reiner, ZIMMERMAN, Reinhard, ARROYO AMAYUELAS, Esther (coords.), *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2002, II-1, 309 ss.

tad de las personas, y no un caso de discriminación legal por inadecuación de la legislación a la Constitución (andorrana, en el supuesto de hecho).

§ 3. La STEDH de 13 de julio de 2004 admite que la voluntad de la testadora podía haber sido la de excluir a los nietos adoptivos, tal como afirma el Tribunal Superior de Justicia de Andorra (= TSJA); sin embargo, el TEDH realiza una interpretación correctora por considerar que, en el momento en que se defiere la herencia a la muerte del fiduciario, esta solución ya no puede sostenerse por ser contraria a los Derechos humanos.

§ 4. La decisión es, desde luego, desacertada y sobre todo lo es por entrar a valorar de nuevo los hechos, con la única finalidad de reinterpretar *ad gustum* la voluntad de la testadora. En ningún momento se justifica la decisión en un eventual error del Tribunal andorrano por haber prescindido de elementos necesarios para la interpretación que habrían podido hacer variar la solución del pleito. El desacierto es mayor si se tiene en cuenta que la solución supone una desviación de los criterios interpretativos previa y tradicionalmente utilizados por el TEDH.

## 2. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la función del Tribunal de Estrasburgo*

§ 5. El CEDH es un Tratado internacional adoptado en el seno del Consejo de Europa que tiene por objeto garantizar determinados Derechos humanos y libertades fundamentales, con la finalidad de preservar un patrimonio común de respeto y libertad en todos los Estados miembros (2). Tal instrumento de integración está destinado a proyectarse en los Derechos nacionales (3). Si los Estados Partes se apartan de lo establecido en él y de la interpretación que del mismo lleva a cabo el TEDH, contraviniendo así el sistema de protección de los Derechos humanos, se exponen a ser condenados por el citado Tribunal. Las STEDH declaran la violación de las disposiciones del CEDH y dejan a los Estados la determinación del modo de reparación del daño causado.

---

(2) Sobre la historia del CEDH y su naturaleza jurídica, LASAGABASTER HERRARTE, I., «presentación», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Cívitas, 2004, 19-22.

(3) KASTANAS, E., *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 15.

§ 6. La intervención del TEDH sólo se produce a título subsidiario en aquellos supuestos en los que se alegue una vulneración de las disposiciones del CEDH por parte de las autoridades nacionales y aquella no haya sido reparada, o lo haya sido de manera imperfecta (*vgr.* cuando ya no es posible revisar la sentencia pronunciada por el juez nacional) (4). En la resolución de estos conflictos, el TEDH, dependiendo de los intereses que se encuentren en conflicto y aplicando su propio método interpretativo, deberá analizar si existe o no violación del CEDH para lo cual deberá comprobar si existe o no una solución común en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

§ 7. Las autoridades de los Estados Partes, y sobre todo, las jurisdicciones nacionales, deberán aplicar las disposiciones del CEDH también en los supuestos en que los interesados no estimen necesario u oportuno recurrir ante el TEDH (5). Una vez agotados los recursos internos, éste ofrecen a los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte un *forum* eficaz para reclamar la protección de sus derechos. Esta supervisión internacional no tiene tan solo una función de revisión o de corrección; su interpretación y clarificación tiene un efecto creativo respecto al comportamiento de los Estados Partes (6).

§ 8. En el marco de estas consideraciones se procederá a cuestionar los argumentos utilizados por el TEDH para constatar la violación del art. 14 CEDH en combinación con el art. 8 en el asunto «Pla y Puncernau c. Andorra».

### 3. Los hechos probados y su interpretación

§ 9. Vienen explicitados en la STEDH que ahora se analiza y, precedentemente, en las decisiones sobre admisibilidad de la demanda

---

(4) Sobre la subsidiariedad, PETZOLD, H.: «The Convention and the Principle of Subsidiarity», en MACDONALD, R., MATSCHER, F., PETZOLD, H., *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 61. Sobre el particular, *vid.* epígrafe III-3, § 132 ss.

(5) Debe tenerse en cuenta que el CEDH no prevé ningún procedimiento análogo al establecido en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (= TCE) que permita reenviar cuestiones prejudiciales de interpretación al TEDH. En otro orden de consideraciones, ello ha sido considerado como margen de libertad de los jueces nacionales para interpretar el CEDH. *Vid.* DEBET, Anne, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, 45.

(6) VAN BOVEN, T., «General course on Human Rights», en *Collected Courses of the Academy of European Law* 1993, IV-2, The Hague, European University Institute, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 31.

nº 69498/01 en el pleito «Pla y Puncernau c. Andorra»; toda la documentación puede encontrarse en la página web del TEDH (7). De ahí hemos obtenido también los datos de las sentencias en cualquiera de las instancias previas a la demanda ante el TEDH.

#### A) Resumen de los hechos considerados probados

§ 10. En 1949 murió Carolina Pujol Oller, viuda de Francesc Pla Guash, dejando tres hijos : Francesc-Xavier, Carolina y Sara. En 1939, la ahora difunta había redactado un testamento ante notario que contenía una cláusula en la que establecía una substitución fideicomisaria instituyendo heredero fiduciario a su hijo Francesc-Xavier y substitutos vulgares, para el caso de que éste no pudiera ser heredero, a su hermana Carolina que, a su vez, era substituida, en las mismas circunstancias, por su sobrino, Josep Antoni Serra Pla, hijo de Sara. Además, en cuanto a la determinación de los herederos fideicomisarios, la Sra. Carolina estableció la siguiente cláusula:

«[E]l que arribi a ésser hereu legítim haurà de transmetre forçosament l'herència a un fill o nét de legítim i canònic matrimoni. I si mor sense fills ni néts de legítim i canònic matrimoni passarà l'herència als fills o néts dels substituts vulgars abans esmentats» [«Quien llegue a ser heredero legítimo deberá transmitir forzosamente la herencia a un hijo o nieto de legítimo y canónico matrimonio. Y si muere sin hijos ni nietos de legítimo y canónico matrimonio pasará la herencia a los hijos o nietos de los substitutos vulgares antes mencionados»].

§ 11. El sucesor y heredero fiduciario fue el primer hijo instituido, Francesc-Xavier Pla Pujol.

§ 12. El día 11 de noviembre de 1969, el Sr. Francesc-Xavier Pla Pujol y su esposa, Roser Puncernau Pedro, que lo era por matrimonio canónico, adoptaron un niño en La Coruña, de nombre Antoni Jesús, en la modalidad de adopción plena, tal y como preveía el CC entonces vigente (versión de 1958). Posteriormente, adoptaron otra niña. En la escritura de adopción se preveía que el hijo llevaría los apellidos de los padres adoptantes y que tendría los mismos derechos que correspon-

---

(7) <http://www.coe.int>.

derían a los hijos legítimos, de acuerdo con el «Código civil catalán» (debe entenderse hecha la referencia a la Compilación de Derecho civil Especial de Cataluña, de 1960) vigente en Andorra.

§ 13. El Sr. Francesc-Xavier Pla Pujol otorgó testamento en 1995, en virtud del cual instituía heredera a su esposa y legaba determinadas cantidades de dinero a sus hijos. Posteriormente, otorgó codicilo el día 3 de julio de 1995, en el que legaba en nuda propiedad sus bienes inmuebles procedentes de la herencia de su madre a su hijo Antoni y atribuía el usufructo a su mujer. Francesc-Xavier murió el día 12 de noviembre de 1996 sin haber revocado dichas disposiciones y el 27 de noviembre del mismo año éstas se hacían públicas.

§ 14. El problema radica en determinar si la disposición de última voluntad del Sr. Francesc-Xavier se ajusta a la voluntad de su causante, la Sra. Carolina Pujol Oller. Partiendo de la hipótesis que la herencia materna estaba gravada de fideicomiso, el Sr. Francesc-Xavier Pla Pujol sólo podía disponer en testamento (a título de heredero) o codicilo (a título de legado) de los bienes que fueran suyos y no estuvieran gravados; no, por tanto, de los procedentes de la herencia de su madre. Éstos, por voluntad de la Sra. Carolina Pujol, estaban vinculados en beneficio de los descendientes de Francesc-Xavier que reuniesen la cualidad de ser «de legítimo y canónico matrimonio».

§ 15. No consta que hubiesen otros descendientes diferentes de los hijos adoptivos, por lo cual las que se creen con derecho al fideicomiso, Immaculada y Carolina Serra Areny, biznietas de la testadora, reclaman la herencia. No debe omitirse, aunque no sea objeto del pleito, que si la cualidad de fideicomisario acabara predicándose del hijo adoptivo, el Sr. Antoni Pla, éste podría exigir los bienes libres del gravamen de usufructo con el que el heredero fiduciario benefició a su esposa.

## B) Los procesos judiciales

§ 16. El 17 de julio de 1997, las señoras Carolina Serra Areny e Immaculada Serra Areny interpusieron demanda ante la Batllia d'Andorra (equivalente al Juzgado de 1ª instancia) (8) solicitando la nulidad del co-

---

(8) *Llei Qualificada de la Justícia*, de 3 de septiembre de 1993 (BOPA núm. 51, de 28 de septiembre de 1993), art. 47: «[L]a Batllia d'Andorra és la jurisdicció de primera instància i instrucció en tots els àmbits jurisdiccionals. La Batllia d'Andorra està composta pel conjunt de Batlles en un nombre no inferior a vuit (8) així com pel seu President. El President del Tribunal de Batlles serà alhora el President de la Batllia».

dicilo y la declaración de la cualidad de herederas fideicomisarias, así como la restitución de los bienes y el pago de daños y perjuicios por la posesión indebida de los bienes por parte del heredero aparente.

### B.1) La Batllia

§ 17. La demanda fue desestimada en esta primera instancia, el 14 de octubre de 1999. El juez entendió que, de acuerdo con la substitución fideicomisaria «*si sine liberis decesserit*» ordenada por la Sra. Carolina, la condición de morir sin hijos el instituido no se había cumplido y, por lo tanto, no entraban como substitutos fideicomisarios los descendientes de los substitutos vulgares (descendientes de la línea colateral del instituido heredero fiduciario) sino los descendientes (línea directa) del instituido fiduciario. El juez equiparaba los hijos adoptivos a los nacidos dentro de legítimo y canónico matrimonio según la concepción romana que se tenía de la adopción y entendía que la voluntad de la testadora no podía haber sido la de excluir a estos últimos.

§ 18. Los argumentos son los siguientes:

«(...)

III. Considérant que les deux parties s'accordent pour dire que c'est la volonté de la testatrice au moment où elle dicte son testament qui en détermine son contenu, de sorte que le testament doit s'interpréter suivant sa volonté, celle-ci devant se déduire d'après les mots utilisés dans le testament (Digeste 50, 16, 219). Dès 1941, la jurisprudence des tribunaux andorrans (jugement du juge délégué aux appels en date du 3 février 1941) établissait que "tant dans les successions que dans les dispositions testamentaires, on doit tenir principalement compte de la volonté des testateurs comme cela se déduit de nombreuses dispositions de droit romain et de droit canon (...)".

IV. Considérant que dans le testament daté du 12 octobre 1939, la testatrice dispose que (...) "Celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un enfant ou un petit-fils d'un mariage légitime et canonique (...)". "*El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni (...)*".

Ce faisant, le testament en question établit une substitution *fidéicommissaire* selon la modalité "*si sine liberis decesserit*" (...) Si l'on procède à l'analyse de la finalité de la substitution *fidéicom-*

*missaire "sine liberis"*, l'on s'aperçoit que ce qui est recherché est le maintien du patrimoine familial au sein de la famille et, partant, la stabilité des biens et la conservation du patrimoine.

V. Considérant que pour interpréter le contenu du testament en question, il convient de prendre en compte, comme cela a été dit précédemment, la volonté de la testatrice d'après les mots utilisés et à la lumière des paramètres et de la réalité en vigueur lorsqu'elle les a exprimés.

Que lorsque le testament fut rédigé, la Constitution n'avait pas été promulguée et il n'existait aucune loi ordinaire ni d'autres dispositions analogues en la matière. En conséquence, pour interpréter le contenu des mots utilisés dans le testament, il faut se référer au droit coutumier, au «*ius comune*» découlant de la réception du droit romain et les modifications introduites par le droit canon, ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux andorrans en la matière (...) En revanche, ni la législation, ni la jurisprudence, ni la doctrine étrangère ne sont d'application en l'espèce.

Le *Corpus Iuris* contenait la figure de l'adoption et assimilait au mot "enfant" les enfants naturels et les enfants adoptifs (...) en prévoyant deux modalités d'adoption : celle qui était réalisée sous l'autorité d'un *princeps* ou celle qui se faisait par un magistrat. Dans le premier cas, on utilisait une formule consistant à demander à l'adoptant s'il voulait comme enfant légitime l'adopté et à celui-ci s'il y consentait; était également dit "la parenté par consanguinité ne se contracte pas par un acte mais par la naissance ou par la solennité de l'adoption" (Dioclétien et Maximien, *Codi* 4, 19, 13). En outre, "ni par de simples affirmations ou par fausse confession, même si les deux parties consentent en cela, mais uniquement conçus dans le cadre d'un mariage légitime ou moyennant l'adoption solennelle, les enfants deviennent tels en droit civil pour leurs pères" (Dioclétien et Maximien, *Codi* 4, 19, 14) (...)

En conséquence, dans la conception romaine de l'adoption, l'adopté sort de la famille d'origine et rompt tous les liens l'unissant à celle-ci et, parallèlement, il devient le fils de la famille de l'adoptant et, en tant que tel, il jouit, entre autres du nom de cette famille et surtout de son héritage. Cette institution a été utilisée essentiellement à des fins héréditaires. Postérieurement, deux formes d'adoption furent prévues : l'adoption pleine et l'adoption simple (*menys plena*), cette dernière ayant comme seule finalité celle de garantir les droits de succession de l'adopté dans l'héritage de l'adoptant; quant à la première forme d'adoption, elle



est fondée sur l'idée que l'adoption doit suppléer ou imiter la filiation naturelle.

(...)

VI. (...) Que si l'on tient en compte que l'adoption est une institution juridique qui a pour finalité de donner la possibilité d'avoir des enfants aux couples qui se voient privés d'en avoir (...) Ainsi l'adoption répondait déjà à cette époque à une nécessité, l'enfant adopté étant assimilé à l'enfant légitime, approche qui a été confirmée ultérieurement par la Constitution et les textes législatifs.

En conséquence, on ne peut dire que la testatrice, en utilisant cette formule, aurait souhaité exclure de l'héritage les enfants adoptés ou non biologiques. Car si telle avait été son intention, elle l'aurait prévue expressément.

Dès lors, le codicille octroyé par l'héritier, aujourd'hui décédé, Francesc-Xavier Pla Pujol, est conforme au testament dicté par la défunte Carolina Pujol Oller, et ainsi ne peut être déclaré nul (...).

## B.2) Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (última instancia en Andorra) (9)

§ 19. La decisión fue recurrida y la Sala de apelación estimó el recurso. En consecuencia, en sentencia de 18 de mayo de 2000, el TSJA (Ponente, Lluís Puig Ferriol) declaró nulo el codicilo del Sr. Francesc-Xavier Pla Pujol, de 3 de julio de 1995, y consideró herederas fideicomisarias a las Sras. Carolina e Immaculada Serra Areny, condenando además a la restitución de los bienes a la Sra. Roser Puncernau y su hijo, Antoni Jesús Pla Puncernau.

---

(9) *Llei Qualificada de la Justícia*, de 3 de septiembre de 1993 (BOPA núm. 51, de 28 de septiembre de 1993), art. 56: «El Tribunal Superior d'Andorra constitueix la més alta instància de l'organització judicial del Principat. És competent per a jutjar tots els recursos interposats contra les resolucions judicials adoptades en primera instància per la Batllia d'Andorra, en matèria civil i administrativa en els límits fixats per la Llei, així com, en matèria penal, pel Tribunal de Corts. Té també competència per examinar d'acord amb les lleis de procediment els recursos de revisió interposats contra les seves pròpies resolucions.» Una breve exposición sobre la estructura del poder judicial actualmente, FIGAREDA CAIROL, P., *Las instituciones del Principado de Andorra en el nuevo marco constitucional*, Madrid, Cívitas-Institut d'Estudis Andorrans, 1996, 57-72. Desde un punto de vista histórico, anterior a la Constitución, SABATER TOMÁS, A., «Organización y competencia de los tribunales andorranos en materia civil» (1962) *La Notaría. Estudios monográficos dedicados al Derecho civil del Principado de Andorra*, 1-36.

§ 20. A diferencia de lo que apreció el juez de primera instancia, el de apelación consideró que difícilmente la voluntad de la causante podía referirse a la descendencia adoptiva, toda vez que ésta no tenía ningún tipo de predicamiento en Andorra en la época en que a la testadora le tocó vivir. A continuación, el TSJA realiza toda una serie de razonamientos que exigen interpretar la voluntad de la testadora de conformidad con el que era el Derecho vigente en el momento de otorgar el testamento y, especialmente, en cuanto a la discriminación entre hijos legítimos y adoptivos. No es que el juez entienda aplicable al caso la ley que regula la cuestión, sino que las referencias normativas le sirven para reforzar la idea según la cual difícilmente la testadora habría querido referirse a los hijos adoptivos con la llamada a los «hijos de canónico y legítimo matrimonio» si resulta que el marco jurídico vigente los excluía de la sucesión como regla general. En su momento entraremos a dilucidar la corrección técnica de los argumentos utilizados. Ahora basta señalar la técnica que supone el recurso a la ley como parámetro de la interpretación de la voluntad del testador.

§ 21. Los argumentos fueron los siguientes (10):

«II. (...) En conséquence, le problème fondamental qui est soumis est celui de déterminer si l'enfant adopté en pleine adoption peut être considéré comme un enfant d'un mariage légitime et canonique, comme l'exigeait la testatrice (...)

III. La question doit se résoudre d'après la configuration juridique de la filiation adoptive en vigueur dans les années 1939 et 1949, c'est-à-dire lorsque Madame Carolina Pujol i Oller octroya son acte testamentaire puis décéda. Dès lors le testament devient un acte juridique à partir du moment où il est octroyé conformément aux formalités exigées par la loi. La conséquence est que, s'agissant de l'interprétation des dispositions testamentaires, dans le cas présent, il convient de s'en remettre à la situation juridique de l'enfant adoptif dans le contexte social et familial de l'année 1939, date où le testament fut octroyé et, si l'on veut, l'année 1949, date de la mort de la testatrice (...)

---

(10) Se reproduce el texto en francés que proporciona el TEDH en su sentencia, que apenas presenta diferencias significativas con el texto original de la STSJA redactado en catalán. *Vid. Jurisprudència de la Sala civil del Tribunal Superior de Justícia*, VII, Principat d'Andorra, Consell Superior de la Justícia, 2000, 371-377. Agradezco al Sr. Jordi París, del Consell General, la amabilidad que ha tenido al hacerme llegar el texto de la sentencia.

Les auteurs connaissant de manière la plus directe la réalité andorrane, mettent en relief que l'adoption est pratiquement inconnue en Andorre (Brutails, la coutume d'Andorre, p. 122), affirmation confirmée par tous les répertoires de jurisprudence andorrane, dans lesquels aucune référence à l'adoption ne figure. Ce silence est, d'autre part, parfaitement explicable dans la mesure où les dispositions de droit romain en matière d'adoption étaient difficilement transposables à la famille andorrane de la première moitié du vingtième siècle en raison des motifs suivants: depuis le dix-neuvième siècle, on pouvait la considérer comme une institution tombée en désuétude et, dans une certaine mesure, inutile, étant donné que, si d'après le droit romain, avait comme but prépondérant celui de se procurer un successeur ou héritier, cette finalité s'obtenait en Principauté d'Andorre par le biais de l'institution de l'*heretament* (Pacte de succession future spécifique au droit catalan octroyé en faveur d'un tiers), introduite par voie coutumière. Dans ce contexte social et familial, il est difficile d'envisager que, lorsque la testatrice établit l'obligation *fidéicommissaire* pour le cas où l'héritier fiduciaire décéderait sans descendance d'un mariage légitime et canonique, elle faisait également référence à la descendance adoptive, laquelle à cette époque n'était pas encrée dans la Principauté d'Andorre.

Le fait que, en l'espèce, les adoptants soient les deux époux, ne convertit pas l'adopté en enfant légitime ou matrimonial, car la distinction entre enfants matrimoniaux et non matrimoniaux est d'intérêt uniquement dans les cas d'enfants naturels, c'est-à-dire nés d'une union hétérosexuelle, tandis que parmi les enfants adoptés, la distinction entre matrimoniaux et non matrimoniaux ne s'applique pas. Dès lors, l'enfant adopté par un couple est un enfant adoptif, et non un enfant légitime ou matrimonial (...)

En outre, l'acte authentique d'adoption fut octroyé en Espagne selon la modalité espagnole de l'adoption pleine (...) Concernant les conditions et effets généraux de celle-ci, est applicable la loi du 24 avril 1958 de modification du code civil, d'après laquelle l'adoption conférait à l'adopté la condition d'enfant à l'égard du père ou/et de la mère adoptants, mais ne lui attribuait pas un statut familial à l'égard de la famille de l'adoptant. En effet, d'après l'article 174 VII du code civil espagnol, l'adoption créait un lien de parenté entre l'adoptant, l'adopté et sa descendance légitime, mais non pas avec la famille de l'adoptant. Par ailleurs, les droits de succession se trouvaient aussi limités en l'espèce. Ainsi,

l'acte d'adoption renvoyait à la législation catalane sur le sujet, la compilation de droit civil de Catalogne de 1960. L'article 248 établissait que les enfants adoptifs étaient seulement appelés à la succession *ab intestato* du père ou de la mère adoptants, mais non pas à celle du reste de la famille des adoptants. Cette règle répondait à l'idée d'après laquelle l'adoption créait uniquement un *status filii*, et non un *status familiae*.

IV. Cela signifie que, au moment de l'adoption, les enfants adoptifs de celui institué comme héritier dans les patrimoines héréditaires du père et de la mère avaient, du point de vue juridique, la condition de personnes étrangères au cercle familial, à l'égard des ascendants de l'héritier fiduciaire. Cette perspective est fortement liée à la faible incidence de l'adoption dans la conscience sociale et familiale en Andorre, tant à l'époque où le testament fut délivré qu'au moment du décès de la testatrice. En effet, la présomption de la volonté de la testatrice doit être établie en rapport avec les circonstances existantes à l'époque de son décès. Or, les enfants adoptifs de son fils légitime ou matrimonial étaient des personnes étrangères au cercle familial, des point de vue juridique et sociologique.

En effet, le fidéicommiss familial catalan *si sine liberis decesserit* a pour finalité de maintenir les patrimoines familiaux au sein de la famille légitime ou matrimoniale, et la tradition juridique catalane a toujours été favorable à exclure les enfants adoptifs du fidéicommiss familial catalan (...) (11). Ainsi, pour que les enfants adoptifs puissent être admis dans le fidéicommiss familial catalan, il faut que l'intention de la testatrice de s'écarter du sens habituel de cette institution soit indubitable. En l'espèce, l'expression "descendants d'un mariage légitime et canonique", utilisée dans le testament de 1939, ne saurait suffire pour déduire l'intention de la testatrice de s'écarter de la signification habituellement octroyée au fidéicommiss *si sine liberis decesserit* en droit de successions catalan et andorran.

V. Tout ce qui précède porte à conclure que, bien que le droit en vigueur au moment de rendre effective l'adoption reconnaissait des droits successoraux aux enfants adoptés à l'égard des parents adoptifs dans les cas de succession *ab intestato* (code 8, 48,

---

(11) La versión catalana de la sentencia cita los autores FUSARIUS y FERRER. Sus argumentos, así como los de otros juristas del *ius commune* son analizados *infra* II, 2.C y, concretamente, § 58, n. 56, 57.

10), ces mêmes droits ne peuvent être étendus à la succession testamentaire, où l'élément essentiel est la volonté du testateur. Ainsi, toute hésitation concernant l'étendue de l'expression «descendants d'un mariage légitime et canonique» doit être levée après l'analyse de la volonté de la testatrice dans le contexte social, familial et juridique dans lequel elle vécut. En l'espèce, il n'existe aucun argument favorable à l'inclusion des enfants adoptifs de l'héritier fiduciaire, étant donné la faible incidence de l'adoption en droit familial et des successions andorran, l'attribution à l'adopté d'un statut d'enfant (fils) et non de membre de la famille des parents de l'adoptant, et les finalités traditionnellement attribuées au fidéicomis familial catalan ainsi que la tradition juridique catalane et andorrane».

### B.3) Recurso de nulidad ante el Tribunal Superior de Justicia

§ 22. Roser Puncernau Pedro y Antoni Jesús Pla Puncernau invocaron lesión del derecho constitucional a la protección judicial mediante un proceso justo y vulneración del derecho a la igualdad proclamado por la Constitución andorrana (arts. 6, 10) (12). El recurso fue desestimado en fecha 28 de junio de 2000 por falta de fundamento.

### B.4) Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

§ 23. Los mismos recurrentes presentaron demanda de amparo constitucional, alegando violación del art. 13.3 (principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de la clase de filiación) (13) y del art. 10 (derecho a la protección judicial y a un procedimiento justo) de la Constitución andorrana.

---

(12) Art. 6: «[1] Totes les persones són iguals davant la llei. Ningú no pot ésser discriminat per raó de naixement, raça, sexe, origen, religió, opinió, o qualsevol altra condició personal o social. [2] Els poders públics han de crear les condicions per tal que la igualtat i la llibertat dels individus siguin reals i efectives»; Art. 10: [1] Es reconeix el dret a la jurisdicció, a obtenir d'aquesta una decisió fonamentada en Dret, i a un procés degut, substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.»

(13) Art. 13: «[1] La llei regularà la condició civil de les persones i les formes de matrimoni. Es reconeixen els efectes civils del matrimoni canònic [...]. [3] Els cònjuges tenen els mateixos drets i obligacions. Els fills són iguals davant de la llei, amb independència de la seva filiació.»

§ 24. El recurso no fue admitido a trámite debido a la falta manifiesta de contenido constitucional. En lo que ahora interesa, el rechazo se fundamentaba en las siguientes razones (Auto de 13 de octubre de 2000) (14):

«(...) Il semble évident que le jugement du Tribunal supérieur de justice se limite à clarifier et déterminer, c'est-à-dire à interpréter, un point concret de la volonté de la testatrice, manifesté dans son testament et consistant dans une substitution *fidéicommissaire* en faveur d'un enfant ou petit-fils d'un mariage légitime et canonique.

Le Tribunal supérieur de justice n'affirme à aucun moment l'existence générale d'une discrimination ou inégalité entre les enfants, selon qu'ils soient biologiques ou adoptifs. Il est évident qu'une telle déclaration violerait de manière frontale l'article 13.3 de la Constitution et, d'autre part, serait contraire à l'opinion dominante, en conformité de laquelle l'ordre juridique doit toujours être interprété, et qui considère égaux tous les enfants indépendamment de leur origine. En revanche, comme soutient en substance le ministère public «la discrimination des enfants adoptifs par rapport aux enfants biologiques ne découle pas, dans le cas présent, d'un acte des pouvoirs publics; concrètement du jugement de la chambre civile du Tribunal supérieur de justice, mais de la volonté de la testatrice ou disposant (*fidéicomitent*) qui régit la succession testamentaire», en vertu du principe de la liberté de tester, manifestation concrète du principe général de la liberté civile.

Le Tribunal supérieur de justice se limite à interpréter, selon son jugement, une clause successorale. A cet effet, il a procédé avec les moyens de la technique juridique qu'il a estimés adéquats et dans le cadre de sa compétence exclusive, dès lors que

---

(14) BOPA núm. 60, de 18 de octubre de 2000. Ponente: Joan Josep López Burniol. Los recurrentes también estimaban que había habido una lesión del derecho a obtener de los Tribunales resoluciones fundadas en Derecho porque entendían que, para resolver el pleito, el TSJA se había servido de elementos externos al testamento, no debatidos entre las partes y, además, había aplicado «derecho extranjero» para resolver el pleito (esto es, la Compilación y el CC español). El TC replica acertadamente que el TSJA sólo ha aplicado las reglas vigentes (desde hace siglos) en Andorra en materia de interpretación de testamento. La referencia al Código y a la Compilación era pertinente en la medida en que los adoptantes se habían sometido expresamente a tal normativa en el momento de realizar el negocio de adopción. De nuevo agradezco al Sr. Jordi París, del Consell General, que me haya proporcionado el texto de la sentencia del TC.

L'interprétation des actes juridiques est une question de fait qui, en tant que telle, constitue une matière réservée à la juridiction ordinaire. (...)»

§ 25. Todavía se presentó un recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional (= TC), desestimado mediante decisión de 17 de noviembre de 2000.

### B.5) Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

§ 26. En fecha de 16 de mayo de 2001 fue interpuesta una demanda contra el Gobierno andorrano ante el TEDH. De entrada se cuestionaba que en Andorra no existiese un recurso de casación ante una instancia superior lo que, según los demandantes, suponía una infracción de los arts. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) y 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo); además, se entendía que había habido infracción de los arts. 12 CEDH (derecho a contraer matrimonio) y 14 CEDH (principio de no discriminación).

§ 27. Ambas pretensiones fueron desestimadas y, en ambos casos, por falta de fundamento. Efectivamente, ni el CEDH obliga a los Estados a crear una determinada organización judicial, ni tampoco podía apreciarse ausencia de fundamentos jurídicos en las decisiones contra las cuales se recurría (15). Especialmente desafortunada fue la segunda alegación relativa a la infracción del derecho a contraer matrimonio, to-

---

(15) «[L]a Cour rappelle que, d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, l'article 6 n'oblige pas les Etats à instituer des tribunaux d'appel ou de cassation. Si de tels tribunaux sont institués, ils doivent répondre aux exigences de cette disposition (cf. n° 16598/90, déc. 11.12.1990, DR 66, p. 260; n° 20373/92, déc. 9.1.1995, DR 80, p. 56). Ce faisant, on ne saurait faire grief à l'Andorre de ne pas avoir institué une instance de cassation contre les arrêts rendus en appel. En l'espèce, la Cour constate que l'affaire des requérants a été examinée au fond à deux reprises; en première instance par le Tribunal de Batilles puis, en appel, par le Tribunal supérieur de justice d'Andorre. Ces deux juridictions ont rendu leurs jugements au terme d'une procédure contradictoire durant laquelle les requérants ont pu soumettre les arguments et moyens qu'ils ont estimés utiles à la défense de leur cause. En outre, la Cour observe que les décisions rendues par les juridictions andorranes sont dûment motivées. En dernière instance, ils ont pu former un recours d'*empara* devant le Tribunal constitutionnel andorran. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que rien dans le dossier ne permet de déceler une apparence de violation des dispositions invoquées de la Convention. Il s'ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée, conformément à l'article 35 § 3 de la Convention.» (Vid. Cour européenne, Décision partielle sur la recevabilité, Quatrième Section, p. 10).

da vez que la demanda no tenía nada que ver con el supuesto de hecho que se discutía (16).

§ 28. En un segundo momento se procedió a examinar la infracción del art. 8, aisladamente y, después, conjuntamente con el art. 14 del CEDH (17).

§ 29. El Gobierno andorrano interpuso una excepción preliminar alegando que el art. 8 del CEDH no era aplicable porque nunca había existido «vida familiar» entre la bisabuela y las biznietas, según la interpretación que de esta expresión tradicionalmente había hecho el TEDH, atribuyéndole un significado material y no puramente formal. Pero el TEDH rechaza el argumento por considerar que, todo lo contrario, cualquier aspecto relacionado con la sucesión entre parientes próximos es reconducible a la vida y el ámbito familiar al que se refiere el art. 8 y, por lo tanto, acaba concluyendo que la alegación del precepto es absolutamente pertinente (18).

---

(16) «[L]a Cour rappelle que l'article 12 de la Convention garantit à l'homme et à la femme, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. La Cour estime que la situation dénoncée par les requérants n'affecte en rien, dans sa substance, leur droit de se marier et de fonder une famille. A cet égard, la Cour n'estime pas que le droit garanti par l'article 12 ait été entravé par le fait qu'un tribunal andorran ait penché pour une interprétation d'une clause testamentaire défavorable à leur thèse. Elle ne décèle aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée en application de l'article 35 § 3 de la Convention». (Vid. Cour européenne, Décision partielle sur la recevabilité, Quatrième Section, p. 9).

(17) Art. 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar): «[1] Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. [2] No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás». Art. 14 CEDH (prohibición de discriminación): «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

(18) STEDH 13 julio 2004, § 26: «[...] Celle-ci (la vie familiale) ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribué à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 23-24, §§ 51-52). Le fait que le décès de Carolina Pujol Oller soit survenu avant l'adoption du requérant ne constitue pas une raison justifiant que la Cour adopte une autre démarche en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas* (déc.), n° 28369/95, § 35, CEDH 2000-X). Dès lors, l'art. 8 trouve à s'appliquer».



§ 30. En cuanto a la alegación conjunta de los arts. 8 y 14 CEDH, los demandantes entendían que había habido infracción de tales preceptos porque, según ellos, las decisiones del TS y del TC de Andorra establecían una discriminación injustificada por razón de filiación en materia de derechos sucesorios que atentaba contra su derecho al respeto a la vida privada y familiar.

§ 31. Todo lo contrario, los demandados alegaban la no aplicabilidad de los preceptos a la sucesión testamentaria, ya que en relación con la cuestión debatida —la interpretación de la voluntad de la testadora— no se podía considerar en ningún momento que el Estado andorrano o el TS habían cometido injerencia alguna en la vida privada o familiar de los demandantes. Además, añadían que la legislación andorrana no establecía ningún tipo de distinción entre hijos biológicos o adoptados (19). El Gobierno andorrano, frente a la alegación de infracción del art. 14 CEDH, añadía que el precepto sólo podía aplicarse en combinación con el art. 8 y, por tanto, si éste no era de aplicación, tampoco aquél.

§ 32. Pero el TEDH entendió que debía ser admitida la demanda y que los arts. 8 y 14 conjuntamente eran aplicables a un caso de sucesión testada (20).

---

(19) En Andorra, el art. 24 de la *Llei qualificada de l'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat*, de 21 de marzo de 1996 (BOPA núm. 29, de 24 de abril de 1996), establece el principio de equiparación de filiaciones y prohíbe discriminaciones entre la filiación legítima o matrimonial y la adoptiva: «[6] L'adoptat gaudeix dels mateixos drets i de les mateixes obligacions que un infant legítim en la família de l'adoptant.» En virtud de tal disposición debería entenderse corregida la *Llei de reforma del Dret de successions*, de 31 de julio de 1989 (BOPA núm. 18, de 21 de agosto de 1989), que omite cualquier consideración a los derechos de los hijos adoptivos en la sucesión intestada de los miembros de la familia adoptante.

(20) «[B]ien que l'article 8 ne garantit pas en tant que tel un droit à hériter, la Cour a précédemment admis que les questions de succession entres proches parents entrent dans le champ d'application de cette disposition, dans la mesure où elles représentent un aspect de la vie familiale (arrêts *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 23-24, §§ 52-53; *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, § 35, CEDH 2000-X). Le fait que la question litigieuse porte sur une succession par voie testamentaire et non sur une succession *ab intestat* ne constitue pas une raison justifiant que la Cour adopte une autre démarche en l'espèce. La Cour rappelle en outre qu'elle a eu l'occasion, dans des affaires antérieures, d'examiner des allégations de différence de traitement en matière de successions, tant sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 (arrêts *Marckx c. Belgique* précité, p. 24, § 54, et *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, série A n° 214-C, p. 83, § 28) que sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 (arrêts *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 18, § 40, et *Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 43, CEDH 2000-II). En l'espèce, c'est combiné avec l'article 8 que l'article 14 a été invoqué. Aussi la Cour examinera-t-elle cette question à la lumière de ces deux dispositions combinées. A cet égard, la Cour a toujours dit que l'article 14 de la

En rigor, el TEDH necesita invocar, en primer lugar, la aplicabilidad del art. 8 para poder, posteriormente, entrar a analizar y constatar la posible violación del CEDH desde el punto de vista del art. 14.

§ 33. En cuanto al fondo, los demandantes estiman que si la testadora no había establecido ninguna distinción entre hijos biológicos y adoptivos, al resolver de manera diferente, los tribunales infringen la Constitución andorrana de 1993 y el CEDH de 1950, ratificado por el Principado de Andorra en 1995. Es decir, los demandantes entienden que la causa debe ser juzgada de acuerdo con el Derecho en vigor en el momento en el que se abre la sucesión del heredero fiduciario y se hace público el codicilo (21).

§ 34. Pero, además, ponen énfasis en la idea según la cual la institución de la adopción era conocida en los Derechos supletorios (canónico y romano) del Derecho andorrano vigentes en el momento de redactar el testamento, de manera que la no exclusión expresa de los nietos adoptivos por parte de la testadora no podía interpretarse como sinónimo de voluntad de no tenerlos en consideración en ningún caso; todo lo contrario, la ausencia de distinción en cuanto a los biológicos y adoptivos y sí, sólo, entre legítimos e ilegítimos, hacía presuponer que los adoptivos igual que los biológicos habidos constante matrimonio, estaban implícitamente aludidos en el testamento (22).

---

Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences, et dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Van Raalte c. Pays-Bas* du 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-I*, p. 184, § 33 et *Camp et Bourimi* précité, § 34). Il en résulte que l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer (Vid. Cour européenne, Décision finale sur la recevabilité, Quatrième Section, pp. 9-10)».

(21) STEDH 13.07.2004, § 31: «[...] il ne faut aucun doute que l'examen de la cause doit être examiné au regard des dispositions de droit privé, lesquelles doivent être lues à la lumière du droit andorran en vigueur en 1996 et de la Convention. Or force est de constater que le Tribunal supérieur de justice a failli à son obligation d'appliquer l'ensemble de ces normes».

(22) »[Les requérants font observer que le droit andorran en vigueur en Andorre est constitué par le *ius commune*. Celui-ci intègre le droit coutumier andorran fondé sur le droit romain revu à la lumière du droit canonique. Voilà donc la base légale applicable en 1939, année où le testament fut rédigé. Certes le droit canonique ne traitait au départ l'adoption que pour ce qui était de ses effets envers le mariage. Cela étant, dès 1983, le canon 110 du code de droit canon proclama le principe de l'égalité des enfants adoptés par rapport aux enfants légitimes. Toutefois, le droit canonique constitue une source de droit supplétoire dans la Principauté d'Andorre. Ce fait résulte d'une abondante jurisprudence. En droit romain, les enfants adoptés ont les mêmes droits de succession et familiaux

§ 35. Este último argumento *sobra si*, como es manifiesto, el derecho de acuerdo con el cual los recurrentes entienden que debe interpretarse la voluntad de la testadora es el Derecho vigente en el momento en que se litiga sobre el asunto. Ahora bien, los demandantes suman una y otra alegación argumentando que la distinción referente a la filiación adoptiva no estaba contemplada por la testadora y, por tanto, que no es correcto que los tribunales la interpreten de una manera diferente que, además, es contraria a la Constitución (23).

que les enfants légitimes ou naturels. Ainsi l'adoption était prévue et par le droit canonique et par le droit romain. Par conséquent, il est indéniable que l'adoption était un acte juridique connu et utilisé par la société andorrane de 1939. Cela signifie que si la testatrice avait réellement souhaité exclure la filiation adoptive de la succession *fidéicommissaire*, elle aurait inséré une clause spécifique à cet effet comme le faisaient les notaires andorrans et catalans. A cet égard, les requérants se réfèrent aux nombreux formulaires, actes notariés et décisions judiciaires, par lesquels l'exclusion du fils adoptif aux droits successoraux a toujours fait l'objet dans la pratique d'une clause d'exclusion expresse exigeant que l'enfant soit légitime et naturel en utilisant des formules telles que «*fils de légitime, canonique et charnel mariage*» ou encore «*fils légitime et naturel de mariage canonique*» ou encore «*fils procréés de légitime et charnel mariage*». ¶ S'agissant de l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, puis par le Tribunal constitutionnel du testament litigieux, les requérants considèrent que tous les tribunaux andorrans sont assujettis à la Constitution andorrane et notamment aux dispositions constitutionnelles proscrivant toute forme de discrimination. Au demeurant, les requérants considèrent que même le droit en vigueur au moment de la rédaction du testament n'autorisait pas la discrimination opérée par le Tribunal supérieur de justice. Pour eux, il apparaît clairement que la testatrice, personne pieuse et catholique pratiquante, voulait exclure de la succession les enfants adultérins, mais nullement les enfants légalement adoptés. Dès lors que dans son testament, la testatrice n'a pas introduit de distinction concernant la filiation par adoption, il ne revient pas aux hommes, ni aux tribunaux d'opérer une distinction, qui plus est, contraire à la Constitution andorrane et à la Convention européenne. ¶ En conclusion, les requérants sont d'avis qu'il y a eu violation des articles 8 et 14 de la Convention.» Los argumentos se han extraído de los documentos sobre admisibilidad o no de la demanda y, aunque con ligeras diferencias, son luego reproducidos en la STEDH 13 de julio de 2004 que ahora nos ocupa, en los §§ 32-34.

(23) STEDH 13 julio 2004, § 35: «[C]ela signifie que le Tribunal supérieur de justice d'Andorre ne s'est pas conformé au droit applicable en l'espèce. D'après les requérants, le tribunal aurait dû interpréter le testament en accord avec la législation en vigueur en 1996, notamment la Constitution andorrane de 1993 et la loi sur l'adoption de mars 1996. De ce manquement total au respect du droit applicable découle pour eux l'atteinte par les autorités andorranes, qui sont les garants ultimes de leur droit au respect de leur vie familiale sans subir de discrimination injustifiée. Pour eux, il est clair que, dans son testament, la testatrice n'a pas introduit de distinction concernant la filiation par adoption. Dès lors, il ne revient ni aux individus ni aux tribunaux d'opérer une distinction, qui plus est, contraire à la Constitution andorrane et à la Convention européenne. De ce fait, l'arrêt du Tribunal supérieur de justice suppose une ingérence illicite dans leur vie privée et familiale, clairement discriminatoire quant au premier des requérants; or ces ingérence et discrimination sont expressément prosrites par la Constitution andorrane de

§ 36. Por su parte, el Gobierno insiste en que se trata de un tema de interpretación de la voluntad de la testadora y no de discriminación legal por inadecuación de la legislación andorrana a la Constitución (24). Y que, en todo caso, los tribunales no han hecho más que interpretar aquella de acuerdo con el margen de apreciación del que disponen (25), tratando de dar amparo a los litigantes que consideraban con mejor derecho a suceder (26). Todavía añade que la interpretación ha sido realizada correctamente a la vista del que era entonces el derecho vigente, no porque éste se entendiera aplicable al caso sino porque permitía adivinar cuáles eran los valores sociales de la época que, probablemente, la testadora debía compartir (27). Como refuerzo se añade que la solución del TSJA no es única y que ya antes el homónimo catalán, en sentencia de 19 de julio

---

1993 et par la loi qualifiée sur l'adoption et les autres formes de protection du mineur abandonné adoptée en mars 1996».

(24) STEDH 13 julio 2004, § 37: «[L]e Gouvernement souligne d'emblée que la législation andorrane ne contient aucune discrimination entre enfants adoptifs et enfants légitimes. Dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, la Cour a constaté une violation de la Convention mais celle-ci se fondait sur une discrimination d'origine légale. Dans le cas présent, c'est tout le contraire puisque la loi andorrane reconnaît aux petits-enfants, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptifs, les mêmes droits successoraux légaux par rapport aux parents (réserve légale en cas de succession testamentaire, droits à l'héritage en cas de succession *ab intestat*) et par rapport aux grands-parents. Pour le Gouvernement, la présente affaire s'écarte de manière substantielle de l'affaire *Marckx c. Belgique*. En effet, en l'espèce, le requérant a reçu plus de 300 000 EUR de son père et avait la même vocation successorale que sa sœur ou que n'importe quel autre frère ou sœur légitime s'il en avait eu.» Debe reconocerse que esta última afirmación no viene al caso porque, de nuevo, insiste en la libre disposición del testador, que dispone de sus bienes según su última voluntad y sin que la ley intervenga para nada en la determinación de la cantidad que éste destina a sus herederos, salvo, naturalmente, del necesario respeto a las legítimas (vid. todavía § 38).

(25) STEDH 13 julio 2004, § 38: «En second lieu, la décision critiquée s'inscrivait dans le champ de la marge d'appréciation dont disposent les Etats dans des domaines tels que celui en question en l'espèce.»

(26) Efectivamente, como argumento *ad maiorem* el TEDH añade (§ 38) que «[...] on peut estimer que la décision du Tribunal supérieur visait le but légitime de protéger le droit des véritables héritiers fidéicommissaires et, partant, tendait à la protection des droits et libertés d'autrui».

(27) STEDH 13 julio 2004, § 39: «[P]our le Gouvernement, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice correspond parfaitement à la volonté exprimée par la testatrice en 1939 et à la législation telle qu'en vigueur en Andorre lors du décès de celle-ci en 1949. Selon la tradition juridique applicable à l'époque, les fils adoptifs n'avaient pas les mêmes droits que les fils légitimes dans le cadre du fidéicommis familial dans la mesure où l'objectif de cette institution était de préserver le patrimoine dans la famille. Or, déjà les Post-glossateurs avaient constaté que l'admission des fils adoptifs dans le fidéicommis impliquait de laisser aux mains de l'héritier fiduciaire l'accomplissement de la condition, avec le risque évident de fraude ou d'abus de droit.»

de 1993, había resuelto de la misma manera, esto es, excluyendo a los nietos adoptivos de la herencia fideicomisaria del abuelo (28).

(28) «[L]e Gouvernement souligne que le fidéicommiss familial est une institution juridique ancestrale andorrane. Elle constitue une forme d'attribution de biens, de manière volontaire et *mortis causa*, en vigueur dans la Principauté d'Andorre. Il est évident que, dans tous les cas, il faut respecter la volonté du testateur. Or, en l'absence d'éléments concernant le sens de la volonté du *de cuius*, la solution adoptée a été la prise en compte de la parenté par consanguinité, autrement dit, la seule filiation biologique que trouvant son origine dans le mariage canonique, et ce, non seulement parce que l'adoption n'a pas été considérée comme une cause de parenté familiale, mais aussi pour éviter que l'adoption ne devienne un moyen de détourner ou d'abuser de la volonté du fidéicommiss en cas de substitution *fidéicommissaire* selon la modalité «*si sine liberis decesserit*».

Dans le fidéicommiss, l'héritier *fidéicommissaire* est héritier du testateur et non de l'héritier fiduciaire. Le Gouvernement souligne que l'insertion des formules notariales utilisées dans la rédaction de l'acte juridique *mortis causa*, objet de la présente requête, est une pratique notariale ancienne et correspond à un usage consacré. Leur inclusion dans les traités de droit notarial et leur utilisation dans un testament supposaient l'exclusion de l'adoption. ¶ Se référant à l'arrêt du Tribunal supérieur de justice d'Andorre, le Gouvernement estime qu'il est conforme aux articles 8 et 14 de la Convention. En effet, au moment où le testament fut établi, en 1939, les termes «enfant ou petit-fils d'un mariage légitime et canonique» ne visaient que les enfants biologiques résultant de l'union canonique. Le Gouvernement fait observer que, pour parvenir à cette conclusion, les tribunaux andorrans ont procédé à une analyse minutieuse des circonstances de la cause. D'ailleurs, la solution adoptée par le Tribunal supérieur de justice d'Andorre ne saurait être considérée comme une position isolée. En effet, à plusieurs reprises, les tribunaux catalans, faisant application d'une législation pratiquement identique à celle en vigueur en Andorre, se sont prononcés dans le même sens dans des affaires analogues. Tel est le cas avec le jugement du 19 juillet 1993 rendu par la chambre civile du Tribunal supérieur de justice de La Catalogne). Le Gouvernement relève que le principe d'égalité des enfants, quel que soit le mode de filiation, est garanti par les articles 6 et 13 de la Constitution. Ce principe est repris par l'article 24 § 6 de la Loi qualifiée sur l'adoption et la protection des mineurs en détresse du 21 mars 1996. Ainsi, la loi reconnaît et confère aux enfants adoptifs les mêmes droits qu'aux enfants légitimes pour ce qui est de la succession qui trouve sa source dans la loi, à savoir la succession *ab intestat* et la réserve légale s'agissant d'une succession testamentaire. Sur ce dernier point, le Gouvernement souligne que les droits réservataires des enfants adoptifs sont les mêmes que ceux des enfants légitimes. En l'espèce, les enfants adoptés ont reçu la réserve légale de leur père adoptif. En revanche, s'agissant de la succession *fidéicommissaire*, l'héritier fiduciaire (en l'occurrence, l'époux et père des requérants), voit sa liberté testamentaire limitée, puisqu'il est obligé de donner aux biens la destination que le fidéicommiss leur a attribué. ¶ Le Gouvernement estime que l'application faite par le Tribunal supérieur de justice d'Andorre est tout à fait conforme au principe d'égalité. En effet, le jugement litigieux n'apparaît pas comme étant arbitraire. Bien au contraire, utilisant des critères raisonnables, la juridiction d'appel andorrane interprète et la jurisprudence et les dispositions en vigueur en Principauté d'Andorre en matière de substitution fidéicommiss en gardant à l'esprit la volonté de la testatrice. Ainsi, le tribunal prend en compte les conditions familiales et juridiques de la testatrice et les valeurs partagées par la société andorrane en vigueur au moment de son décès en 1949. De cette manière, s'il y a eu discrimination par

§ 37. Los abogados del Gobierno concluyen sus alegaciones en la misma línea en que se mueven los argumentos de los demandantes, esto es, vinculando el deber de interpretar la voluntad privada de acuerdo con las disposiciones del CEDH, pero para acabar afirmando que la sentencia del TSJA no supone una interpretación atentatoria de la dignidad de los descendientes adoptivos (29). Tal como el mismo Gobierno continúa argumentando, la discriminación es inherente a cualquier llamada a la sucesión testamentaria cuando ésta desiguala a los herederos (30).

### B.6) Resolución

§ 38. El tribunal reconoce que el caso que se examina no tiene nada que ver con otros sentenciados anteriormente en materia de discriminación por razón de filiación, toda vez que no hay ningún tipo de incompatibilidad entre la legislación andorrana y los preceptos del CEDH. Declara que lo que se trata de dilucidar es la adecuación al CEDH de la interpretación judicial de una cláusula testamentaria (31), a pesar de constatar que nadie está en mejor situación que los jueces nacionales para resolver la controversia jurídica (32). El TEDH considera

---

rapport aux enfants adoptés, celle-ci n'est pas le résultat de l'application d'une disposition légale discriminatoire, mais de la volonté privée de la testatrice qui, en l'occurrence, régissait la succession en vertu de principe de liberté testamentaire. Le Gouvernement estime que le régime légal instauré par la Constitution andorrane de 1993 ne saurait être appliqué rétroactivement à des situations nées avant son entrée en vigueur et régies par la volonté privée. Or, la succession comprenant la substitution fidéicommiss s'est ouverte en 1949. Elle était donc soumise à la légalité en vigueur à ce moment. ¶ En définitive, le Gouvernement estime que la présente affaire ne s'apparente pas à d'autres affaires examinées précédemment par la Cour telles que les affaires *Marckx* ou *Vermeire contre Belgique* ou, encore, *l'affaire Mazurek contre la France* dans la mesure où, dans le cas d'espèce, la discrimination dénoncée ne découle pas de la loi mais de la volonté du *de cujus*. ¶ En conclusion, le Gouvernement est d'avis que la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée. (Vid. Cour européenne, Décision finale sur la recevabilité, Quatrième Section, pp. 10-11). Ahora, STEDH 13.07.2004, § 40.

(29) STEDH 13 julio 2004, § 40: «[E]n définitive, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice ne contrevient nullement à la Convention car l'arrêt litigieux ne renferme aucune expression ou déclaration humiliante ou attentatoire à la dignité des enfants adoptifs; son arrêt se limite à dire que la testatrice ne les avait pas appelés à sa succession. Par ailleurs, le testament en question ne contient aucune clause qui aille à l'encontre du droit ou de l'ordre public.»

(30) STEDH 13 julio 2004, § 40.

(31) STEDH 13 julio 2004, §§ 44, 45.

(32) STEDH 13 julio 2004, § 46: «A maintes reprises, et dans des domaines très variés, la Cour a déclaré qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales et, singu-

incorrecta la perspectiva del Gobierno andorrano de querer vincular el tema con la libertad de la testadora de disponer y destinar sus bienes con base en sus preferencias (33) e insiste en que se trata tan sólo de comprobar si ha habido o no violación del art. 14 CEDH.

§ 39. Y concluye afirmativamente. Es un resultado al que llega a partir de una nueva lectura de la cláusula. En su opinión, la interpretación del TSJA es discriminatoria por arbitraria; no está justificada. Ante el silencio de la testadora —argumenta el TEDH— nada puede llevar a pensar que existía la voluntad negativa de excluir a los descendientes adoptivos de la llamada al fideicomiso. De manera que, según este razonamiento, en este caso no habría sido la ley sino el juez quien habría privado de la sucesión al nieto adoptivo (34). Y ningún argumento basado en el orden público podría hacer suponer que la protección acordada a los demandantes (Antoni Pla y Roser Puncernau) debiera prevalecer sobre la que eventualmente debería o podría ser dispensada a las biznietas de la Sra. Carolina.

---

lièrement, aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, par exemple, *Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33, p. 20, § 46; *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 61, CEDH 2003-V; *Slivenko c. Lettonie*, n° 48321/99, § 105, CEDH 2003-XI). Ce principe qui, par définition, vaut pour la législation interne, s'applique à plus forte raison dans le cadre de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel qu'une clause testamentaire insérée par un particulier dans un testament. Dans un domaine comme celui de l'espèce, les juridictions internes se trouvent à l'évidence mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique qui leur est soumise et les divers droits et intérêts concurrents (voir, par exemple, *De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, § 39, 14 marzo 2002). Appelées à se prononcer dans des litiges de cet ordre, les autorités nationales et, en particulier, les cours et tribunaux jouissent d'une grande latitude. ¶ Dès lors, un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne pourrait donc se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention».

(33) STEDH 13 julio 2004, § 57.

(34) STEDH 13 julio 2004, §§ 58-61. En concreto, § 61: «[L]a Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est à dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de «*rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*» (voir, entre autres, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 34, 26 février 2002). En l'occurrence, la Cour ne décèle pas le but légitime poursuivi par la décision litigieuse ni sur quelle justification objective et raisonnable pourrait reposer la distinction opérée par la juridiction interne. D'après elle, un enfant ayant fait l'objet d'une adoption —qui plus est d'une adoption plénière— se trouve dans la même position juridique que s'il était l'enfant biologique de ses parents, et cela à tous égards: relations et conséquences liées à sa vie de famille et droits patrimoniaux qui en découlent. La Cour a affirmé à maintes reprises que seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage.»

§ 40. El TEDH no entra a dilucidar qué derecho debe ser tenido en consideración en la argumentación del caso (romano, canónico, español o catalán) (35) —tampoco explica si se refiere a las normas civiles en materia de adopción o de fideicomiso o a las reglas de interpretación testamentaria a las que debe ajustarse el juez para averiguar la voluntad de la testadora. Además, niega que deba interpretarse el testamento según la voluntad presunta de la testadora en la fecha en que ésta lo redactó y conmina a los jueces a hacerlo según la legalidad del momento en que se produce la delación del fideicomiso para, de esta manera, mejor conseguir su «efecto útil» (sic) (36).

§ 41. Así, pues, se declara la violación del art. 14 en combinación con el art. 8 CDH porque los criterios interpretativos de los que el juez se ha servido le han llevado a un resultado que está en flagrante contradicción con los principios del CEDH. Por lo tanto, no se está juzgando tanto la conducta de la testadora cuanto la actividad del TSJA en su tarea de interpretación del testamento.

### B.7) Votos particulares

§ 42. Este resultado ha sido querido por cinco votos contra dos. Los jueces Bratza y Garlicki —con argumentos no coincidentes pero en cualquier caso convergentes— se muestran contrarios a la opinión mayoritaria:

(35) STEDH 13 julio 2004, § 56.

(36) STEDH 13 julio 2004, § 62: «[L]a Cour rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage (arrêt *Mazurek* précité, § 30). Ainsi, à supposer même que la clause testamentaire en question eut nécessité une interprétation par les juridictions internes, une telle interprétation ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment de la rédaction du testament ou du décès de la testatrice, en l'occurrence en 1939 et en 1949, dans la mesure où, notamment, une période de cinquante sept ans s'est écoulée entre la date d'établissement du testament et le moment de l'ouverture de la succession. En présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus tant dans le domaine social qu'économique et juridique, le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités. Cela vaut également pour le domaine testamentaire où toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du *de cuius* ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on «ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit», et sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour.»



a) En primer lugar, el juez Bratza remarca la confusión en la que se incurre al confundir la restricción de derechos operada por el juez andorrano y la que dispone el propio causante al ordenar la sucesión. Sólo el primer caso es susceptible de ser juzgado por infracción del CEDH. En el segundo, el juez no hace más que interpretar la voluntad de la testadora (37). En segundo lugar, niega la eficacia directa del CEDH en las relaciones entre particulares en materia de discriminación sucesoria por razón de filiación (38) y, por eso, entiende que la cláusula en virtud de la cual se interpreta que la testadora ha discriminado entre descendientes biológicos y adoptivos no es en absoluto incompatible con los ideales del CEDH. Critica que en lugar de juzgar el rigor de la actividad judicial a la hora de interpretar y aplicar el derecho interno —para determinar si es manifiestamente arbitraria—, el TEDH suplante la decisión del TSJA en la búsqueda de una solución más acorde con sus preferencias (39). Y, finalmente, remata su lúcida argumentación

---

(37) Opinión disidente, § 3: «[A]insi qu'il ressort des termes de l'arrêt du Tribunal supérieur de justice d'Andorre —lequel fait droit à l'appel des sœurs Serra Areny et constate que le premier requérant, en tant qu'enfant adoptif de l'héritier fiduciaire désigné par le testament de Caroline Pujol Oller, était exclu de la succession testamentaire—, la juridiction en question a voulu donner effet à l'intention qu'avait eue la testatrice elle-même en exerçant son droit de transmettre ses biens à son décès. A cet égard, les circonstances de l'espèce sont bien différentes de celles qui ont souvent été examinées par la Cour, en particulier sous l'angle de l'article 10 de la Convention, où c'était les propres décisions des juridictions nationales qui avaient restreint, pénalisé ou d'une autre manière porté atteinte à l'exercice du droit en question protégé par la Convention et qui devaient être justifiées.»

(38) Opinión disidente, § 4: «[L]e fait qu'au regard de la Convention toute discrimination entre individus (moyennant par exemple l'établissement de distinctions fondées sur les liens biologiques ou adoptifs entre enfants et parents dans l'exercice des droits successoraux) soit interdite aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers d'opérer une discrimination en faisant de pareilles distinctions dans la transmission de leurs biens.»

(39) Opinión disidente, § 11 L'arrêt se poursuit en affirmant que l'interprétation du testament par le Tribunal supérieur, qui consiste à attribuer à la testatrice une volonté négative, «est par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé (*ibidem*)». § 12: «A mes yeux, pareille analyse ne rend pas compte du raisonnement suivi par le Tribunal supérieur, qui a recherché la signification à donner à la clause testamentaire litigieuse à la lumière des circonstances tant factuelles que juridiques de l'époque où le testament fut rédigé. Que ce raisonnement soit convaincant ou non et que l'on penche ou non en faveur de l'avis du tribunal des batlles, il m'est impossible de conclure à l'instar de la majorité que la décision du Tribunal supérieur était déraisonnable, arbitraire ou «en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention» (paragraphe 59). Je ne puis davantage admettre l'avis de la majorité selon

contradiciendo a la mayoría que afirma que la voluntad de la testadora no debía interpretarse de acuerdo con la situación social y jurídica de la época en que se redactó el testamento (40).

b) El juez Garlicki no considera errónea o irracional la interpretación realizada por el TSJA e, igual que el juez Bratza, considera que, en esta materia, el CEDH no tiene eficacia directa entre particulares. Aunque no lo admite en el caso que ahora nos ocupa, opina que el Estado podría impedir la ejecución de determinadas cláusulas testamentarias que fueran incompatibles con los principios del CEDH (41).

lequel, dès lors qu'il était «superfétatoire» d'interpréter le testament comme excluant les enfants adoptifs, «pareille interprétation s'analyse (...) en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux» (paragraphe 60).»

(40) Opinión disidente, § 14: «[...] j'estime que si les juridictions nationales avaient la faculté —et je pense qu'elles l'avaient— de s'appliquer à rechercher quelle était la volonté de la testatrice en recourant à la clause litigieuse, elles pouvaient aussi, en principe, interpréter la clause à la lumière de la situation sociale et juridique qui prévalait à l'époque de la rédaction du testament, plutôt qu'à l'époque où il a fallu examiner la clause.»

(41) «[N]éanmoins, il semble tout aussi évident que le niveau de protection contre un acte privé ne saurait être équivalent au niveau de protection contre un acte de l'Etat. Le simple fait qu'au regard de la Convention il puisse être interdit à l'Etat de prendre certaines mesures (comme l'introduction en matière successorale de distinctions entre les enfants – voir *Marckx c. Belgique*, 1979; *Vermeire c. Belgique*, 1991; *Mazurek c. France*, 2000) ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers de prendre de telles mesures. En d'autres termes, ce qui est interdit à l'Etat n'a pas forcément à l'être aussi aux individus. Bien sûr, dans de nombreux domaines cette interdiction peut sembler nécessaire et fondée. Cependant, il ne faut pas oublier que toute interdiction pesant sur un acte privé (ou tout refus de faire exécuter judiciairement un tel acte) protège les droits de certaines personnes mais restreint inévitablement ceux d'autres individus. Cela est particulièrement visible concernant les relations qui sont «purement» de droit privé, comme la succession. L'idée même d'un testament est de déroger au régime successoral commun, c'est-à-dire d'opérer une distinction entre héritiers potentiels. En même temps, le testateur doit conserver une certaine liberté dans la transmission de ses biens, liberté qui est protégée tant par l'article 8 de la Convention que par l'article 1 du Protocole n° 1. Ainsi, j'estime que la règle devrait être la suivante : l'Etat doit donner effet aux clauses testamentaires privées, sauf circonstances exceptionnelles où la clause peut être considérée comme étant incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou visant à la destruction des droits et libertés qui y sont reconnus. Cependant, l'existence de telles circonstances exceptionnelles doit, comme toujours, être clairement établie; elle ne peut être présumée. Aucune circonstance exceptionnelle de ce type n'existait dans l'affaire Pla et Puncernau. La testatrice avait pris une décision qui était peut-être injuste mais qui ne saurait, même au regard des critères actuels, être considérée comme incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou comme visant d'une autre façon à la destruction des droits garantis par la Convention. Ainsi, l'Etat était soumis à l'obligation de respecter et de faire appliquer son testament; il ne devait ni ne pouvait substituer aux dispositions testamentaires ses propres critères successoraux. En conséquence, on ne saurait juger que l'Etat a porté atteinte à la Convention en donnant effet à cet instrument.»

## II. PRIMERA PARTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE JULIO DE 2004 DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO CIVIL

### 1. *Voluntad de la testadora secundum legem. Quae lex?*

§ 43. Como ya se ha señalado reiteradamente, el pleito gira alrededor de una única cuestión: la averiguación de la voluntad de la testadora en la determinación del heredero instituido como fideicomisario en una substitución fideicomisaria condicional «*si sine liberis decesserit*» en la que los hijos puestos en condición son llamados a la substitución:

«[E] que arribi a ésser hereu legítim haurà de transmetre forçosament l'herència a un fill o nét de legítim i canònic matrimoni. I si mor sense fills ni néts de legítim i canònic matrimoni passarà l'herència als fills o néts dels substituïts vulgars abans esmentats.»

§ 44. En este caso hay una llamada expresa como fideicomisarios a los hijos del fiduciario, tanto en la cláusula de substitución («*haurà de transmetre forçosament l'herència a un fill o nét de legítim i canònic matrimoni*») como en la condición («*i si mor sense fills*»). Generalmente, si los hijos puestos en condición no son llamados expresamente, no se les considera llamados a la substitución de manera que, si existen, se purifica el fideicomiso y el heredero fiduciario acaba siendo heredero puro y libre. Esto es así, a no ser que deban entenderse llamados como substitutos vulgares en fideicomiso según deducción de una voluntad presunta del testador en determinadas circunstancias (42). Sin embargo,

---

(42) Vid. CANCER, I., *Variarum Resolutionum*, I, Barcinonae, 1594, Pars I, Cap. I, núm. 35, 6: «[C]ertum et communem esse opinionem, et in hoc Principatum, et ubique terrarum receptam, filios et descendentes positos in conditione non censi positos in dispositione [...] Certum est etiam dicta communem opinionem limitari ubi concurrunt aliquae testatoris coniecturae, ut omnes doctores qui huiusmodi controversiam tractatur fatentur»; FONTANELLA, I. P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, II, Lugduni, 1668, Dec. 524, núm. 7, fol. 473: «[S]olum poterat dici in favorem filiorum, eos tanquam positos in conditione posse dici vocatos, sed cum non concurrerent coniecturae, apud non ea praetensio non poterat subsistere, nec deduci nos enim parce admodum in vocationibus filiorum positurum in conditione nos gerimus, requirentes coniecturas, nec omnes quidem arbitantes sufficientes, sed paucas admittentes, ut alias diximus in alis locis in nostris operibus, quarum nulla hic considerabatur; BONFINO, F.A., *De iure fideicomissorum*, Venetiis, 1741, T. I, Disp. 25, núm. 1, p. 101 y Disp. 26, núm. 4 i 5, p. 105 («filii in conditione positi non censentur dispositive vocati, nisi concurrentibus coniecturis»). DURAN Y BAS, M., *Memoria de las instituciones de Derecho civil de Cataluña, escrita*

uno u otro planteamiento no hace variar el resultado del problema que nos ocupa, que no es otro que tratar de saber si los descendientes del fiduciario pueden reputarse tales a los efectos de determinar la ulterior destinación de los bienes:

a) si es que sí, es fideicomisario el Sr. Antoni Pla sobre los bienes destinados en codicilo por el heredero fiduciario, lo cual significa que, en esta parte, el Sr. Antoni sucede a la fideicomitente, la Sra. Carolina Pujol. Por el contrario, en un fideicomiso «*si sine liberis*» en el que los hijos no estuvieren puestos en condición, el Sr. Antoni debería reputarse sucesor de su padre y, por tanto, también en relación con los bienes que éste recibió de la testadora fideicomitente. Como ya se ha dicho, no obstante, este no es el caso, toda vez que los hijos están llamados en la disposición y en la substitución.

b) si resulta que no, que el Sr. Antoni no puede reputarse descendiente de legítimo y canónico matrimonio por su condición de adoptado, entonces la cualidad de substitutas fideicomisarias recae sobre las biznietas de la Sra. Carolina.

§ 45. El asunto plantea un problema de interpretación de la voluntad de la testadora, teniendo en cuenta que «*in dubio voluntas testatoris censetur conformis dispositioni iuris*» (43). Todas las instancias están de acuerdo —incluso el TEDH— en que el parámetro que debe servir para deducir aquella voluntad es el derecho vigente en el momento de redactar el testamento (año 1939). Otra cosa es que después el TEDH pro-

---

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880, Barcelona, 1883, 260 [anastática, MIRAMBELL ABANCÓ, A. SALVADOR CODERCH, P., *Projecte d'Apèndix i materials precompileris del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1995, 378]; BROCA Y MONTAGUT G. Mª de AMELL LLOPIS, J., *Instituciones de Derecho Civil Catalán vigente ó sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo*, II, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886<sup>2</sup>, § 688, 367 ss.; BORELL I SOLER, A. Mª, *Derecho civil vigente en Cataluña*, V, Barcelona, 1944<sup>2</sup>, § 455, 130-135; ROCA SASTRE, Ramon Maria, «El fideicomiso «*si sine liberis decesserit*» y el Código civil», en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, 119-121; MASPONS I ANGLASELL, F., *Fons de Dret català*, Barcelona, 1963, núm. 276, 248-250. En la jurisprudencia, son muchas las decisiones del Tribunal Supremo que consideran no llamados a la substitución a los hijos puestos en condición. Por ejemplo, STS 7 de julio de 1932 (RJ 1933), 23 de marzo de 1956 (RJ 2406). Igualmente, STCasación de Cataluña de 8 de octubre de 1936 (DOGC de 20 abril 1937, 99-104) y, recientemente, poniendo de manifiesto las diferencias entre el Derecho pre y post compilado (art. 174 y 175 CDCC) y posteriormente codificado (art. 198-199 CS), *vid.* la STSJC 5 de febrero de 2001 (RJ 8172) en pleito procedente de la Audiencia de Girona (S. de 19 de julio de 2000, RJ 1537).

(43) Cita de FERRER, M., *Observantium Sacri Regii Cathaloniae Senatus*, Barcinone, 1608, Cap. 358, núm. 6, 235v.

pugne —incorrectament— la necesidad «de actualizarlo» de acuerdo con la realidad de la época en que se produce la delación del fideicomiso (año 1996). Sobre el tema volveremos más adelante.

§ 46. Una primera aproximación al problema exige, pues, determinar cuál era este derecho y qué disposiciones son pertinentes para resolver el problema de interpretación de la cláusula testamentaria. En la segunda parte de este trabajo se analizará la sentencia de 13 de julio de 2004 desde el punto de vista de la corrección técnica de los argumentos del Tribunal de Estrasburgo, del apartamiento de los precedentes que la misma supone y de la novedad que implica que por primera vez se aplique el CDEH en la interpretación de una cláusula testamentaria.

#### A) Las fuentes del Derecho en Andorra

§ 47. Las fuentes del Derecho en Andorra son: ley, costumbre y Derecho común (44). Más concretamente, tras la entrada en vigor de la Constitución del Principado de Andorra, de 28 de abril de 1993 (45), la prelación sería la siguiente: 1. la Constitución; 2. los Acuerdos y Tratados internacionales; 3. Las normas del Consejo General de los Valles de Andorra; 4. Las normas del Gobierno y de las colectividades lo-

---

(44) FITER ROSSEL, A., *Manual Digest*, ed. crítica publicada por el *Consell General del Principat d'Andorra*, Andorra, 2000, Llibre II, Cap. IV, 287: «[E]n lo principi de la Causa, com tambe en son progres, y definicio, o sentencia deu Observar lo Judge lo modo, forma, y disposicio del dret Comu (que es lo que se observa en las Valls d'Andorra) menos en aquellas Cosas en que es abregat per alguna lley patria, Contria Consuetud, las quals se deuen Observar las 1<sup>as</sup>.» El texto data de 1748 (Debo agradecer al Sr. Joan Argemí, de la Biblioteca Jurídica del Consell Superior de la Justícia d'Andorra, que tal amablemente se preocupara por hacérmelo llegar); PUIG, Antoni, *Polítar Andorra*, transcripción, introducciones y notas de Lúdia Armengol, Manuel Mas y Antoni Morell, Principat d'Andorra, Conselleria d'educació i cultura (ed.), 1983, 115 (Llibre 2, cap. 4, núm. 130): «[...] en Andorra se deu observar la disposició de dret comú y costums particulars, com á tals inconcussament observats en lo intervalo de molts anys». El texto data de 1763. En cuanto a la primacía del «derecho indígena andorrano» sobre el *ius commune*, vid. Sentencia del Tribunal d'Apel·lacions de 19 de febrero de 1955 [OBIOLS I TABERNER, C., *Jurisprudencia civil andorrana. Jutjat d'Apel·lacions: 1945-1966*, Col·lecció «Monumenta Andorrana», Andorra, Casa i Vall (ed.), 1969, 99]. Un resumen, en GRAMUNT SUBIELA, J., *El Derecho civil en el Principado de Andorra*, Tarragona, 1928, 20-23 y, contemporáneamente, lo recuerda VIÑAS FARRÉ, R., *Dret internacional privat del Principat d'Andorra*, Vol. I, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2002, 24-25; SABATER TOMÁS, «Organización», 39-42.

(45) BOPA núm. 24, de 4 de mayo de 1993.

cales; 5. El Derecho de costumbres y el Derecho común (= *ius commune*) (46).

§ 48. En Andorra el Derecho común es y siempre ha sido el Derecho supletorio aplicable en defecto de las dos primeras fuentes citadas — ley y costumbre—, comprensivo del Derecho romano y canónico y del Derecho catalán (47). Son estos mismos ordenamientos los que, a su vez, impregnan la costumbre andorrana (48).

(46) El art. 6 de la *Llei aprovatòria del Codi de l'Administració*, originàriamente promulgada el 26 de septiembre de 1989, establece las fuentes del Derecho en Andorra y, aunque no ha sido formalmente derogado por la Constitución, sin embargo la jerarquía normativa que no corresponde a la realidad tras la vigencia de esta última. Agradezco al Sr. Jordi París y al Sr. Valentí Martí, ambos del Consell General, la amable conversación mantenida en torno a este punto.

(47) BRUTAILS, J.A., *La coutume d'Andorre*, Andorra la Vella, Casal i Vall (ed.), 1965<sup>2</sup>, 48: «[P]resque tous les notables et juriconsultes auxquels je me suis adressé m'ont déclaré que le droit applicable en Andorre est, en premier lieu, le droit local, savoir les décisions des autorités compétentes et la coutume; en second lieu, le droit romain; ensuite, le droit catalan; enfin et sur ce dernier point les opinions sont partagées, le droit canonique ou le droit castillan». Pero el autor opina que el derecho catalán debe aplicarse antes que el derecho romano: «[...] c'est un fait incontestable que le droit supplétoire de l'Andorre est le droit catalan» (p. 50); «[N]ous pouvons donc affirmer a priori que le droit catalan prime le droit romain en Andorre»; [...] comment veut-on que le droit catalan, qui présente de telles analogies avec la coutume andorrane, cède le pas au droit romain quand il s'agit de compléter cette coutume?» (p. 51). Sobre la aplicación del Derecho civil catalán por los notarios, *vid.* RÍOS URRUTI, F. de los, *Vida e instituciones del pueblo de Andorra. Una supervivencia señorial*, Madrid, Junta para la aplicación de estudios e investigaciones históricas. Centro de estudios históricos (ed.), 1920 (ed. facsímil, Madrid, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1994), 88: «[L]os formularios que usan son catalanes, lo que, lejos de ser extraño, es muy lógico, puesto que de un derecho catalán algo primitivo y falto de las evoluciones que pudiera haber impuesto una esencial transformación en la economía es de lo que se trata en Andorra.» Ahora lo recuerda la Exposición de Motivos de la *Llei de reforma del Dret de successions*, de 31 de julio de 1989 (BOPA núm. 18, de 21 de agosto de 1989): «[E]l Dret successori del Principat, regulat pel Dret Català anterior al Decret de Nova Planta i pel Dret Romà, constitueix un conjunt complet i harmònic, que s'ha aplicat amb satisfacció durant segles, i ha donat lloc a una àmplia jurisprudència, que en precisa clarament l'aplicació».

(48) PIGOT, A., «L'application du «Droit commun» par le Tribunal Supérieur d'Andorre du Co-Prince français», en IGLESIA FERREIRÓS, A. (ed.), *Actes del I Simposi Jurídic Principat d'Andorra/República de San Marino. El «ius commune» com a Dret vigent: l'experiència judicial d'Andorra i San Marino*, II, Andorra, Institut d'Estudis Andorrans. Centre de Barcelona, 1994, 799. *Vid.* también el Auto del Tribunal d'Apel·lacions de 14 de mayo de 1963 (OBIOLS I TABERNER, *Jurisprudència*, 310): «[...] l'errònia i ociosa tendència, ja bastant esmorteïda, però no completament desarelada, que sota el pretext d'imprevisions normatives pretén l'aplicació de disposicions de Dret material i processal estranyes a l'ordenament jurídic del Principat, amb preterició de la «potestas legis ferendae» que ostenten els Coprínceps, indueix a recordar que el Manual Digest i el Politar de «Las Valls neutras d'Andorra», compilacions privades d'ús freqüent i de gran autoritat,

Así, según la Sentencia del Juzgado de Apelaciones de 20 de diciembre de 1956 (49):

«[...] les vicissituds i efectes de determinats factors en la història d'Andorra, que llur notorietat ens relleva d'examinar, l'especial influència de la situació geogràfica del país, més que més essent de reduïda extensió i població, la fidelitat que ha mantingut a l'esperit de tradicions seculares i la sobrietat legislativa aconsellada per les Màximes 22 i 23 del Manual Digest, són aspectes que, entre altres no menys importants, han afavorit la introducció i persistència a les Valls de Principis i institucions peculiars de l'antic ordenament jurídic de Catalunya, fins a traduir-se en una vigorosa afinitat jurídica entre ambdós pobles, i d'aquí que es sostingui amb sòlid fonament, que sota la denominació de lleis pàtries utilitzada per les recopilacions al·ludides, com a exponent d'una orgànica regulació de les relacions privades, no solament es comprenen les lleis pròpiament auctòctones, en realitat escasses i insuficients, sinó també les més nombroses i completes del Dret Català, «tal com van quedar en publicar-se el Decret de Nova Planta, sense que pugui tenir-se en compte les lleis de caràcter general publicades amb posterioritat al mateix, més que en la part en què han estat acceptades» (Pallerola, «El Principado de Andorra», pág. 183)».

§ 49. Pero el Derecho catalán anterior al Decreto de Nueva Planta (1716) (50) no presenta reglas especiales en cuanto a la interpretación de la voluntad del testador. Así, a falta de norma propia en el Derecho andorrano, es preciso recurrir a las reglas del Derecho romano y, más en concreto, a las que permiten determinar la interpretación de la palabra «hijos» o «descendientes» (normas interpretativas de la voluntad del causante).

---

diuen que els problemes litigiosos s'han de resoldre, preferentment, d'acord amb «la llei pàtria o contrària consuetud» al Dret comú, amb inclusió de la primera, per raons geogràfiques i de sòlida doctrina, de les normes del *ius propriissimum* de Catalunya tal com foren especificades per Felip III en les primeres Corts de Barcelona de l'any 1599 [...].» Igualment reproduïda en FIGAREDA, *Las instituciones*, 61-63.

(49) OBOLS I TABERNER, *Jurisprudencia*, 137.

(50) *Nueva Planta de la Real Audiencia del Principado de Cataluña establecida por su Magstad con Decreto de diez y seis de Enero de mil setecientos y diez y seis en Barcelona*, Barcelona, Joseph Teixidó, Impresor del Rey, 1716.

B) El recurso al Derecho catalán moderno: no como fuente de Derecho, pero sí como elemento de comparación

§ 50. Estas normas son, en realidad, las mismas que luego adoptará la Compilación de 1960 —en concreto, el art. 114—, que, como se sabe, es el cuerpo legal que substituye a las normas del Derecho civil de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio (derecho catalán y romano-canónico), vigentes al promulgarse la misma (DF 1ª CDCC, redacción originaria).

§ 51. Ahora bien, en el caso de que ahora se trata, el recurso a la Compilación no es pertinente en su condición de Derecho supletorio: no sólo porque, como tal, la Compilación no es fuente de Derecho en Andorra sino porque, aunque (incorrectamente) se entendiese que sí, tampoco podría tomarse en consideración en el caso en examen para interpretar la palabra «hijos», toda vez que la sucesión de la Sra. Carolina se abrió con anterioridad (1949) a su entrada en vigor y el suyo es un testamento también anterior, redactado en el año 1939. Menos pertinente todavía es el recurso a la L. 40/1991, *Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*, aunque la delación al fideicomisario se produzca en 1995 (DT 9ª). Por un lado, por la razón ya dicha de que el Derecho catalán al cual se puede recurrir no es sino el vigente con anterioridad al Decreto de Nueva Planta y, por otro, porque no se debe olvidar que la ley que rige la sucesión es la vigente en el momento de la muerte del fideicomitente (la Sra. Carolina Pujol) y, en definitiva, siempre es de su sucesión de la que se trata y no de la del fiduciario (51).

§ 52. Lo dicho no obsta para que sí se pueda recurrir al Derecho catalán post compilado en su consideración de modelo de Derecho comparado que puede proporcionar pautas interpretativas para la solución del problema. No en vano el Gobierno andorrano recurre en sus alegaciones a la STJC de 19 de julio de 1993 para justificar la decisión tomada por el TSJA. Esto no significa que el Derecho civil catalán pueda resultar afectado por la decisión del TEDH, toda vez que no se cuestiona que la ley andorrana, que en este punto es igual a la catalana, sea discriminatoria, sino que lo que se afirma es que lo es la interpretación que de la cláusula testamentaria realiza el TSJA. Ahora bien, visto que éste no incurre en ningún elemento de arbitrariedad en la apreciación de los hechos, la decisión es un ataque directo a la independencia judicial y, por tanto, no sólo de los jueces ando-

---

(51) CANCER, *Variarum*, I, Pars I, Cap. I, núm. 10, 3; núm. 22, 4: «[...] quia per fideicomissum primo testatori succeditur, non haeredi gravato [...]».



rranos (art. 12 LOPJ; art. 2.3 de la *Llei Qualificada de la Justícia*) (52). En Cataluña, son numerosas las sentencias que, ante un problema idéntico, han resuelto las cosas de la misma manera que ahora el TEDH critica.

### C) La interpretación de la palabra «hijos» en el *ius commune*

§ 53. La voluntad del testador es ley en la materia (53). Pero cuando ésta no está clara debe ser interpretada. Ahora bien, la voluntad de la testadora lo está (clara) cuando se refiere a los «hijos legítimos de matrimonio canónico». Lo que ocurre es que se duda de que, además, sea legal que la expresión excluya a los descendientes adoptivos. Por eso el litigio se plantea como un problema de interpretación de la voluntad de la testadora una vez sobrevenida la existencia de estos últimos.

§ 54. Esta voluntad debe ser interpretada, según ya se ha dicho, de conformidad con el Derecho que era vigente en el momento del otorgamiento del testamento. Se debe poner en relación con las disposiciones legales entonces vigentes y no, como también ya se ha explicado, porque la testadora tuviese obligación de observarlas —nada habría impedido que a pesar de no tener los nietos adoptivos derechos en la sucesión intestada de sus ascendientes, sin embargo la testadora los hubiere instituido expresamente—, sino porque las referencias normativas sirven al juez para fijar cuál era la realidad social del momento y deducir de ésta la presunta voluntad testamentaria.

§ 55. Los juristas medievales del *ius commune* ilustran con abundancia de detalles los problemas de interpretación que tradicionalmente han comportado expresiones como «*si decesserit absque liberis*», o bien «*sine liberis legitimis et naturalibus, vel legitimis tantum*», o incluso «*sine hereditibus*». Las reglas generales que proporcionan resultan muy frecuentemente matizadas con excepciones que consisten tanto en limitar afirma-

---

(52) Art. 2 *Llei Qualificada de la Justícia*, que, igual que el art. 12 LOPJ, establece: «[1] En l'exercici de la potestat jurisdiccional els Batlles i Magistrats són independents respecte a tots els òrgans judicials i el Consell Superior de la Justícia. [2] Els tribunals no poden corregir la interpretació o aplicació de l'ordenament jurídic feta pels seus inferiors en l'ordre jeràrquic judicial si no és en virtut dels recursos i apel·lacions establerts per la llei. [3] Ni els Tribunals ni el Consell Superior de Justícia no poden dictar instruccions, de caràcter general o particular, adreçades als seus inferiors, sobre l'aplicació o interpretació de l'ordenament jurídic que portin a terme en l'exercici de la seva funció jurisdiccional».

(53) MANTICA, F., *De coniecturis ultimorum voluntatum*, Libri Duodecim, Venetiis, 1579, Libr. XI, Tít. VIII, núm.1, p. 273v. : «[Q]uales igitur liberi excludant substitutum, pendet à voluntate testatoris [...]».

ciones categóricas, como en ampliarlas, siempre en función del concreto supuesto de hecho o nueva circunstancia que en cada caso se contemple.

§ 56. De entrada, debe distinguirse entre aquellas conjeturas que se refieren a un causante que instituye genérica y directamente a sus hijos («*filiis*») o descendientes («*liberi*») (54), de las que estrictamente tienen que ver con el fideicomiso. Esto último implica referirse a los hijos del fiduciario, que si bien generalmente se deben igualmente considerar «descendientes» del testador-fideicomitente, no siempre es así, como en el caso, por ejemplo, de los nietos adoptivos.

§ 57. Sólo de estas últimas conjeturas nos ocupamos ahora y sólo para determinar si la existencia de estos hijos o *liberi* adoptivos del fiduciario —y no, conviene insistir, de los que son adoptados por el propio fideicomitente— pueden determinar la exclusión de la llamada a los substitutos fideicomisarios (55). Se debe tener en cuenta, como ya se ha

(54) Los *liberi* son los hijos de una persona (C. 3.33 pr.; C. 5.9.8.4), pero no exclusivamente; la expresión también incluye a los descendientes. Así, D. 50.16.56.1: «[L]iberorum appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed et omnes qui sui iuris sunt, sive virilis, sive femini sexus sunt exve feminini sexu descendentes»; D. 50.16.220: «[L]iberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur»; I.1.14.4, D.1.9.10, D. 2.4.10.9: «[L]iberos et ultra trinepotem accipimus»; D. 2.8.2.3, D. 24.3.48, D. 37.5.1.1, D. 38.4.3.6, D. 38.10.10.7: «[L]iberi usque ad trinepotem: ultra hos posteriores vocantur». Pero, en sentido estricto, sólo se entienden incluidos en la expresión los que están bajo la autoridad paterna (los *sui* naturales o adoptivos) y los aliberados de la patria potestad del *pater naturalis* mediante la emancipación (D. 38.6.16; I. 3.1.9; Gayo III. 26; Ulpiano 28.8). Referencias ampliadas en HEUMANN, H.G., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 8a. ed. editada y ampliada por A. THON, Jena, 1895, 297. De todas maneras, los juristas del *ius commune* entendían ambas expresiones como prácticamente sinónimas. Així, PRAETIS, S. de, *De ultimarum voluntatum interpretatione. Tractatus amplissimus in V Libros*, Francoforti ad Moenum, 1583, Lib. III, sol. 2, núm. 18-19, fol. 107v: «[V]erbum filii et verbum liberi, à legibus, quasi prosynonymus habetur [...]; [...] quod appellatione filiorum large sumpto vocabulo, veniunt omnes descendentes». Para otros comentarios, relativos al tipo de descendencia que se entendía incluida, y por limitar la cita sólo a juristas catalanes, *vid.* FONTANELLA, J.P., *Tractatus de Pactis Nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, I, Genevae, 1752, Pars I, Glossa X, Cláusula IV, núm. 113-121; CANCER, *Variarum*, I, Pars I, Cap. I, núm. 31-33, 5; FERRER, *Observantium*, Cap. 358, núm. 1-6, 235r-236v; Cap. 407, núm. 1, fol. 248r: «[L]iberorum appellatione in fideicommissis veniunt, et admittuntur nepotes una cum filiis, licet secus sit appellatione filiorum».

(55) La distinción y las diferentes conclusiones a las que se llega en uno y otro caso, en MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 6, p. 274r. También, ilustrativo, ALCIATUS, A., *Commentaria in Digestorum seu Pandectarum Iuris civilis titulos aliquot, tertia ab hinc pagina enumeratos, continet*, Basilea, 1571, rúbr. «De liberis et Posthumis haeredibus instituendis, vel exhaeredandis, vel praeteritis», núms. 11, 12, p. 275: «[S]unt duos casus, quibus adoptivos pro filio non habetur, ut meritò nec posthumus quidem dici possit. Primus, cum de alterius successione quam adoptantis agitur. Unde in fideicommissis, quibus non ipsi gravato, sed testatori succeditur, conditio «si decesserit absque liberis» adoptione non deficit [...]».

dicho, que la regla general en el *ius commune* es que los hijos puestos en condición no son llamados a la substitución. Por tanto, en la hipótesis de considerar implícitos en la condición a los hijos adoptivos, la consecuencia será no sólo impedir que sucedan los fideicomisarios —sólo llamados para el caso de que se cumpla la condición de «morir sin hijos»— sino también, a la vez, la purificación o extinción del fideicomiso.

§ 58. Como regla general, se interpreta que «*si sine liberis decesserit*» «*id est legitimus et naturalibus*» (56). Los adoptivos quedan excluidos (57). La razón básica y fundamental es evitar el fraude. Efectivamente, si el cumplimiento de la condición se hace depender de la voluntad del fiduciario —obviamente, tener hijos biológicos también depende de su voluntad, pero desde luego, en este tipo de procreación, a diferencia de lo que sucede con la constitución de una relación de filiación adoptiva,

(56) CASTRENSIS, P., *ad D. 35.1.102 (101)* «L. cum avus, D. De conditionibus et demonstrationibus», in *Secundam Infortiati Partem Patavinae praelectiones*, Lugduni, 1553, núm. 1, fol. 102 v: «[...] Item loquitur de conditione si sine liberis decesserit, id est legitimis et naturalibus: sed naturalis tantum vel non legitimus non faciunt conditione deficere; núm. 2, fol. 102v: [...] et tamen quando est tacita, nisi sint legitimi et naturales, substitutum non excluduntur»; FERRER, F., *Commentaria sive glossemata ad utiliorem quandam es constitutionibus Principatus Cathaloniae incipientem*, «Los impubers», sub. Rúbrica «De pupillaribus et aliis substitutionibus», Ilerdae, 1617, Glossa 5, núm. 300, fol. 164r: «[...] ideo non potest conditio in adoptivis verificari.»

(57) FUSARIUS, V., *Tractatus de substitutionibus in duas partes distinctus*, Venetiis, 1644, Questio 306 (rectius, 316), núm. 1, p. 268: «[A]lia proponitur quaestio, an appellatione filiorum tam in dispositivis quam in conditionalibus veniat filii adoptivi, et similiter, an adoptivi ad fideicommissa admittantur, quando agnati, vel cognati, vel similes sunt vocati? In quo articulo negativa opinio tenenda est, sive agatur de dispositiva vocatione, sive de conditionalis, ut est receptissima sententia [...]; MENOCCHIUS, I., *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis, qui circa ultimas dispositiones et voluntates morientium versatur*, Augustae Taurinorum, 1593, Liber Quartus, Praesumptio 82 («Filiis adoptivi, an et quando ex praesumpta testatoris mente et voluntate excludant substitutum»), núm. 8, fol. 89v; BONFINO, *De iure fideicommissorum*, T. II, Tit. III, Disp. 124, núm. 2, p. 97: «[...] haec conditio «si sine heredibus» intelligenda sit de heredibus sanguinis, nempe descendentibus [...] et est regulare, ac passim in foro receptum, ut sit in fideicommissariis substitutionibus mentio haeredum solos liberos amplectatur, sive in parte dispositiva, sive conditionalis appositae sit [...]». Con referencia al *ius commune*, MAINONI, M., voz «fedecommeso», en *Enciclopedia Giuridica italiana*, VI, Milano, 1900, núm. 111, p. 916: «[L]’adozione *adoptio*, *adrogatio* facendo di un straneo il figlio dell’adottante, ne scende che egli è parificato nell’eredità dell’adottante ai di costui figli. Ma l’adottato non può pretendere al fedecommeso di cui il padre adottivo fosse gravato di restituzione, sia in confronto dei figli naturali suoi, sia di altra persona. Così pure gli adottivi non vengono coi legittimi nel fedecommeso disposto a favore dei figli dell’adottante, intendendosi che il terzo abbia avuto riguardo alla filiazione naturale e non alla adottiva.» Además, GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup> del C. – SALVADOR CODERCH, P., «La adopción en Cataluña después de la Ley de 4 de julio de 1970», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Catalunya*, II, Barcelona, Cátedra Duran y Bas (ed.), 1974, 178, 182-183, 228.

interviene mucho más el azar—, éste puede extinguir el fideicomiso a conveniencia y arbitrariamente excluir de la herencia a los llamados en segundo lugar (58). En la misma línea, otra razón que se alega es que a las palabras del testador se les ha de dar su sentido «natural» y no «ficticio»; de manera que si bien *a priori* el intérprete no debe excluir la posibilidad de que en la designación genérica de los hijos puedan estar también incluidos los adoptivos, a falta de señalamiento expreso en este sentido por parte del testador (59), lo lógico es pensar que éste quería que la condición se cumpliera de manera «natural» y no «artificial» (60).

§ 59. La regla general tiene excepciones. Según algunos juristas se puede entender que el testador sí pensaba en los adoptivos al redactar la cláusula «*si sine liberis decesserit*» siempre que éstos ya existieran en

---

(58) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 4, p. 273v: «[S]ecunda ratio colligitur ex d. l. fideicommissum in illis verbis, adoptionis commento, quod non debeat esse in potestate ipsius gravati suo facto deludere substitutum, cum facile esset ei adoptando, extinguere fideicommissum, et ita BARTOLUS sentit [...] et sequitur ALEXANDER [...] dicens, hoc à lege fuisse introductum propter suspicionem fraudis, quae facili potest committi, cum quis in uno, eodemque momento per adoptionem filius fieri possit, et sequitur SOCINUS [...] dicens quod ilium verbum commentum, positum in dicta l. fideicommissum, significat proprie aliquid inventum in fraudem ad excludendum fideicommissum, et hanc quoque ratione sequitur CURTIUS [...] ubi dicitur non esse passim omnibus concessum arrogare pupillum, ne sit in potestate tutoris facere, quod tutela finiatur, et substitutio pupillaribus evanescat [...]. Sed considera, si ita ratio esset vera, sequeretur, quod filius arrogatus posset excludere substitutum, quasi sine fraudis suspensione conditio defecerit [...]; MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*, Liber Quartus, Praesumptio 82, núm. 9-10, fol. 89v: [...] cum Papinianus non loquatur [...] de fraude extrinseca, quae in impetranda adoptanti licentia et facultate committi solet, et quae versatur circa ipsam adoptionibus solemnitatem, sed loquitur de fraude intrinseca, quam gerit in animo adoptans, quod scilicet adoptare voluerit, non ut haberet filium, sed ut substitutum excluderet. Nolim eum lex reliquere in arbitrio gravati, ut adoptione posset facile eludere testatoris dispositionem, sicuti docuit [...]; ALCIATUS, *Commentaria* rúbr. «De liberis et Posthumis», núm. 12, p. 275: «[...] ne scilicet in potestate gravati sit eludere fideicommissum».

(59) PEREGRINUS, A., *De fideicommissis praesertim universalibus. Tractatus frequentissimus*, Augustae Taurinorum, 1610, art. 22, núm. 93, p. 125: [...] in dispositione hominis, vel legis, de filiis alicuius, non includuntur adoptivi, nisi de illis expressum sit [...].

(60) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 3, p. 273v: «[E]x hoc autem eleganter deducitur primo, quod testator non videtur sensisse de filiis adoptivis, ut sit est casus in [...] ubi ad litteram dicitur, quod fideicommissum à filiis relictum, si quis sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur, idemque probatur in [...] ubi etiam dicuntur, quod is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando tertiam partem consequi, et consuluit copiose RIMINALDUS [...] et huius quidem rei prima ratio illa est, quod verba naturaliter non fictae debent intelligi [...] et ideo testator, de naturalibus liberis videtur sensisse, quia in his habet locum affectio naturalis [...] unde cum verum sit, eum, cui conditio adscripta est, sine liberis decessisse, fideicommissarius propter filios adoptivos non debet excludi, nam et conditio debet implere naturaliter et vere, non per fictionem [...].»

ese momento (61). Otros, sin embargo, prefieren entender que sólo evita la suposición de fraude y que, en realidad, no altera el resultado si se continua admitiendo como más lógico que el testador «*de filiis veris, non autem fictis videtur censisse*» (62).

§ 60. Que los hijos o descendientes adoptivos tengan legitimación para suceder *ab intestato* no prejuzga en absoluto que en la mente del testador su existencia comporte el cumplimiento de la condición de morir sin hijos. Como queda dicho, es necesario que pueda deducirse que tales descendientes estaban presentes en su voluntad porque, de otro modo —*vgr.* si la adopción todavía no se había llevado a cabo o bien si el testador desconocía su existencia— sólo es correcto dar a sus palabras el sentido verdadero y natural que tienen y no el ficticio (o jurídico) (63).

§ 61. Y si conoce su existencia, sólo de él depende excluir a los adoptivos expresamente y redactar una cláusula en virtud de la cual la condición es que el fiduciario «*sine liberis legitimis et naturalibus decesserit*» (64). De manera que, como regla general, entonces, se entenderían puestos en condición y excluirían a los substitutos (65).

§ 62. Otras limitaciones a la regla general, que la confirmarían y que excepcionalmente permitirían entender incumplida la condición de morir sin hijos habiéndolos adoptivos, se dan cuando la adopción la ha llevado a cabo el heredero gravado a instancia del testador (66), o cuan-

(61) Sólo en Francia no regía tal excepción. *Vid.* MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 5, p. 273v : «[C]eterum, quod dictum est, testatorem non videri sensisse de filiis adoptivis, primum restringi debet, nisi filii ante factum testamentum essent adoptati, quia in his cessat suspicio, et commentum fraudis [...] hanc limitationem non procederet in Regno Franciae, un quo filii adoptivi nullo modo succedunt, ut tradit [...]».

(62) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 5, p. 274r.

(63) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 5, p. 274r : «[A]t in proposito, ul filii faciant deficere conditionem fideicommissi, et excludant substitutum, non sufficit, eos posse succedere ab intestato, et fraudem non esset commissam, sed oportet, eos etiam habere testatoris voluntatem, quae videtur deficere, cum verba testatoris naturaliter et vere, non autem fecte debeant intelligi, ut fuit expositum, et hoc sine dubio dicendum videtur, si adoptio ante testamentum, ignorante ipso testatore, facta esset [...]».

(64) MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*, Liber Quartus, Praesumptio 82, núm. 2, fol. 89r.: «[...] quando testator dixit: et si haeres meus decesserit sine filiis legitimis et naturalibus, substituto Caius. Hoc casu, qui clarus est, adoptivus non excludit substitutum».

(65) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 5, p. 274r : «[...] quod si eo sciente adoptio facta fuerit, videtur admittenda haec limitatio, ut de eo etiam filio testator sensisse intelligatur, quia si noluisset facil e potuisset exprimere, si decesserit sine liberis legitimis et naturalibus [...]».

(66) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 6, p. 274r; PEREGRINUS, *De fideicommissis*, art. 22, núm. 91, p. 125; MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*, Liber Quartus, Praesumptio 82, núm. 9-16, fol. 89v.

do el testador ha gravado con fideicomiso a personas que, de tener hijos, éstos sólo habrían podido ser adoptivos (67).

§ 63. Los problemas no se plantean cuando el testador se refiere simplemente a los «hijos» —ya hemos visto que entonces los adoptivos no están comprendidos—, ni cuando se refiriere a los «hijos legítimos y naturales» —porque, como también ya se ha afirmado, entonces se está aludiendo a los consanguíneos—, sino más precisamente, cuando aquél utiliza la cláusula «*si decesserit sine liberis legitimis et naturalibus, vel legitimis tantum, vel naturalibus tantum*» o, en la fórmula abreviada, «*si decesserit sine liberis legitimis et naturalibus, vel legitimis tantum*». A pesar de que sobre este último punto no hubo unanimidad de pareceres, no se excluía *a radice* que la referencia a los hijos legítimos *tout cour* incluyera a los descendientes adoptivos (68).

(67) MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 7, p. 274r; PEREGRINUS, *De fideicommissis*, art. 22, núm. 92, p. 125; MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*, Liber Quartus, Praesumptio 82, núm. 9-17, fol. 89v.

(68) El primer jurista que planteó la cuestión, en contra de la opinión de autores como, por ejemplo, CURTIUS i DECIUS, fue, en el s. XV, ALCIATUS, *Commentaria*, rúbr. «De liberis et posth.», p. 275: «[...] nisi verba testamenta indicent etiam de adoptivis actum esse, ut quia conditio concepta sit «si decesserit sine liberis legitimis et naturalibus, vel legitimis tantum». Adoptivi enim propiè dicuntur legitimi filii [...]: idque quod ad omnes effectus iuris, quod ego ex facto adversus Decium Curtiumque respondit [...] Nec eum temere a verbis recedendum est. Nam et lex, quae filiis quartam reservat, qui ex iustis nuptiis dumtaxat nati sunt, non tamen censetur hosce adoptivos excludere: licet aliud videantur Doctor sensisse [...]» MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*, Lib. Quartus, Praes. 82, núms. 14-15, fol. 89v, replicaba a esta idea que: «[...] Si testator ita dixit: «Et si heres meus decesserit sine filiis legitimis et naturalibus, ac legitimis seu legitimatis tantum, substituo Caium». Hoc etiam casu filii adoptivi non excludunt substitutum [...] Et si enim testator posuit in conditione filios legitimis seu legitimatos, non tamen intellexit de legitimis, idest adoptivis, sed de naturalibus legitimatis: et illa dictio, seu, disiungit verba, sensum vero coniungit [...] Posuit testator primum in conditione filios legitimis et naturales, deinde legitimatos quos alio nomine appellat legitimis, respiciens tempus facta legitimisationis»: FUSARIUS, *Tractatus*, Quaestio 306 (rectius, 316), núms. 15-16, pp. 269-270, igual que antes MANTICA, apuntaba indistintamente una y otra opinión, para acabar afirmando que toda regla de principio puede verse excepcionada por la voluntad contraria del testador. Así, MANTICA, *De coniecturis*, Libr. XI, Tít. VIII, núm. 8, fol. 274r-v: «[...] tunc enim ex verbis, et mente testatoris filii adoptivi faciunt deficere conditionem, et excluduntur substitutum, quia filii adoptivi dicuntur legitimi tantum, secundum glossa communiter receptam [...] et in claris no est opus coniecturis [...] namque illud verbum, vel legitimis tantum, esset supervacuum, nisi de adoptivis intelligeretur, quae super fluiditas in verbis etiam testatoris vitanda est [...] Et hoc quidem, nisi ex aliis verbis testamenti, vel coniecturis contraria voluntas testatoris colligatur [...]»

§ 64. Del repaso que se acaba de hacer a las tesis medievales queda claro que la palabra «hijos» significa «hijos biológicos (naturales) concebidos constante matrimonio» y que la expresión se contraponen a «hijos adoptivos»; que «hijos naturales» son, por el contrario, los biológicos nacidos fuera de matrimonio (no legítimos) y también se contraponen a los «hijos adoptivos», porque, legítimos o no, siempre se trata de hijos consanguíneos; que los «hijos legítimos» o matrimoniales sólo excluyen o se contraponen a los «hijos naturales». Y, finalmente, que sólo los «hijos naturales» pueden ser también aludidos como «hijos legitimados» (por subsiguiente matrimonio).

§ 65. No tiene respuesta clara el problema de si en la expresión «hijo legítimo» (que es, precisamente, la expresión que utiliza la Sra. Carolina Pujol Oller que, además, especifica que deben ser legítimos «de matrimonio canónico») deben ser incluidos los descendientes adoptivos, porque los juristas del *ius commune* no lo abordan si no es en combinación con otras alternativas y, por lo tanto, en un contexto diferente al que ahora interesa.

§ 66. De todas maneras, si resulta que en la expresión «hijo» están incluidos los «legítimos y naturales», es más que probable que en la expresión «hijo legítimo» estén también excluidos —y sólo— los «naturales». Ahora bien, cuando los juristas del *ius commune* admiten que los hijos adoptivos también pueden ser considerados «legítimos» (si efectivamente son adoptados constante matrimonio) lo hacen en un contexto en el que sería difícil dar otra interpretación a la voluntad del testador, vista la redacción de la cláusula, que plantea la cuestión en términos de alternatividad: «si muere sin hijos legítimos y naturales, o legítimos [o legitimados].» Por eso, de la misma manera que la expresión literal y aislada «hijos legítimos» no permitiría entender que ésta estuviera designando solamente a los adoptivos, tampoco puede pretenderse que deba incluirlos siempre junto a los «carnales». Más bien, a tenor de lo visto, todo parece indicar lo contrario. Lo que resultará confirmado con el paso del tiempo.

#### D) La interpretación de los juristas catalanes antes de la Compilación de 1960

§ 67. La doctrina de los autores del *ius commune* fue admitida íntegra por los juristas catalanes anteriores a la Compilación, que entre los hijos llamados genéricamente por el testador no entendían comprendidos ni a los naturales ni a los adoptivos. Así, a pesar de que

BROCA (69) sólo especificaba el significado de la expresión conjunta «legítimos y naturales» — a los cuales se equiparaban los legitimados por subsiguiente matrimonio—, sin referirse para nada a los adoptivos, claramente ya la Memoria de Duran y Bas (70) los eliminaba como posible contenido de la palabra «hijos» y también, posteriormente, autores como BORRELL I SOLER (71).

### E) La Compilación de 1960

§ 68. Algún tiempo después, la opinión de unos y otros se podía leer en el texto del art. 260 (y 261) del Proyecto de Compilación de 1955

(69) BROCA, G. M<sup>a</sup> de, *Historia del Derecho de Cataluña. Especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y de la jurisprudencia*, I, Barcelona, 1985, 589: «Hijos legítimos.- Esta expresión usada en los testamentos, comprende a los hijos legitimados por subsecuente matrimonio. La ha declarado el Tribunal Supremo (sentencias 11 de junio 1885 y 9 de octubre 1906)»; Hijos legítimos y naturales.- Esta locución empleada en capítulos matrimoniales y en los testamentos catalanes al poner en condición los hijos del donatario o del instituido y sus substitutos, parecerá a quien no conozca su significado que encierra conceptos anacrónicos, y no es así. Su sentido es conjuntivo y no alternativo. La palabra *legítimo* tiene por objeto excluir a los naturales, y con el vocablo *naturales* se excluye a los adoptivos.»

(70) DURAN Y BAS, M., *Memoria de las instituciones de Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4<sup>o</sup> del Real decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, 260 [anastática, MIRAMBELL ABANCÓ, A. – SALVADOR CODERCH, P., *Projectes d'Apèndix i materials precompileris del Dret civil de Catalunya, Barcelona, 1995, 378*]: «[E]n punto al orden de los llamamientos la antigua jurisprudencia catalana ha admitido principios, apoyados casi siempre en la legislación romana, que merecen el aplauso de la razón. Una institución que tiene por espíritu vivificador el sentimiento de familia no puede descansar sino en un principio moral; de donde se infiere que el llamamiento de los hijos sólo debe entenderse a favor de los legitimados por subsiguiente matrimonio y de los que, si lo han sido con autorización real, han obtenido que, antes o después, prestasen á esta clase de legitimación su consentimiento el testador ó los fideicomisarios. Nunca los hijos naturales, ni siquiera los adoptivos, deben entenderse comprendidos para este efecto en la denominación de hijos: los adoptivos, sin embargo, según Peregrino (art. 22, número 92) y otros Autores, se admiten cuando el fideicomitente ex natura filios habere nequit; cuando es el padre adoptivo el que establece el fideicomiso, y al solicitar la autorización real se hizo mención de que había hijos legítimos y naturales; y cuando el fideicomitente llama expresamente á sus hijos adoptivos al par de los demás. Lo mismo debe entenderse cuando de éstos se habla, haciendo depender de su existencia la caducidad del fideicomiso. Ni la inmoralidad, ni el fraude deben encontrar amparo en la ley.» En este sentido, *vid.* el art. 305 de la Memoria.

(71) BORRELL Y SOLER, A.M<sup>a</sup>, *Derecho civil vigente en Cataluña*, I, Barcelona, 1944<sup>2</sup>, § 48, 167-168: «HIJOS.- Usada esta palabra en disposiciones de última voluntad, comprende todos los descendientes varones o hembras, procreados en matrimonio o legitimados por éste, con exclusión de los meramente naturales y de los adoptivos (D. 36.1.76; arg. ).»



(72) que, con algunos cambios, pasarían a ser el art. 114.1 CDCC de 1960, norma interpretativa de la voluntad del testador que establecía:

«[S]i el testador cridava els seus hereus i legataris o a llurs substituïts sense designació de noms i mitjançant l'expressió «fills», s'entendran inclosos en aquesta denominació els de matrimoni legítim, homes o dones, i els ulteriors néts i descendents també de matrimoni legítim, homes o dones [...], llevat que aparegui ésser una altra la voluntat del testador».

§ 69. Aunque, a diferencia de su precedente inmediato, la Compilación no dedicaba expresamente un párrafo a los hijos adoptivos (73), en este punto, como en tantos otros, la norma era un fiel reflejo de la *iuris continuatio* a que se refería el art. 1.2 CDCC. *Iuris continuatio* que, en este tema, recordaba el notario FAUS (74) y que también tenía uno de sus máximos valedores en la persona de otro ilustre notario catalán, Ramon María ROCA SASTRE que, junto con el primero, fue uno de los principales redactores de la Compilación (75).

(72) Art. 260 Pr. 1955: «[1] De llamar el testador a sus herederos y legatarios o substitutos de éstos, sin designarles por sus nombres sino mediante la expresión «hijos» se entenderán además comprendidos en esta expresión los nietos y ulteriores descendientes cuyo padre respectivo haya fallecido antes de la delación, excluyendo el más próximo al más remoto y entrando los de grado siguiente, por estirpes, en lugar de los de grado anterior. [2] De esta regla se exceptúan los casos en que del propio testamento o codicilo pueda colegirse que la voluntad del testador fue llamar únicamente a los hijos, o sea a los descendientes de primer grado. Si no resulta ser otra la voluntad del testador, no se entenderán llamados los hijos adoptivos, ni los hijos extramatrimoniales.»

(73) La razón es que, en lugar de formular el tema con una regla positiva, a base de exigir, ya de entrada, que debiera entenderse que los hijos a los cuales se refería el testador eran los legítimos, el Proyecto de 1955 establecía una regla negativa según la cual en la voluntad del testador no debían entenderse comprendidas determinadas clases de hijos y, entre ellas, los adoptivos.

(74) FAUS ESTEVE, R., CONDOMINES VALLS, F., *Derecho Civil Especial de Cataluña. Ley de 21 de Julio de 1960 anotada*; Librería Bosch (ed.); Barcelona, 1960, 159, añadiendo: «[...] en todo caso, la filiación debe ser siempre la legítima.»

(75) ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil», en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, 99-100: «Otro problema interpretativo muy importante que el fideicomiso *sine liberis* plantea es el relativo al alcance que hay que atribuir a la palabra *hijos*, tanto más en la lengua española, en la que no existe el equivalente de la palabra *liberi*. Lo corriente en las cláusulas fideicomisarias es utilizar la palabra «hijos» sin expresar la calidad de los mismos. En la determinación de las clases de hijos que en ella se entienden comprendidos se extendían mucho los autores antiguos. En lo que no se suscitaba discusión de clase alguna era en lo que decía Sala (Digesto romano español, 1856, libro 38, p. 73), esto es, que si el fiduciario fallece con «hijos legítimos y naturales» queda incumplida la condición y, en consecuencia, no puede

§ 70. La disposición contenida en el art. 114 CDCC era la norma general que debía guiar al intérprete en la obtención del significado de la palabra «hijos» (con simple valor interpretativo presuntivo), pero no era la única. El principio según el cual se entendía que sólo eran llamados los legítimos (o legitimados) volvía a repetirse en sede de fideicomisos *si sine liberis decesserit*: tácitos (art. 170 CDCC) (76) o expresos (art. 174.5, 176-177 CDCC) (77) o de elección (art. 179 CDCC) (78); y esto a pesar de que, en la sucesión intestada del padre o de la madre adoptantes, los hijos adoptivos y sus descendientes legítimos se equiparaban a los biológicos legítimos, incluso en el caso de concurrir con éstos en la sucesión (art. 249.1 CDCC) (79). Ahora bien, cualquier otra norma en

---

el fideicomisario entrar en la herencia, por haberse extinguido el fideicomiso. Es de advertir que este autor habla de «hijos legítimos y naturales» en el sentido de que sean «hijos de legítimo matrimonio procreados», expresiones ambas con frecuencia utilizadas antiguamente. El concepto de hijo «natural» no es empleado en el significado canónico y que posteriormente le ha dado el Código civil, sino en el de hijo carnal del fiduciario, o sea como hijo *verus* o *non factus*, con lo que se quiere excluir a los hijos adoptivos. La exclusión, a estos efectos, de los *hijos adoptivos es receptissima sententia*, según Fusario (cuestión 316, núm. 1), el cual trata extensamente de esta materia. Y esto es lógico por la sencilla razón de que no debe depender de la simple voluntad del fiduciario el hecho de estar o no gravado por el fideicomiso.

(76) Art. 170 CDCC: «[I]mposada expressament o tàcitament al fill o descendent del fideïcomitent substitució fideïcomissària a favor d'una persona que no posseeixi la dita condició, hom presumirà per conjectura de pietat que el fideïcomís fou disposat sota la condició de morir el fiduciari sense deixar el fiduciari fills o descendents legítims. Aquesta norma només serà aplicada si el fiduciari mancava de descendència legítima al temps de desaparèixer el fideïcomís o si, en cas de tenir-la, el fideïcomitent n'ignorava l'existència.»

(77) Art. 174 CDCC: «[5] Únicament seran posats en condició els legítims i els legítimsats per subsegüent matrimoni del fiduciari, à menys que el testador disposi altrament»; art. 176: «[Q]uan seran diversos els fills posats en condició que resultin cridats com a fideïcomissaris per a després de llur pare o com a substituïts vulgars en defecte d'aquest, entraran en el fideïcomís per parts iguals, i els descendents legítims dels morts abans de la delació fideïcomissària per stirps [...]»; art. 177: «[E]n les substitucions fideïcomissàries imposades al fiduciari a favor dels seus fills i als fills d'aquests, i així successivament en línia recta descendent, baldament el testador no els designi per llurs noms o per una altra circumstància que els individualitzi, els citats fills i descendents legítims entraran en el fideïcomís [...]»

(78) Art. 179 CDCC: «[L]hereu o legatari a qui sigui imposada la càrrega de conservar els béns dins de la família, podrà elegir lliurement fideïcomissari el parent o parents legítims [...]»

(79) En este tema se seguía el Derecho romano. Vid. HEINECCIO, J., *Elementos de Derecho romano* (traducidos y anotado por J.A.S), Madrid, 1829, § 709, 208: «[L]os adoptivos de cualquier género suceden al padre abintestato con el mismo derecho que los naturales, §. 14 I. De Succ: Abintestato; § 2 I. De adopt.; Nov. 74 y 89; GIBERT, V., *Teórica del arte de notaria ó Manual de escribanos*, Barcelona, 1828, 174; BROCA-AMELL, *Instituciones*, II, 282: «El parentesco civil proveniente de la adopción crea un perfecto y recíproco de-

sede de disposiciones comunes a la sucesión testada y la intestada sólo contemplaba a los descendientes legítimos (arts. 252, 254 CDCC).

§ 71. Ciertamente, se puede objetar que si el orden de suceder *ab intestato* dispuesto por la ley se establece en atención a lo que el legislador presupone que son las preferencias de cualquier testador —asumiendo de alguna manera cuál es su voluntad presunta—, no tenía demasiado sentido que los descendientes adoptivos estuvieran comprendidos en la sucesión legal, pero no en la testada y, precisamente, en supuestos en que se trataba de interpretar la voluntad del testador. En cualquier caso, es interesante remarcar que el precepto sólo contemplaba la sucesión intestada del padre o la madre adoptantes y no la de sus ascendientes, lo cual pondría de manifiesto que los nietos adoptivos no eran percibidos como de la familia por los abuelos (80). Y si la hipótesis es cierta, y continuando con el supuesto de hecho de la sentencia que ahora se analiza, no es nada disparatado acabar concluyendo que, efectivamente, la Sra. Carolina Pujol no entendía comprendidos en la condición a sus entonces ignorados nietos adoptivos y sí, sólo, por el contrario, a los legítimos, esto es, los consanguíneos o biológicos que pudiera engendrar su primogénito constante matrimonio.

§ 72. Aunque el art. 114 sólo tenía un valor interpretativo —y no legal discriminatorio—, la desigualdad entre hijos que el precepto establecía quedó corregida en reformas posteriores de acuerdo con los valores sociales que en cada momento estaban vigentes (81). Actualmen-

---

recho de sucesión en la adopción plena y en la arrogación D. 38.8.1.4; D. 38.10.4.2.10 y D. 38.10.5; D. 1.7.10 y 11. En la adopción menos plena produce únicamente un derecho de sucesión a favor del adoptado con respecto al adoptante (C. 8.48.10.1; I. 3.1.48.14), excepto cuando la adoptante es una mujer, en cuyo caso el derecho se extiende a los descendientes del adoptado, pero no a otros parientes de él o de la madre (C. 8.48.5. Algunos autores sostienen que este derecho de sucesión es mútuo, y que por consiguiente también lo gozará la madre adoptiva. Los textos legales no suministran datos bastantes para decidir esta cuestión; *op. cit.*, 284, sobre la sucesión de los adoptivos en la herencia de los colaterales; *op. cit.*, 428, en cuanto al derecho de los hijos adoptivos a reclamar la legítima siempre que tengan derecho a la sucesión.

(80) Lo ha afirmado muchas veces la jurisprudencia. *Vid.* STSJC 19 de julio de 1993, FJ 3º (RJ 1994/2851) «[...] sin que en la perspectiva histórica (que es la que debe ser contemplada, en relación con la fecha del testamento) el hijo adoptivo del fiduciario tuviera la condición de familia del fideicomitente.» También, STJC de 22 de enero de 2004 (RJ 1037).

(81) Pero incluso en 1984 la norma no podía ser considerada inconstitucional, contra lo que expresa la SAP Barcelona de 14 de julio de 2003 (FJ 3º), *infra* n. 85. El Dictamen 60, XIV, 137, del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya (Barcelona, 1986), se pronunciaba en los siguientes términos: «[E]l centre d'atenció del legislador català referent a la menció de l'art. 114 és l'apreciació del fet que determinada denominació («fills»)

te, el art. 144 CS ya establece que los hijos a los que se interpreta que alude el testador són los matrimoniales, no matrimoniales y adoptados, hombres y mujeres, y los nietos y descendientes cuyos respectivo padres hayan muerto antes de la delación.

## 2. ¿La testadora vulnera el Convenio Europeo de Derecho Humanos?

§ 73. La voluntad de la testadora no es ambigua cuando declara que los descendientes puestos en condición en el fideicomiso deben ser de «legítimo y canónico matrimonio» (82). Ahora bien, aunque sólo sea para poner de manifiesto el criterio literal con el que debería haberse interpretado la cláusula (83), conviene recordar que en materia de interpreta-

---

es refereix als de matrimoni legítim. Això no obstant, el mateix precepte demostra que només té un valor interpretatiu pressumptiu, en deixar salvat el fet que resulti ésser una altra la voluntat del testador que, d'altra banda, pot obtenir-se alhora, per via interpretativa. Per això, la norma fins i tot en la seva redacció actual, no estableix una irraonable desigualtat entre filiacions.» Sobre el alcance de la reforma, PUIG FERRIOL, L., *Comentarios a las reformas del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, 541-547.

(82) STSJC 19 de julio de 1993, FJ 3º (RJ 1994/2851): «[E]l criterio adoptado por el juzgador «a quo» en el sentido de estimar que la hija adoptiva cumple la previsión testamentaria de don Modesto S. y elimina la hipótesis «sine liberis», no entrando en juego la sustitución, es claramente equivocado [...]. Resulta incuestionable que la expresión testamentaria, y máxime en testamento notarial, «sin dejar hijo legítimo alguno» no se refiere, y por ende excluye, a los hijos adoptivos [...]».

(83) No es este el momento de explicar qué medios y criterios sirven para interpretar el testamento. El lector interesado puede encontrar información en dos libros recientes y en otro ya clásico, pero también recientemente reeditado. Entre los primeros, VÁQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Barcelona, Cálamo (ed.), 2003 y MESTRE RODRÍGUEZ, Mª L., *La interpretación testamentaria*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2003. El tercero al que aludíamos es de JORDANO BAREA, J.B., *El testamento y su interpretación*, Granada, Comares (ed.), 1999. En cuanto a la interpretación literal, en un caso en que se discutía igualmente el alcance de la expresión «hijos legítimos», *vid.* la antes citada STSJC 19 de julio de 1993, FJ 3º (RJ 1994/2851): «[L]a expresión es tan diáfana que no ofrece duda. Ni al tiempo de hacerse el testamento, ni ahora, ni en el concepto jurídico, ni en el vulgar, ni en el social, el vocablo hijo legítimo es extensible a hijo adoptivo, y ello con independencia de que en la actualidad en relación con la filiación de sangre se haya sustituido la terminología otrora existente (legítima, legitimada, ilegítima, natural) por la de matrimonial y extramatrimonial. Ya decía un texto del Digesto: «cuando de las palabras no hay ninguna ambigüedad; no se debe admitir cuestión sobre la voluntad» (Paulus, libro 1, «ad Neratium» Digesto XXXII, 25.1); así lo recoge el Código Civil en el art. 675, y así lo recuerda reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. La primera regla interpretativa es la literal o gramatical. Dice el más Alto Tribunal: «habrá de estarse a la literalidad de las propias palabras del testador, si el texto de las cláusulas es claro, expresivo y de su sola lectura se deduce el propósito e intención de los testadores» [«ad exemplum», Sentencias de 24 marzo 1982 (RJ 1501), 10 febrero y 10 abril 1986

ción de testamentos lo que cuenta es la voluntad del causante en el momento de otorgar el negocio y no otra (84). Y esto es así aunque —siempre con el debido respeto a las legítimas— el resultado de esta interpretación sea contrario al principio de igualdad de filiación establecido en los textos legales vigentes en el momento de la apertura de la sucesión. Pero, de hecho, el testador podría haber ignorado este principio incluso en el caso de que las normas de la época ya lo hubiesen observado (85).

---

(RJ 521) y (RJ 1846), 1 febrero 1988 (RJ 581) y 10 junio 1992 (RJ 5119)]. Y no es conveniente separarse (no se debe abandonar) de la significación de las palabras, sino cuando es manifiesto que el testador entendió decir otra cosa (cuando sea evidente que era otra la intención del testador) —*non aliter a significacione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem*—, Respuesta de Marcelo, Digesto, libro XXXII, título único, ley 69. Solamente cuando haya oscuridad, duda, ambigüedad, o se aprecie que hay contradicción entre las palabras utilizadas y la intención [SS. 1 febrero 1988 (RJ 581), 5 marzo 1990 (RJ 1667) y 10 junio 1992 (RJ 5119)] se ha de prescindir de la interpretación literal, porque obviamente lo relevante es la voluntad real del testador —art. 675, SS. 9 junio 1987 (RJ 4049), 17 junio 1988 (RJ 5113), 3 noviembre 1989 (RJ 7847), y 30 noviembre 1990 (RJ 9220), entre otras; en que se recoge el principio de honda raigambre histórica de que en los testamentos se interpretan más plenamente las voluntades de los testadores —*in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*— Digesto L, 17, 12, Paulo, «Comentarios a Sabino». Y en el testamento litigioso no hay un solo dato, ni en autos obra medio de prueba alguno, que permita recelar acerca de la intención del testador. No hay la mínima base, ni siquiera indiciaria, para sospechar una disparidad entre el elemento literal y la intención real.»

(84) De nuevo, STSJ 19 de julio de 2003 (RJ 1994/2851), FJ 2º: «[L]a cláusula ha de ser examinada en la perspectiva histórica de su consignación.»; FJ 3º: «[...] Y por otro lado una consideración especulativa en relación con la realidad social exige advertir que la realidad que procedería contemplar no es la actual, sino la del momento en que se efectuó la disposición testamentaria [SS. 3 noviembre 1989, 18 julio 1991 (RJ 1991/5400) y 10 junio 1992], y además aunque en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha admitido el valor hermenéutico de los medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testador, sin embargo la utilización ha de hacerse con las debidas precauciones (SS. 18 julio 1991 y 10 junio 1992) y, como dice la Sentencia de 10 febrero 1986 (RJ 1986/521), con tal de que sean claramente apreciables y tengan una expresión, cuando menos incompleta, en el documento, o pueden reconocer dentro del mismo de algún modo, y en el caso no se atisba qué incidencia en la voluntad testamentaria de índole extrínseco era posible al tiempo de otorgarse el acto de última voluntad (7 de junio de 1934).»; «[...] el momento a contemplar en la perspectiva legal sería, como se dijo, el de la fecha de la muerte del fideicomitente [...]».

(85) STSJ 19 de julio de 1993 (RJ 1994/2851), FJ 3º: «[...] Ciertamente también que la moderna Ley de Adopción Catalana [Ley de Protecció dels menors y adopció de 30 desembre 1991 establece que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza y que causa parentesco entre el adoptante, sus ascendientes y descendientes, y el adoptado y sus descendientes (arts. 26 y 27) [...] pero ello nada significa en orden a la libre voluntad del fideicomitente para limitar el «sine liberis» a los matrimoniales, con exclusión de los no matrimoniales y de los adoptivos.» En contra, SAP Barcelona, 14 de julio de 2003 (RJ 1127), Ponente Jordi Seguí, FJ 3º: «[...] podemos afirmar la estricta apli-

§ 74. Tratándose de substituciones *si sine liberis*, tanto los tribunales catalanes como los del resto del Estado español han tendido a considerar siempre más natural entender no incluida la adopción en la expresión «tener hijos» o «hijos legítimos» (86). Y, lo que es más importante, han dado primacía a la voluntad del testador y no a la ley. Son una muestra las STS 3 de marzo de 1988 (87), 17 de junio de 1988 (88) y 29 de enero de 1991 (89). Según esta última:

FJ 5º: «[L]a Compilación del 1960, aplicable a la sucesión del Sr. C.C. disponía que «únicamente se entenderán hijos puestos en condición los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del fiduciario, a menos que el testador disponga otra cosa» (art. 174, *in fine*) y, además el fallecimiento de aquél se produjo con anterioridad a la vigencia de la Constitución, cuyo artículo 14 [...] es inaplicable al caso [...] porque la regulación de las substituciones fideicomisarias siempre —incluso con posterioridad a las modificaciones introducidas en la Compilación de 1960 [...]— ha dejado a salvo la voluntad del testador [...]»

cación al caso de las reglas interpretativas de los testamentos contenidas en la CDCC en su redacción primitiva con la única salvedad que deriva de la supremacía de los valores y preceptos constitucionales. Es cuestión sabida la concerniente al valor normativo directo de la norma jerárquica superior como es la Constitución de 1978, la virtualidad de su disposición derogatoria tercera y el consiguiente imperativo a los órganos jurisdiccionales ordinarios para que dejen de aplicar las normas preconstitucionales que entren en abierta y flagrante colisión con algún principio o derecho constitucional; FJ 5º: «[...] ha de concederse prevalencia absoluta a la voluntad del testador, de lo contrario opera la presunción «*iuris tantum*» conforme a la cual la utilización por el testador de la expresión genérica «hijos» al instituir heredero o decidir legados significa que está nombrando a todos sus hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos.» La sentencia cuenta con un voto particular contrario del magistrado Agustí Ferrer Barrientos.

(86) Una excepción es la STS de 28 de junio de 2002 (RJ 5507), en relación con una donación fideicomisaria, que interpreta que en la expresión «descendencia legítima» sí que debe incluirse a la adoptiva. La donación se realizó en 1965, pero el donatario murió en 1990 con una hija adoptiva. El Magistrado Ponente (X. O'Callaghan Muñoz) invoca la Constitución e interpreta el concepto actual del término «filiación», es decir, en el momento en el que se cumple la condición y se purifica la substitución fideicomisaria en la donación. La sentencia fue acogida favorablemente por parte de la doctrina (MARTÍN LEÓN, A., [2002] CCJC, § 1629, 1143, que llega incluso a afirmar que el pacto en cuya virtud se limita la reversión a los descendientes ilegítimos es ilícito) pero, de acuerdo con los argumentos ya expuestos, no hace falta volver a reiterar que nos parece incorrecta.

(87) RJ 1549.

(88) RJ 5113.

(89) RJ 348.

§ 75. Otras sentencias, ya vigente la Constitución española (= CE), han reiterado que los arts. 14 y 39 CE no implican una constitucionalización de los derechos del hijo que limiten la libertad del testador a la hora de realizar previsiones sucesorias, más allá de las que establezca la legalidad ordinaria (legítimas y reservas). Así, además de la señalada STS 29 de enero de 1991 (FJ 5º), también la tantas veces citada STSJC 19 de julio de 1993 (90) (FJ 3º), que incluso añade que los citados preceptos constitucionales sólo se refieren a la igualdad de los hijos de sangre:

«sin posible discriminación de si son «intra» o «extra» matrimoniales, como se infiere del párrafo tres del mismo art. 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos en relación a la familia del adoptante».

De manera que el tema de los derechos de los hijos adoptivos es una cuestión de legalidad ordinaria y no constitucional (91).

§ 76. En la misma línea, entre las más recientes, pueden ser citadas la SAP Barcelona de 2 de abril de 2003 (92) y la STSJC de 22 de enero de 2004 (93) (Ponente Guillem Vidal Andreu). Según esta última:

---

(90) RJ 1994/2851.

(91) Así, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., comentario STS 6 febrero 1997, 44 (1997) CCJC, § 1189, 634-635. Analiza extensamente el problema VERDERA SERVER, R., «Adopción y principio de igualdad. Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo», 13 (1999) *Derecho Privado y Constitución*, 297-378.

(92) RJ 200864, Ponente Mª Dolores Portella Lluch, FJ 3º: «[Centrada la cuestión en el ámbito de la sucesión testada y resumiendo lo hasta aquí expuesto, debemos señalar lo siguiente: que en principio constitucional de igualdad de los hijos es cuestión distinta y ajena al debate aquí suscitado, que por tanto, es indiferente cual sea el contenido de las normas reguladoras de la adopción porque lo que se discute no es la igualdad entre los hijos adoptivos y los biológicos, que tampoco tiene interés para la resolución de la presente litis el que el hijo adoptivo contraiga o no vínculos de parentesco con la familia de sus padres adoptivos, que lo fundamental en nuestro caso, es cumplir la disposición testamentaria en que se establecen la sustituciones indicadas, que no existe obstáculo legal alguno para que el testador, respetando el carácter intangible de la legítima, disponga libremente del resto de sus bienes en la forma que tenga por conveniente, que ello no afecta al principio constitucional de igualdad antes indicado, que en la interpretación del término «hijos legítimos» utilizado en el testamento del causante no se comprenden los hijos adoptivos.»

(93) RJ 1037. Con comentario de VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento», 13 (2004) *RdP*, 335-346.

FJ 3º: «De un lado, no estamos ante una sucesión legal, que ha de regirse necesariamente por los requisitos normativos vigentes y respetar el marco constitucional que la envuelve. Estamos ante un acto de voluntad del testador, que es Ley de la sucesión y que es expresión concreta del principio de libertad civil.»

[...]

«La expresión hijos legítimos no comprende a los hijos adoptivos. La distinción entre hijos matrimoniales (o legítimos en la acepción tradicional) y no matrimoniales se proyecta únicamente en relación con los hijos por naturaleza, es decir, los nacidos en el seno de una unión heterosexual, mientras que la categoría de los hijos adoptivos es ajena a esta subdistinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales de los hijos por naturaleza. Esta Sala tiene dicho que «La Ley estatal de 24 de abril de 1958, reformadora del Código civil en materia de adopción, confirió al adoptado la condición de hijo respecto al padre y/o madre adoptantes, pero no le atribuyó el *status familiae* en relación a la del adoptante, ya que según el art. 174 del Código la adopción establecía un vínculo de parentesco entre el adoptante, el adoptado y su descendencia legítima, pero no respecto a la familia del adoptante. En Cataluña, la *Compilació de Dret civil* de 1960, en su art. 248, establecía que los hijos adoptivos sólo eran llamados a la sucesión intestada del padre o madre adoptantes, pero no a la sucesión intestada de otros parientes de los adoptantes, en consonancia con el criterio expuesto de que la adopción originaba únicamente un *status filii* y no un *status familiae*. Véase, en tal sentido y con extensión, nuestra sentencia, ya citada, de 19 de julio de 1993.

Tradicionalmente, de otra parte, se había venido entendiendo que la condición de morir sin dejar hijos solamente quedaba incompleta si el heredero fiduciario moría dejando descendencia legítima. Así se deducía de la redacción original del art. 174, quinto párrafo, de la *Compilació* («Unicament seran considerats fills posats en condició els legítims i els legítimats per subsegüent matrimoni del fiduciari, a menys que el testador disposi altrament») y así lo había entendido el Tribunal Supremo [...]. La reforma de la *Compilació* del año 1984, que perseguía la equiparación jurídica de todos los hijos, se limitó a sustituir el calificativo de legítimos (y legitimados) por el de matrimoniales. De forma que, como afirma nuestra común doctrina catalana, en territorios forales se ha admitido el principio de que, tradicionalmente, el llamamiento en favor de los hijos —para los puestos en condición— sólo comprende a



los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos.

Cierto que hoy la situación es diferente. Los arts. 14 y 39.2 de nuestra Constitución de 1978 han impuesto un principio de igualdad entre todos los hijos, los arts. 26 y 27.2 de la Llei catalana 37/1991, de Mesures de Protecció del Menors i de l'Adopció, equiparan los derechos de los hijos adoptivos a los de los hijos por naturaleza y el Codi de Successions per causa de mort a Catalunya ha suprimido el párrafo último del art. 174 de la Compilació, de modo que hoy ha de entenderse que queda incompleta la condición si el heredero fiduciario fallece sin dejar descendencia matrimonial, no matrimonial o adoptiva (en relación también con el art. 113.1 del Codi de Família).

§ 77. Los tribunales catalanes también han proclamado con frecuencia la imposibilidad de que un juez superior revise la interpretación hecha por otro inferior, salvo que la interpretación de este último haya sido arbitraria o errónea. Por ejemplo, la STSJC de 21 de junio de 2000 (FJ 2º) (94), o la STJC 5 de febrero de 2001 (95), de la que fue Ponente Lluís Puig Ferriol:

FJ 6º: «[H]emos de entender, entonces, que ha de revocarse la sentencia recurrida, ya que ha dado a la cláusula testamentaria un sentido que no concuerda con la que deriva de la doctrina y jurisprudencia tradicionales en materia de sustituciones fideicomisarias. Y sin que esto suponga desconocer el criterio reiterado de que la interpretación de las disposiciones testamentarias es cuestión reservada al organismo internacional «a quo», que sólo es revisable en casación si la interpretación dada por la Sala de instancia es claramente errónea. Evidentemente este calificativo no puede darse en la sentencia de apelación que da unos argumentos perfectamente razonables a favor de su tesis. Pero en relación con las cuestiones que se han suscitado en el litigio, pasa por encima de un problema de interpretación de la voluntad del testador, el sentido, y alcance que ha de darse a una de las conjeturas que se admiten en relación con los hijos puestos en condición, que por razón de su arraigo tienen la condición de regla consuetudinaria o doctrinal y, por tanto, un cierto valor normati-

---

(94) RJ 8028.

(95) RJ 8172.

vo, que da la posibilidad que puedan ser objeto de recurso de casación si se cree que no se han aplicado de forma suficiente».

Esos mismos argumentos han servido para casar una sentencia en la el tribunal de instancia también prescindía de la doctrina legal y tradicionalmente admitida en la interpretación de la expresión «hijo legítimo». Según la STSJC de 22 de enero de 2004 (96):

FJ 6º: «[P]or último, procede señalar que, si bien la interpretación de las disposiciones testamentarias es función privativa de los Tribunales de instancia, no obstante se deja a salvo, con posibilidad de modificación en casación, cuando la apreciación efectuada en la resolución recurrida sea ilógica, contraria a la Ley, no se mantenga dentro de criterios racionales, o no respete la verdadera intención o voluntad del testador [Sentencias de 26 y 28 abril y 3 noviembre 1989, 5 marzo, 7 mayo y 23 julio 1990, 18 julio 1991, 6 abril, 10 junio y 7 julio 1992] y en el caso no ofrece duda que el juzgador ha incidido en una interpretación con error manifiesto o patente, tanto en la hermenéutica testamentaria [Sentencias de 29 febrero y 13 abril 1984 y 18 abril 1985 y 30 noviembre 1990], como en la de la normativa legal.»

§ 78. Pero el TEDH establece todo lo contrario en esta sentencia de 13 de julio de 2004 que ahora se comenta. Curiosamente, admite que la voluntad del testador podía ser perfectamente la que daba por probada el TSJA —en este punto conviene resaltar que el TEDH no entra a analizar la corrección de los argumentos que llevan a este último a la conclusión que se impugna— pero como este resultado lo considera indecoroso por suponerlo contrario al CEDH, decide no mantenerlo.

### III. SEGUNDA PARTE: MÉTODO, DESARROLLO ARGUMENTAL Y CRÍTICA DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2004

§ 79. La sentencia que ahora se comenta es importante por las obligaciones que impone y las potestades que concede a las autoridades na-

---

(96) RJ 1037.

cionales para corregir los efectos de los actos realizados por los particulares en ejercicio de la autonomía de su voluntad. Utiliza para ello una extensión de las obligaciones positivas que corresponden a las autoridades públicas en el desarrollo de los derechos garantizados, hecho que condiciona los criterios interpretativos tradicionales del TEDH.

1. *La evolución jurisprudencial en la interpretación de los arts. 8 y 14 CEDH*

§ 80. Como antes se ha señalado, el TEDH cree que los arts. 8 y 14 CEDH son aplicables conjuntamente a un caso de sucesión testada. Conviene, pues, examinar, en primer lugar, la evolución jurisprudencial sobre el Derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), teniendo en cuenta las obligaciones positivas que deben asumir las autoridades nacionales en su desarrollo —a fin de cuentas aquí subyace el argumento utilizado por el TEDH para condenar a Andorra en el asunto que se analiza— y, luego, en segundo lugar, se analizará cómo se desarrolla la regulación de la no discriminación en el sistema de Estrasburgo.

A) El derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

§ 81. La esfera de la vida privada y familiar, de la forma que la ha concebido el TEDH a lo largo de su jurisprudencia, abarca la integridad física y moral de una persona. La garantía establecida por el art. 8 CEDH está principalmente destinada a asegurar el desarrollo de la personalidad de cada individuo en las relaciones con sus semejantes, sin injerencias exteriores (97).

---

(97) STEDH «Niemietz c. Allemagne», 16 diciembre 1992, *Série A*, 251-B, § 29. No obstante, el TEDH ha considerado que determinados ámbitos de las relaciones sociales están excluidos de esta protección; por ejemplo, el respeto efectivo de la vida privada y familiar no puede implicar la existencia en el derecho nacional de una protección jurídica que permita a cada familia tener un hogar en exclusiva (STEDH «Velosa Barreto c. Portugal», 21 noviembre 1995, *Série A*, 334, § 24). Por otra parte, determinadas injerencias del Estado Parte en esta vida privada y familiar no son consideradas como contrarias al CEDH; por ejemplo, la elección del nombre de un hijo por parte de sus padres reviste un carácter íntimo y afectivo y se incluye, por tanto, en la esfera privada de éstos. Aunque el TEDH considera que el rechazo del oficial del registro civil y posteriormente el de las jurisdicciones internas de autorizar la inscripción de un determinado nombre —«Fleur de Marie»— no constituye una violación del respeto a la vida privada y familiar (STEDH «Guillot c. France», 24 octubre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, §§ 22 y 27).

§ 82. El concepto de vida familiar establecido en el art. 8 no se ciñe solamente a las familias basadas en el matrimonio (98); también puede abarcar otras relaciones *de facto* (99). Para determinar si una relación puede analizarse como «vida familiar», puede ser útil tener en cuenta determinados elementos, como el hecho de saber si los miembros de la pareja viven juntos y desde hace cuanto tiempo, y si han tenido hijos en común, de forma natural o no, como prueba de su compromiso entre ellos (100).

§ 83. Las obligaciones y las injerencias de las autoridades nacionales en la vida privada y familiar, en el domicilio y en la correspondencia han afectado principalmente a ámbitos que inciden directamente en los problemas e inquietudes que preocupan a las sociedades democráticas nacionales. En este marco, es de especial importancia el análisis de las obligaciones positivas del Estado para la protección de la vida privada y familiar.

§ 84. El TEDH, a partir de una interpretación teleológica del art. 1 del CEDH, ha desarrollado una fundamentación de las *obligaciones positivas* que los Estados Partes deben asumir para dotar de efectividad a las disposiciones del CEDH y de los Protocolos Adicionales (101).

(98) BOSSUYT, M., «L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme», (1980) *Revue Belge de Droit International*, 54.

(99) STEDH «Marckx c. Belgique», 13 junio 1979, *Série A*, § 31; STEDH «Keegan c. Irlande», 26 mayo 1994, *Série A*, 290, § 44; STEDH «Kroon et autres», 27 octubre 1994, *Série A*, 297-C, § 30.

(100) STEDH «X, Y et Z c. Royaume-Uni», 22 abril 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II, § 36. La noción de vida familiar implica que el hijo nacido de una relación marital adquiere de pleno derecho la condición de matrimonial. Desde el momento y por el solo hecho del nacimiento, existe entre el hijo y los padres una relación constitutiva de «vida familiar» (STEDH «Gül c. Suisse», 19 febrero 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-I, § 32) que no puede romperse si no es por acontecimientos posteriores excepcionales (STEDH «Ahmut c. Pays-Bas», 28 noviembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, § 60). Así, según el TEDH, para un padre y su hijo, el hecho de estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8. Lo mismo sucede cuando se trata de un menor que ha vivido durante un tiempo con sus abuelos. El no retorno del menor al hogar de origen constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar (STEDH «Bronza c. Italie», 9 junio 1998, *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1998-VI, § 51). Existe entre el hijo y los padres un vínculo constitutivo de una vida familiar incluso si en la época de su nacimiento los padres no vivían ya juntos o si su relaciones habían finalizado (STEDH «Berrehab c. Pays-Bas», 21 junio 1988, *Série A*, 138, § 21; «Keegan c. Irlande», 26 mayo 1994, *Série A*, 290, § 44). En definitiva, para un padre y un hijo, el hecho de estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar («McMichael c. Royaume-Uni», 24 febrero 1995, *Série A*, 307-B, § 55).

(101) La noción de las obligaciones positivas encuentra su fundamentación en algunas disposiciones del CEDH. Así, por ejemplo, SUDRE considera que estas obligacio-

## B) Las obligaciones positivas del Estado

§ 85. La jurisprudencia del TEDH distingue entre obligaciones positivas y obligaciones negativas. Éstas imponen a los Estados Partes un deber de no actuar y, en cambio, las primeras les requieren una determinada actuación. Sin embargo, la frontera entre ambas no está clara (102). En este sentido, el TEDH ha llegado a considerar que:

«l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et il n'y a pas lieu a distinguer entre actes et omissions» (103).

§ 86. En rigor, el art. 8 CEDH pretende esencialmente proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, pero ello no implica que el Estado Parte deba abstenerse de tales injerencias cuando la situación así lo requiera. Sin embargo, junto a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas para los Estados Partes inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar que, eventualmente, pueden suponer una injerencia en las relaciones entre individuos (104). Nada que objetar en este punto en relación con lo manifestado por

---

nes positivas se encuentran expresadas en los art. 5.5: «[T]oda persona víctima de arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá derecho a una reparación»; art. 6. 3 c: «[T]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: «[...] A defenderse él mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerar a un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan»; art. 6. 3 e: «[A] ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en el proceso»; y art. 3 del Protocolo Adicional nº 1: «[L]as Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Aunque no de forma explícita, estas obligaciones positivas también pueden deducirse de los arts. 8 a 11 del Convenio Europeo. *Vid. SUDRE, F.*: «Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», 23 (1995) *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 364.

(102) STEDH «Keegan c. Irlande», 26 mayo 1994, *Série A*, 290, § 49.

(103) STEDH «Artico c. Italie», 13 mayo 1980, *Série A*, 37, § 36.

(104) STEDH «X et Y c. Pays-Bas», 26 marzo 1985, *Série A*, 91, § 23; STEDH «Stjerna c. Finlande», 25 noviembre 1994, *Série A*, 299-B, § 38. En este sentido, se debe señalar que la noción de *respeto* carece de claridad. Así, para determinar la existencia de estas obligaciones se debe tener en cuenta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses del individuo. Para ello el Estado Parte goza de un margen de apreciación [COHEN-JONATHAN, G., «Cour européenne des droits de l'homme [chronique 1985-1986-1987]», (1988) *Cahiers de droit européen*, 462].

el TEDH en su sentencia sobre el caso «Pla y Puncernau c. Andorra»; el problema radica en determinar hasta dónde puede inmiscuirse el Estado en cuestiones que afectan a la autonomía de la voluntad.

§ 87. De modo general, el TEDH ha venido apreciando este tipo de obligaciones a cargo del Estado cuando constataba la presencia de un vínculo directo e inmediato entre, de una parte, las medidas solicitadas por el demandante y, por otra parte, su vida privada (105).

§ 88. Se debe tener en cuenta el justo equilibrio entre los intereses del individuo y de la comunidad para encontrar la justificación del reconocimiento de la obligación positiva, para lo cual se toman en consideración también criterios tales como la proporcionalidad y el margen nacional de apreciación. Ha sido en la constatación de este vínculo que el TEDH ha considerado la existencia de una obligación positiva inherente al respeto de la vida privada por parte del Estado en diferentes supuestos (106).

---

(105) STEDH «Botta c. Italie», 24 febrero 1998, *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1998-VI, § 34. En este supuesto, el demandante, persona con una disminución física, reivindicaba el derecho a poder acceder a la playa y al mar en un balneario privado. El TEDH consideró que esta reivindicación afectaba a unas relaciones interpersonales de contenido amplio e indeterminado y no apreció la existencia de ningún vínculo directo entre las medidas exigidas al Estado Parte para remediar las omisiones de los balnearios privados y la vida privada del demandante.

(106) En STEDH «Airey c. Irlande», 9 octubre 1979, *Série A*, 32, § 26, se consideró que la demandante había sido víctima de una violación del art. 8, puesto que el derecho interno no establecía la previsión de un sistema de ayuda judicial para los procedimientos de separación, lo que afectaba directamente al ámbito de la vida privada y familiar. En el asunto X e Y contra Países Bajos, concerniente a la violación de una persona con una disminución mental y, por tanto, relativo a la integridad física y moral de ésta, el TEDH afirmó que las lagunas existentes en el código penal holandés no aseguraban a esta persona una protección concreta y efectiva (STEDH «X et Y c. Pays-Bas», 26 marzo 1985, *Série A*, 91, § 30). En el asunto López Ostra contra España, relativo a los efectos nefastos de la polución causada por la actividad de una estación depuradora situada en la proximidad del domicilio de la demandante, el TEDH consideró que el Estado demandado no respetó el justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —consistente en disponer de una estación depuradora— y el disfrute efectivo por parte de la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar (STEDH «López Ostra c. Espagne», 9 diciembre 1994, *Série A*, 303-C, § 58). Y, finalmente, en el asunto Guerra y otros contra Italia, el TEDH constató que la incidencia directa de las emisiones nocivas de la fábrica Enichem sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permitía concluir la aplicabilidad del art. 8. El TEDH decidió que Italia había violado el art. 8 por no haber comunicado a los demandantes las informaciones esenciales que les habrían permitido evaluar los riesgos que podría comportar para ellos y para sus familiares el hecho de continuar residiendo en el territorio de Manfredonia (STEDH «Guerra et autres c. Italie», 19 febrero 1998, *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1998-I, § 57).

§ 89. De ello podemos deducir que el desarrollo de obligaciones positivas comporta modificaciones significativas en el contenido del derecho a la vida familiar garantizado por el art. 8 CEDH (107). Así, el TEDH realiza una interpretación evolutiva y creativa, que le permite adaptar el CEDH a los cambios de circunstancias en las sociedades democráticas y lo convierte en un instrumento dinámico. Sin embargo, en opinión del juez Morenilla, esto puede llevar al TEDH a excederse en la función judicial de interpretación que le es propia —exceso en el que posiblemente incurra en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra»— para pasar a cuestionar las decisiones políticas adoptadas por los cuerpos representativos electos, que, en las sociedades democráticas, asumen la responsabilidad principal en cuanto a la realización de cambios legislativos. De esta manera el TEDH estaría abdicando de su propia responsabilidad, que no es otra que controlar de forma independiente la acción de los gobiernos. Este dilema es mayor en relación con asuntos como el matrimonio, el divorcio, la filiación o la adopción, puesto que los mismos conllevan concepciones jurídicas, religiosas, ideológicas o tradicionales de la familia, que son diferentes en cada comunidad (108).

---

(107) Así, por ejemplo, allí donde la existencia de un vínculo familiar con un niño se encuentre establecido, el Estado Parte debe actuar de forma que permita que este vínculo se desarrolle y para ello es necesario acordar una protección jurídica que haga posible desde el nacimiento la integración del niño en su familia (STEDH «Marckx c. Belgique», 13 junio 1979, *Série A*, 31, § 31; STEDH «Johnston et autres c. Irlande», 18 diciembre 1986, *Série A*, 112, § 72). A este respecto, se puede hacer referencia al principio enunciado en el art. 7 del Convenio sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, según el cual, un niño tiene, en la medida de lo posible, el derecho a ser educado por sus padres (STEDH «Keegan c. Irlande», 26 mayo 1994, *Série A*, 290, § 50). Así, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar incluso cuando la relación de los padres ha finalizado (STEDH «Eriksson c. Suède», 22 junio 1989, *Série A*, 156, § 58). Esta manifestación puede conllevar que un niño confiado a otras personas no son sus que padres puede llegar a crear con éstos, al cabo de los años, nuevos vínculos que podría no ser de su interés perturbar o romper al reexaminar una decisión anterior sobre la guarda del menor (STEDH «W. c. Royaume-Uni», 8 julio 1987, *Série A*, 121, § 62), pudiendo comportar un proceso irreversible (STEDH «Keegan c. Irlande», 26 mayo 1994, *Série A*, 290, § 55). Así también, el TEDH considera que el Estado Parte tiene la obligación positiva de reconocer el derecho al padre biológico de revocar la presunción de paternidad del padre legal (el marido de la madre), haciendo primar los vínculos biológicos y sociales (TEDH «Kroon et autres», 27 octubre 1994, *Série A*, 297-C, § 40). Del mismo modo, el TEDH al acordar una importancia particular al interés superior del menor, concede a los Estados Partes un amplio margen de apreciación en la valoración de necesidad de la custodia del menor por parte de la administración pública y de los derechos de los padres de los menores (STEDH «Bronza c. Italie», 9 junio 1998, §§ 59 y 63).

(108) STEDH «Kroon et autres», 27 octubre 1994, *Série A*, 297-C. Opinión disidente del juez Morenilla.

§ 90. Desde esta perspectiva, la teoría de las obligaciones positivas supone una superación de la concepción clásica sobre las libertades individuales, que implica una obligación de abstención por parte del Estado. Una de las preocupaciones esenciales del TEDH consiste en asegurar una verdadera efectividad a los derechos garantizados por el sistema europeo de protección de los Derechos humanos: se pretende asegurar derechos concretos y efectivos y no derechos teóricos e ilusorios (109).

§ 91. Trasladados estos planteamientos teóricos al caso que nos ocupa, estamos de acuerdo con la afirmación que realiza el TEDH, en el § 45 de la sentencia, al manifestar que:

«[I]l est entendu que l'on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale. Les requérants se limitent à contester une décision judiciaire ayant déclaré un acte privé de transmission d'héritage contraire à la volonté de la testatrice.»

§ 92. En definitiva, el recurso a las obligaciones positivas constituye una técnica interpretativa que condiciona a los Estados Partes a adoptar determinados actos que van más allá de su simple deber de abstención (110).

§ 93. La existencia de obligaciones positivas es una evolución normal ya que los derechos fundamentales aparecen como principios rectores de toda actividad del Estado que deben orientar la acción conjunta de sus órganos e impregnar de sus valores a todo el ordenamiento jurídico nacional.

§ 94. La teoría de las obligaciones positivas está fundamentada en la necesidad de asegurar la efectividad de los derechos protegidos y en el carácter teleológico y evolutivo del CEDH. Se pretende sancionar la abstención, la inercia y los retrasos de los Estados en la protección de los derechos garantizados por el CEDH. Se trata, por tanto, de incriminar las omisiones del Estado, consideradas como injerencias pasivas.

(109) STEDH «Artico c. Italie», 13 mayo 1980, *Série A*, 37, § 53.

(110) Esta responsabilidad del Estado, al comportar una obligación de actuar, puede afectar a la prevención o a la sanción, de una violación por parte de un particular de un derecho protegido por el CEDH.



§ 95. Sin embargo, si bien es admisible que el Estado intervenga en determinadas ocasiones para garantizar que no se produzcan violaciones de los Derechos humanos en las relaciones entre particulares, esto es, el llamado «efecto horizontal» del CEDH (111) (que es una teoría que podría suponer un paso suplementario hacia la constitucionalización del ordenamiento jurídico europeo de los Derechos humanos) (112), no está nada claro cuál deba ser el alcance de tal intervención (113). Sin ánimo de entrar ahora a analizarlo, sí parece evidente que no puede jamás afectar a una disposición testamentaria del tipo de la que ahora se analiza, puesto que su razón de ser consiste expresa y precisamente en derogar a un régimen sucesorio legal que —salvando las reglas que escapan a la autonomía de la voluntad por ser imperativas (legítimas y reservas)— sólo es aplicable cuando no hay voluntad expresa que disponga las cosas de otra manera.

§ 96. La extensión de las obligaciones positivas que corresponden a los Estados Partes para procurar que los derechos fundamentales sean respetados tiene limitado su alcance por la doctrina del «margen nacional de apreciación» (vid. infra epigr. 3, § 132 ss.).

§ 97. En cualquier caso, las argumentaciones anteriores no nos deben confundir en cuanto al fallo del TEDH puesto que la violación que se constata no es directamente sobre el Derecho a la vida privada y familiar, sino sobre la existencia de una discriminación en el libre ejercicio de este derecho. Es decir, el TEDH necesita invocar en primer lugar la aplicabilidad del art. 8 para después poder entrar a

---

(111) FONTBRESSIN, P. de, «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations», en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 157. Ciertamente, determinados Tratados internacionales en materia de Derechos humanos establecen la obligación del Estado de impedir o prohibir la vulneración de determinados derechos realizada por los particulares (por ejemplo: art. 2. 1 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965; arts. 19.2, 28.2, 33 y 34 del Convenio relativo a los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989; art. 13.13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de 20 de noviembre de 1969). Una amplia discusión sobre el particular, con exposición de los argumentos a favor y en contra, DEBET, *L'influence*, 66 ss. Además, VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 111 ss.

(112) En este sentido, vid. DREMCZEWSKI, A., «La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers», (1980) *Cahiers de droit européen*, 3; ALKEMA, E., «The third-party applicability or 'Drittwirkung' of the E.C.H.R.», en *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda: Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, 33.

(113) DEBET, *L'influence*, 70-73.

analizar la posible violación del CEDH desde el punto de vista del art. 14.

§ 98. Procede ahora, pues, apreciar cómo la prohibición de discriminación está regulada en el sistema instaurado por el CEDH.

### C) El principio de no discriminación en el articulado del CEDH (art. 14)

§ 99. La prohibición de discriminación se presenta, en general, como uno de los principios fundamentales del Derecho internacional de los Derechos humanos, tal como demuestra su presencia en todos los instrumentos normativos internacionales y nacionales que propugnan el respeto de estos últimos (114).

§ 100. En este marco hay que señalar que el concepto de discriminación implica una diferencia de trato en el reconocimiento, el goce o el ejercicio de un Derecho humano o de una libertad fundamental, basado en un motivo que no concierne a ese derecho o a esa libertad (115). Ello protege, pues, frente a un trato desigual de los iguales e igual de los desiguales (116).

§ 101. El principio de no discriminación no excluye desigualdades de trato; no toda desigualdad implica una discriminación si tal trato desigual aparece suficientemente justificado. Lo es si muestra convincentemente la igualdad de los igualmente tratados o la desigualdad de los no equiparados (117).

§ 102. Así resulta que el principio de no discriminación tiene dos aplicaciones: en primer lugar, la *igualdad ante la ley*, que rechaza toda discriminación entre los destinatarios de los preceptos legales; y, en segundo lugar, el principio judicial de *igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria. Por eso no es discriminatorio el testamento que, basándose

---

(114) Ahora, SANTAMARÍA ARINAS, R., comentario al art. 14 CEDH, en LASAGABASTER (dir.), *Convenio europeo*, 526-528.

(115) BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 128.

(116) VIERDAG, E.W., *The concept of discrimination in International Law with special reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, 162.

(117) BERCOVITZ, R., «Principio de igualdad y Derecho privado», II (1990) ADC, 369 ss; OLLERO, A., «Principios de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos (ed.), Madrid, 1986-1987, 177.

en una decisión del testador (y salvando siempre las legítimas), desiguala a los herederos en la atribución de los bienes. Es una desigualdad expresamente prevista en la legislación nacional que, en este punto, da primacía a la autonomía de la voluntad sobre la igualdad legal de los herederos.

§ 103. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos este principio de igualdad es proclamado desde dos perspectivas, es decir, como principio que rige el ordenamiento jurídico de todo Estado (art. 7) (118) y como principio que debe estar presente en la aplicación de los derechos en ella reconocidos (art. 2) (119).

§ 104. El CEDH sólo recoge este último enfoque. Así, el art. 14 CEDH, a pesar de ubicarse en el Título I (Derechos y Libertades), no enuncia un derecho o una libertad en el sentido habitual. El art. 14 se sitúa después de las disposiciones que establecen derechos sustantivos (arts. 2 a 12), a diferencia de lo que sucede en otros textos internacionales de protección de los Derechos humanos, en los que la prohibición de discriminación se presenta como pórtico (120). Este hecho ya indica que esta disposición del CEDH debe circunscribirse a la categoría de «derecho-garantía», puesto que tiene la función de proteger y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte el goce de los derechos y libertades reconocidos; es decir, debe operar como condición general de aplicación, tendente, por una parte, a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades proyectados y, por la otra, a constituir un serio intento para impedir la desnatu-

---

(118) Art. 7: «[T]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

(119) Art. 2: [1] «[T]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [2] Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier limitación de soberanía».

(120) Así, por ejemplo, el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966, así como el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el artículo 2 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el artículo 2 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos de 1994. Criterio adoptado también por la Constitución española de 1978, en la que se recoge el derecho a no ser discriminado en el art. 14, que numéricamente coincide con el CEDH aunque, a diferencia de éste, aquél encabeza los preceptos que consagran «Derechos y Libertades» en el Capítulo II del Título Primero.

realización del CEDH y de los derechos y libertades en él reconocidos a través de la realización de prácticas discriminatorias (121).

§ 105. Como de desprende de lo dicho, el art. 14 forma parte integrante de cada uno de los artículos del CEDH que establecen derechos y libertades (122); esta afirmación obliga a matizar que, más que de subordinación, se debe hablar de interacción o relación recíproca puesto que si, de un lado, el art. 14 sólo se aplica si entran en juego otros preceptos, de otro lado y al mismo tiempo, estos otros preceptos aparecen inspirados por aquél (123).

§ 106. En síntesis, la no discriminación establecida en el CEDH ha de englobarse en la categoría que SPERDUTI denomina de *derechos accesorios y complementarios* (124). Hasta el momento, la prohibición de discriminación en el ámbito del Derecho europeo de los Derechos humanos no tiene existencia independiente, en el sentido de *que la discriminación sólo está prohibida cuando se realiza respecto de un derecho o de una libertad reconocidos por el sistema jurídico en vigor*. El art. 14 exige, por tanto, que exista relación entre la discriminación alegada y los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. Estas circunstancias han condicionado los pronunciamientos del TEDH en los casos en los que entraba en juego una posible demanda por discriminación.

§ 107. Se pueden distinguir tres posibles hipótesis en cuanto a los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo sobre la aplicación de

---

(121) Se pretende evitar la desnaturalización del CEDH, pero se debe tener presente que queda fuera de su marco de actuación la posibilidad de promover programas para corregir las desigualdades que sufran los grupos desaventajados. Sin embargo, con la adopción en el seno del Consejo de Europa del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, de 5 de febrero de 1995, los Estados Partes se obligan, en virtud de los arts. 4 y 5, a tomar las medidas adecuadas para favorecer una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría.

(122) Así lo entendió el TEDH al considerar, en el asunto Marckx, que «tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et des libertés» (STEDH «Marckx c. Belgique», 13 junio 1979, *Série A*, 31, § 32).

(123) «D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la convention et des protocoles» (STEDH «Van der Musselle c. Belgique», 23 noviembre 1983, *Série A*, 70, § 43; STEDH «Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni», 28 mayo 1985, *Série A*, 94, § 71; STEDH «Inze c. Autriche», 28 octubre 1987, *Série A*, 126, § 36).

(124) SPERDUTI, G.: «Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme (A propos de l'affaire «Syndicat national de la police belge»)», IX-1 (1976) *Revue des droits de l'homme*, 79. Esta complementariedad y accesoriedad se entiende como una condición general de aplicación del resto de disposiciones normativas.

una medida discriminatoria en los ordenamientos internos de los Estados Partes en el CEDH (125):

a) la discriminación se refiere a un derecho no reconocido en el CEDH

b) la discriminación se refiere a un derecho que sólo está implícitamente reconocido en el CEDH;

c) la discriminación se refiere a un derecho explícitamente reconocido en el CEDH.

Veámoslos por separado.

§ 108. La discriminación se refiere a un derecho no reconocido en el CEDH. Una demanda alegando una discriminación en el ejercicio de un derecho no reconocido en el CEDH no podrá beneficiarse del mecanismo de garantía instaurado por éste y, en consecuencia, será declarada inadmisibles por el comité de filtraje del TEDH. Como se ha señalado anteriormente, a diferencia de otros instrumentos internacionales, el CEDH no contiene una prohibición general de no discriminación. Esto se debe principalmente al hecho de que los Estados Partes no estimaron conveniente someter el conjunto de sus sistemas jurídicos a un control internacional que estuviera facultado para tomar decisiones jurídicamente obligatorias (126). La ausencia de tal disposición no tiene consecuencias normativas pero sí jurisdiccionales. Es por ello que, a pesar de que el TEDH no autoriza discriminaciones en los derechos no reconocidos por el CEDH y por sus Protocolos Adicionales, no obstante, su competencia para verificar la conformidad de las disposiciones nacionales con el art. 14 está limitada sólo a las prácticas discriminatorias que afecten a un derecho o a una libertad reconocidos (127). En consecuencia, antes de examinar el carácter discriminatorio o no de una distinción, se debe determinar si la materia sobre la que la distinción se ha practicado entra en el ámbito de aplicación material del CEDH o de sus Protocolos Adicionales (128).

---

(125) CORTEN, O., PETIAUX, C., ROBERT, E., «Lutte contre la Sida et discrimination: l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», XXIII-1 (1990) *Revue Belge de Droit International*, 194.

(126) BOSSUYT, M., «Article 14», en PETTITI, L.E., DECAUX, E., IMBERT, P.H., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica (ed.), 1995, 478.

(127) Es decir, la prohibición de la discriminación se limita a las discriminaciones de derecho. Como manifiesta BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination*, 89, para poder combatir las discriminaciones de hecho es necesario poder extender la protección del derecho a los intereses que han padecido la discriminación inadmisibles.

(128) El 26 de junio de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que prevé la prohibición general de toda forma de

§ 109. La discriminación se refiere a un derecho que sólo está implícitamente reconocido en el CEDH. Puesto que los derechos y libertades reconocidos deben ser respetados efectivamente y de manera concreta atendiendo a las finalidades del CEDH, se puede considerar que la evolución de los Derechos humanos en las sociedades democráticas, como así lo ha estimado el TEDH (129), tendrá por efecto la salvaguardia de determinados derechos implícitamente recogidos en el CEDH. Así, por ejemplo, cuando la discriminación se produce sobre un derecho, como el derecho a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 CEDH, con implicaciones de naturaleza económica y social, medioambientales y/o relacionadas con la salud (130), el TEDH está en condiciones de constatar una violación del CEDH, en aplicación del criterio de la efectividad de los derechos característico del orden público europeo. Se trata de un desarrollo de la teoría de las obligaciones positivas.

§ 110. Si la discriminación se refiere a un derecho explícitamente reconocido en el CEDH, entonces existe una combinación de una discriminación y de la violación del ejercicio de un derecho reconocido. Se pueden plantear dos posibilidades:

a) En primer lugar, el derecho reconocido es violado, independientemente de cualquier discriminación. En estos supuestos la discriminación añadirá una *agravante* a la violación inicial del derecho o libertad garantizados. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones el TEDH ha eludido pronunciarse sobre el art. 14 cuando se ha producido una violación de otro precepto, decisión que ha ido en contra del enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial. Así, el hecho de obviar un pronunciamiento sobre la violación del art. 14 puede conllevar consecuencias negativas para el justiciable en cuanto a una eventual satisfacción equitativa.

---

discriminación. Dicho Protocolo fue abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa a partir del 4 de noviembre de 2000 —día del 50 aniversario del Convenio Europeo— en la Conferencia Ministerial Europea sobre los Derechos Humanos y en él se estableció el requisito de 10 ratificaciones para su entrada en vigor. Este nuevo Protocolo que representa, en palabras de Walter Schwimmer —Secretario General del Consejo de Europa—, una mejora significativa en la protección legal contra la discriminación en el ámbito europeo, desempeñará un papel esencial no sólo en la lucha contra el racismo y la intolerancia y un avance significativo en la igualdad entre las mujeres y los hombres, sino también una mejora para la erradicación de otras formas de discriminación.

(129) STEDH «Colozza c. Italie», 12 febrero 1985, *Série A*, 89, pars. 27-28.

(130) STEDH «López Ostra c. Espagne», 9 diciembre 1994, *Série A*, 303-C, § 49. Parte de la doctrina se pronuncia en este sentido al afirmar que se puede considerar «que l'évolution des droits de l'homme dans les «sociétés démocratiques» a pour effet une reconnaissance du droit à la santé comme droit implicitement couvert par la Convention européenne» (CORTEN-PETIAUX-ROBERT, «Lutte contre la Sida et discrimination», 200).

b) Y, en segundo lugar, puede suceder que el derecho reconocido en el CEDH no sea directamente violado. En este caso, el art. 14 se aplica no como agravante, sino en combinación con otra disposición. No existirá violación de dos disposiciones, como en el caso anterior, sino una violación de dos artículos combinados, es decir, se puede constatar la violación del art. 14 independientemente de una vulneración directa de otra disposición del CEDH.

§ 111. Es en este sentido que se puede hablar de la autonomía del art. 14. Es suficiente, por tanto, un vínculo o una relación entre el art. 14 y el ejercicio de un derecho reconocido en el CEDH, sin ser necesario que se concluya la violación independiente de este último. Los casos más comunes en los que se produce una violación autónoma del art. 14 son aquellos en los que la realización de un derecho o de una libertad comporta obligaciones positivas para el Estado. Los únicos casos en que el TEDH ha constatado una violación del art. 14, son en combinación con el art. 8 (131) o con los arts. 1 (132) y 2 (133) del Protocolo Adicional núm. 1.

D) La falta de competencia del TEDH para garantizar el derecho a la vida privada y familiar en el caso «Pla Puncernau c. Andorra»

§ 112. Como ya se ha observado anteriormente, el TEDH cree que los aspectos relacionados con la sucesión entre parientes próximos son reconducible a la vida y el ámbito familiar al que se refiere el art. 8 (134). Sin embargo, en apoyo de su afirmación cita ejemplos que muy poco tienen ver con el caso que se discute porque, aun yendo todos referidos a diferencias de trato sucesorio, tales diferencias deben juzgarse de manera distinta según sea la ley quien las establezca (*Marckx c. Belgique*, p. 24, § 54; *Vermeire c. Belgique* de 29 novembre 1991, série A n° 214-C, p. 83, § 28) o la voluntad del testador. Sólo en este último caso

---

(131) STEDH «*Marckx c. Belgique*», 13 junio 1979, *Série A*, 31; STEDH «*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*», 28 mayo 1985, *Série A*, 94; STEDH «*Vermeire c. Belgique*», 29 noviembre 1991, *Série A*, 214-C.

(132) STEDH «*Inze c. Autriche*», 28 octubre 1987, *Série A*, 126; STEDH «*Darby c. Suède*», 23 octubre 1990, *Série A*, 187; STEDH «*Pine Valley Developments et autres c. Irlande*», 29 noviembre 1991, *Série A*, 222.

(133) STEDH *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, 23 julio 1968, *Série A*, 6.

(134) ARZOZ SANTISTEBAN, X., comentario al art. 8 CEDH, en LASAGABASTER (dir.), *Convenio europeo*, 304-305.

estarían legitimadas (135). Tal y como reconoce el Juez Bratza en su voto particular:

§ 4: «[L]e fait qu'au regard de la Convention toute discrimination entre individus [...] soit interdite aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers d'opérer une discrimination en faisant de pareilles distinctions dans la transmission de leurs biens.»

§ 113. La lógica del análisis del principio de no discriminación recogido en el articulado del CEDH y en coherencia con lo manifestado anteriormente al examinar las obligaciones positivas que corresponden al Estado en el marco del art. 8, debe afirmarse la falta de competencia del TEDH para poder constatar una violación de cualquier derecho en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra». La extensión de las obligaciones positivas del Estado para garantizar el Derecho a la vida privada y familiar no puede jamás ir referido a una disposición testamentaria como la que ahora se analiza. El TEDH constata la existencia de una discriminación con respecto a un derecho que no está reconocido, ni siquiera de forma implícita, en el sistema de salvaguardia de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales instaurado en el ámbito del Consejo de Europa.

---

(135) SALVADOR CODERCH, P., FERRER RIBA, J., «Asociaciones, democracia y Drittwirkung», en SALVADOR CODERCH, P., FERRER RIBA, J., MÜNCH, I. von, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Cívitas, 1997, 98: «el Estado no puede violar el principio de igualdad, pero los particulares pueden, por ejemplo, contraer matrimonio en función de sus creencias religiosas, testar en función de sus preferencias sexuales o, parecidamente, pueden también contratar o asociarse en función de criterios caprichosos que resultarían inaceptables para una Administración pública»; BERCOVITZ, «El principio», 424-425: «[L]a eficacia del artículo 14 dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quieran se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas. ¶ Lo que el artículo 14 prohíbe, como parte del orden público nacional, es que ese ejercicio arbitrario (dejado al arbitrio de cada uno) de la autonomía privada pueda producir discriminaciones *manifestas* contrarias a las expresamente previstas en él [...]» [...] En principio, cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social (fundaciones).»



## 2. La interpretación del Tribunal Europeo: hacia una uniformización en materia de Derechos Humanos

§ 114. Descartada ya la existencia de una violación de una disposición material del CEDH, se demostrará a continuación, a mayor abundamiento, que tampoco los argumentos interpretativos que en este caso utiliza el TEDH para dar un nuevo significado a la palabra «hijos» proporcionan fundamento para apreciar que ha existido alguna violación por parte de las autoridades judiciales andorranas en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra».

§ 115. En general, los criterios interpretativos utilizados por el TEDH se pueden agrupar en torno a dos ámbitos: el de la solidaridad interestatal, que representa la tendencia a la unidad del CEDH, dirigida a deducir de él la extensión de las obligaciones impuestas a los Estados Partes; y el de la soberanía estatal, que representa la tendencia a la diversidad y permite defender una interpretación restrictiva de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del CEDH.

§ 116. Ello responde a la voluntad de, por una parte, imponer la uniformidad en la interpretación del CEDH —para lo cual el TEDH se vale de un criterio de interpretación teleológico, comparativo y evolutivo— y por la otra, de respetar la diversidad —tendencia representada por la doctrina del margen de apreciación (sobre esto *vid. infra* epígrafe 3, §§ 132 ss.).

§ 117. Sin embargo, a veces el TEDH —y éste que ahora se analiza sería un supuesto— no desconoce totalmente la interpretación literal. Cuando ello es así observa el sentido *claro y natural* (136) o el sentido *ordinario y habitual* (137) de los conceptos a interpretar (138). En el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» el TEDH alega que la expresión «hijos de legítimo y canónico matrimonio» establecida en el testamento por Carolina Pujol no permitía deducir que la testadora pretendía con ello excluir del beneficio de la sucesión a un eventual nieto adoptivo. Pero aquí el órgano jurisdiccional de Estrasburgo se está apartando de su jurisprudencia anterior, ya que siempre que ha recurrido a la interpretación literal ha sido en supuestos en los que el sentido del término a interpretar era claro y natural u ordinario y habitual. Y, como podemos

---

(136) STEDH «Lawless c. Royaume-Uni», 17 julio 1961, *Série A*, 3, § 34.

(137) STEDH «Affaire linguistique belge», 23 julio 1968, *Série A*, 6, § 5.

(138) Ciertamente, la disposición a interpretar debe estar situada en su contexto. De esta forma, el TEDH ha establecido el principio según el cual «las disposiciones del Convenio Europeo y de sus Protocolos deben ser interpretadas como un todo» («Affaire linguistique belge», 23 julio 1968, *Série A*, 6, § 33).

deducir del exhaustivo análisis realizado anteriormente, la palabra «hijos (legítimos)» en el marco legal de la época en el que debía ser interpretada la expresión hacía referencia sólo a los hijos naturales (biológicos) concebidos dentro del matrimonio (por supuesto, canónico). Ese sería en todo caso el sentido claro y natural u ordinario y habitual que cabría atribuirle a la expresión.

§ 118. El criterio teleológico, de acuerdo con el objeto y el fin del CEDH, es un factor de interpretación esencial (139). La finalidad es, en todo caso, hacer efectiva la protección del individuo (140), a partir del efecto útil de la norma (141), que se logra, por un parte, mediante la consideración de los objetivos y de la finalidad del CEDH y, por otra parte, mediante el reconocimiento, como hemos dicho, de la existencia de obligaciones positivas del Estado para garantizar el ejercicio de determinados derechos.

§ 119. La interpretación debe pues pretender no tanto extender las obligaciones de los Estados Partes más allá de lo que han convenido, cuanto realizar los objetivos que se perseguían en el momento de su conclusión.

§ 120. En el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» el TEDH otorga un significado útil a una noción que ya tenía dicho significado, con la intención de conseguir una interpretación eficaz que ya tenía dicha eficacia. Lo que busca, y así claramente lo manifiesta, es el efecto útil del propio testamento.

«En présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus tant dans le domaine social qu'économique et juridique, le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités. Cela vaut également pour le domaine testamentaire où toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du de cujus ainsi que l'effet utile du testament [...]» (§ 62).

§ 121. Efectivamente, si bien debe destacarse que en el razonamiento del TEDH se encuentra su deseo acordar toda la importancia que re-

---

(139) VELU, J.; ERGEC. R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant (ed.), 1990, 52.

(140) Commission européenne des Droits de l'homme, Rapport du 1er juin 1973, STEDH «Golder c. Royaume-Uni», *Série B: Mémoires, Plaidoires et Documents*, 16, 1975, 40.

(141) COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Economica (ed.), 1989, 195.

quiere la efectividad del sistema de salvaguardia instaurado por el CEDH y sobre todo, la búsqueda de su efecto útil (142), en realidad lo que hace es crear una «noción autónoma» (143). Esta noción sería el término «hijos (legítimos)», pero no en cualquier contexto, sino cuando ésta se encuentra incluida en un testamento.

§ 122. Cuando el TEDH quiere recurrir a la técnica de creación de nociones autónomas debe buscar la existencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados Partes (144). Si se consigue obtener éste, a través de un análisis comparativo, el TEDH procederá a la reconstrucción de la norma o los conceptos tomando en cuenta el significado común. Si, por el contrario, no se consigue obtener este denominador común, ante la diversidad de soluciones y prácticas nacionales, el TEDH podrá retener la definición que considere que es la más compatible con el objeto y con la finalidad del CEDH. Así pues, las nociones autónomas son nociones jurídicas que, desprendidas del derecho interno, deben ser interpretadas en el contexto del CEDH, y a la luz de su objeto y finalidad, siendo el derecho interno sólo su punto de partida (145).

§ 123. De ahí resulta que, antes de concluir, el TEDH hubiera debido comprobar si la interpretación de esa cláusula testamentaria («hijos de legítimo y canónico matrimonio») se habría realizado de manera parecida en los 46 estados miembros del Consejo de Europa. Aquél sólo habría podido afirmar que la citada expresión incluye a los hijos adop-

---

(142) COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne*, 195.

(143) La creación de nociones autónomas está imbuida por la regla del efecto útil. Así se pronunció el TEDH, por ejemplo, al establecer que «*pour rendre efficace la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une 'peine' au sens de cette clause*» (STEDH «Welch c. Royaume-Uni», 9 febrero 1995, *Série A*, 307-A, § 27). La cursiva es propia.

(144) Respecto a este método de interpretación, es de destacar la opinión del juez MATSCHER, en el asunto König, al considerar que «*l'interprétation autonome...veut dire avant tout que l'interprétation des clauses d'une convention internationale ne doit pas être faite exclusivement à la lumière du sens et de la portée que les termes en question possèdent dans la législation interne de l'Etat concerné...il faut essayer de dégager le «dénominateur commun» qui est subjacent aux termes en question, car il est légitime de supposer que —à défaut d'une définition légale dans la Convention elle-même— tel est le sens que les Etats contractants ont voulu donner à ceux-ci*» (STEDH «König c. Allemagne», 28 junio 1978, *Série A*, 27. Opinión separée du juge MATSCHER).

(145) EVRIGENIS, D., «*L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la CEDH: notions autonomes et effet direct*», en BERNHARDT, R., GECK, W.K., *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer Verlag, 1983, 194.

tados si la mayoría de órganos jurisdiccionales de los Estados europeos se hubiese pronunciado en ese sentido (146).

§ 124. La interpretación evolutiva supone que el juez europeo encuentre un equilibrio entre la necesidad de adaptar el CEDH a la realidad del momento y el principio de seguridad jurídica.

§ 125. Pero en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» no es que el juez europeo pretenda adaptar una legislación al momento actual, sino que pretende interpretar la voluntad de una persona, manifestada en un determinado momento y en un contexto socio-histórico determinado. Nos encontramos ante un problema que afecta a la voluntad real y declarada de la testadora. La única que conocía su voluntad al declarar que «el que llegue a ser heredero deberá forzosamente transmitir la herencia a un hijo o nieto de legítimo y canónico matrimonio» era la propia testadora. Lo que pretende el TEDH es reconstruir una voluntad real, que no se corresponde al momento actual, a partir de una voluntad declarada en el momento de redacción del testamento, en un contexto social y legal totalmente distinto.

§ 126. Mediante el reenvío a la legislación y a la jurisprudencia de los Estados Partes —en eso consiste la interpretación comparativa—, se trata de determinar si la medida objeto de la demanda se encuentra también recogida en otros ordenamientos jurídicos nacionales. En la mayor parte de los supuestos, el TEDH no se refiere a un texto legislativo preciso sino que se limita a señalar que varios Estados Partes han adoptado medidas análogas a aquéllas que constituyen el objeto del litigio ante él planteado. La referencia al derecho interno tiene una función muy importante en el proceso de interpretación, ya sea para precisar los conceptos vagos o para juzgar la compatibilidad de determinadas prácticas con las exigencias del CEDH. Parece desprenderse de la jurisprudencia que la consideración del Derecho interno debe referirse a la generalidad del Derecho de los Estados partes, sin que deba excluirse el recurso al Derecho de terceros Estados democráticos, con la condición de que sus normas no entren en contradicción con la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos (147).

§ 127. Ante esta tesitura, se debe conceptualizar al CEDH como el instrumento de un orden público común cuyo objetivo se basa en una

---

(146) Como viene a manifestar el juez Bratza en su opinión parcialmente disidente, una cosa es lo que preferimos y otra cosa es lo que debemos aceptar.

(147) ERGEC, R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Ed. Université de Bruxelles, 1987, 112.

aproximación de las legislaciones y las prácticas de los Estados democráticos europeos y en un intento de reflejar los desarrollos legislativos y judiciales convergentes de los Estados Partes. Así pues, la reflexión que se extrae es que en el ámbito nacional es donde se forman las nuevas concepciones que originan las interpretaciones dinámicas del Tribunal de Estrasburgo (148).

§ 128. No obstante, el principio de la interpretación del CEDH de acuerdo con el derecho comparado no siempre debe postular una interpretación extensiva de los derechos y libertades reconocidos, sino que en determinados supuestos puede significar un equilibrio en el reconocimientos de los derechos y libertades en los Estados Partes del CEDH más que un progreso en su consolidación en el ámbito europeo.

§ 129. La interpretación comparativa comporta un efecto limitativo sobre el alcance del control jurisdiccional europeo. Este criterio de interpretación establece el hecho de que el CEDH debe interpretarse de acuerdo con las concepciones dominantes, hoy en día, en los Estados democráticos (149). Desde esta perspectiva, aún reconociendo la evolución de la costumbre y de las prácticas internas de los Estados Partes, el TEDH no siempre concluye con la condena de una determinada práctica estatal (150). Como él mismo manifiesta:

«[L]a Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui...mais ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ» (151).

§ 130. Es decir, el TEDH no utiliza la interpretación comparativa para imponer a los Estados Partes normas jurídicas que no hayan sido consentidas, ya sea directamente por el Convenio Europeo, ya sea indi-

---

(148) En palabras de SORENSEN, «Les droits inscrits en 1950 dans la C.E.D.H, ont-ils la même signification en 1975 ?», *Conseil d'Europe, Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention européenne de Droits de l'Homme, Rome 8/11/1975*, 94: «[...] les organes européens chargés de l'application de la Convention ne sauraient se mettre à l'avant-garde, mais ne devraient pas, d'autre part, se contenter du rôle de clore les rangs.»

(149) STEDH «Guzzardi c. Italie», 6 noviembre 1980, *Série A*, 39, § 95.

(150) Para el TEDH, «[...] le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heyrte à la Convention» (STEDH «F. c. Suisse», 18 diciembre 1987, *Série A*, 128, § 31).

(151) STEDH «Johnston et autres c. Irlande», 18 diciembre 1986, *Série A*, 112, § 53.

rectamente a través de la participación en una comunidad de principios jurídicos susceptibles de evolucionar (152).

§ 131. Después de este análisis del recurso a la interpretación comparativa por parte del TEDH, acaso sobren las palabras para desarmar sus propios razonamientos en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra». Parece difícil —aún cuando en sus argumentos en ningún momento ha mencionado este tipo de interpretación— que el TEDH pudiera encontrar referencia alguna en el Derecho interno de los Estados Partes del CEDH de la obligación positiva —dimanante de una interpretación extensiva del art. 8 CEDH— que obligue a las autoridades judiciales internas a corregir posibles desigualdades que se hayan establecido en disposiciones testamentarias. Es decir, el recurso a la interpretación comparativa, en este ámbito concreto de la autonomía de la voluntad, no permite juzgar la incompatibilidad de determinadas prácticas —relacionadas con la apreciación de la voluntad del testador— con las exigencias del CEDH.

### 3. El margen nacional de apreciación

§ 132. El TEDH recurre a la doctrina del margen de apreciación cuando los conflictos que se le plantean afectan a cuestiones en relación con las cuales las autoridades nacionales tienen un conocimiento más preciso —por estar más directamente en contacto con la realidad social— y, principalmente, en aquellas materias en las que no existe un consenso europeo. Lo cual implica el deber de respeto de las diversidades jurídicas nacionales.

§ 133. La doctrina del margen de apreciación encuentra su fundamento en el principio de subsidiariedad, según el cual el CEDH ambiciona constituirse en un mecanismo de garantía complementario al de los derechos internos (153). Esta complementariedad permite determinar las respectivas posiciones de los Estados Partes y del órgano de control del CEDH en la aplicación por cada uno de ellos de las obligaciones convencionales.

§ 134. La subsidiariedad puede ser formal o material. La primera implica que las instancias de Estrasburgo cooperen con las jurisdicciones in-

---

(152) ROLLAND, P., «Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'homme», en *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, Collection les grands colloques, Sciences et Techniques Humaines (ed.), 1990, 70.

(153) A este respecto, DEBET, *L'influence*, 104 ss.

ternas, que son las que en todo caso intervienen en primer lugar ante una violación del CEDH porque son las primeramente encargadas de aplicar, interpretar y asegurar el respeto y la difusión de las exigencias propias de la norma. Tal como afirmó el TEDH en el asunto «Handyside».

«[L]a Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créés par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes...» (154).

§ 135. Tal prioridad de actuación les confiere un margen de apreciación. Dicho de otro modo, la concesión a los tribunales nacionales de la prioridad en la aplicación y ejecución de los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el CEDH implica la libertad de elección por parte de los Estados de los mecanismos que consideren oportunos para instrumentalizar dicha protección. El control del TEDH concierne únicamente a la conformidad de estas medidas con los requisitos del CEDH. De ello se deriva que este margen nacional de apreciación así reconocido a los Estados Partes no es fruto de una elección política, en el sentido de que las garantías de las libertades estarán en manos de la discreción de las autoridades estatales, sino de una necesidad básicamente funcional. Este margen de apreciación no es sólo un privilegio estatal, sino también la expresión funcional de la proximidad de la autoridad encargada de la ejecución de la obligación convencional (155).

§ 136. El TEDH tiene un riguroso respeto del oficio del juez nacional y no considera de su competencia la facultad de interpretar y aplicar el Derecho interno. Según su doctrina, incumbe en primer lugar a las autoridades nacionales, particularmente a los jueces y tribunales, interpre-

---

(154) STEDH «Handyside c. Royaume-Uni», 7 diciembre 1976, *Série A*, 24, § 48.

(155) En el «Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», 23 julio 1968, *Série A*, 6, § 10, el TEDH afirmó que: «[...] ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention».

tar y aplicar éste (156). De esta manera respeta la forma en que las jurisdicciones nacionales lo interpretan y aplican (157) y sobre todo, cuando se trata de la actividad de la más alta jurisdicción del Estado (158).

§ 137. Desde esta perspectiva, no se entiende cómo, en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra», el TEDH se considera más capacitado que las autoridades judiciales internas para determinar la voluntad real del causante y para buscar el efecto útil, no a las disposiciones del CEDH, sino al propio contenido del testamento. Es evidente que en el desarrollo de esta subsidiariedad formal propia de la doctrina del margen nacional de apreciación, si alguien está capacitado para intentar determinar la voluntad real de la testadora, éste es el juez nacional. Es él el que conoce la realidad social, económica y jurídica de la sociedad andorrana y es éste el único capacitado para proceder a una interpretación de una cláusula testamentaria redactada en 1939.

§ 138. La subsidiariedad material se encuentra reflejada en el hecho de que las autoridades nacionales están mejor situadas que el TEDH para apreciar y valorar las medidas a adoptar en el respeto del justo equilibrio entre los intereses individuales y los intereses públicos en una sociedad democrática. Dado que los Estados Partes están en mejor situación para efectuar una valoración a propósito del conflicto de intereses en juego, se les impone a éstos, en la mayor parte de los supuestos, una simple obligación de resultado, dejándoles libres para escoger los medios adecuados para adaptar su ordenamiento nacional a las exigencias del CEDH (159).

§ 139. El privilegio, consistente en la aplicación particular y concreta de la regla general y abstracta, diferencia a los dos encargados de eje-

(156) STEDH «Kruslin c. France», 24 abril 1990, *Série A*, 176-A, § 29.

(157) STEDH «Herczegfalvy c. Autriche», 24 septiembre 1992, *Série A*, 224, § 64.

(158) STEDH «Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande», 29 noviembre 1991, *Série A*, 222, § 52.

(159) Sirva de ejemplo el razonamiento del TEDH en el asunto *Klass*, al considerar que: «[L]es sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. La Cour doit admettre que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales» (STEDH «Klass et autres», 6 septiembre 1978, *Série A*, 28, pág. 23, § 49). Como puede apreciarse, el TEDH consideró que las autoridades nacionales, al conocer mejor las necesidades y los peligros operantes en la sociedad democrática en la que desempeñan sus funciones, están más capacitadas para desarrollar de forma concreta la norma europea.



cutar el CEDH: el juez de Estrasburgo y las autoridades estatales. Así justifica el TEDH la autolimitación de su poder de control (160). Pero tal limitación en la función de definición de las normas (161), comporta para las autoridades locales un examen particular de los hechos. En el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» tal examen existe, a lo que no obsta que en las dos instancias judiciales se llegue a soluciones distintas.

§ 140. El margen de apreciación del Estado, como el del juez en la interpretación, suponer pasar de la abstracción de la norma a la concreción de los hechos en ella subsumibles (162). Corresponde a las autoridades estatales, de manera que el TEDH renuncia a conocer un asunto en abstracto. Al no conocer un asunto si no es de forma concreta y particular, ello significa que rechaza la aplicación de normas generales, hecho que le convertiría en legislador y conllevaría ordenar un determinado comportamiento a los Estados Partes. Esta renuncia a juzgar en abstracto demuestra que el TEDH se sitúa y se comporta, también, como una autoridad encargada de ejecutar el CEDH (163). El TEDH respeta así el carácter complementario y *a posteriori* de su fun-

---

(160) El TEDH considera que «[g]râce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la nécessité d'une restriction ou sanction destinée à y répondre» (STEDH «X. c. Royaume-Uni», 5 noviembre 1981, *Série A*, 46, § 43).

(161) Adviértase que esta renuncia sólo tienen incidencia ante las demandas individuales; en el caso de las demandas interestatales se puede cuestionar, sin ser víctima, en abstracto la legislación de otro Estado Parte sin necesidad de agotar los recursos internos.

(162) Desde esta perspectiva, la subsidiariedad constituye un principio básico en el proceso de ejecución del CEDH. En resumen, esta subsidiariedad en el sistema jurídico del CEDH se refleja en dos aspectos: un aspecto formal o procesal que implica que antes de recurrir a las instancias de Estrasburgo se debe alegar ante las instancias internas la posible violación del CEDH; y, un aspecto material o sustantivo que comporta el reconocimiento por parte del TEDH de la mejor adecuación de las autoridades nacionales para evaluar las necesidades democráticas de sus sociedades nacionales. El respeto de ambos aspectos comporta importantes implicaciones: en primer lugar, permite al TEDH analizar los asuntos que se le sometan conociendo cual es la aproximación legal efectuada por las autoridades nacionales; y, en segundo lugar, se evita así una carga excesiva de los órganos jurisdiccionales del CEDH.

(163) Aunque en determinados supuestos, la condena de un Estado Parte en un asunto concreto pueda tener consecuencias que se asemejen a un control abstracto de la norma. El reconocimiento de una violación puede ocasionar la necesidad de reformar o anular la legislación del Estado. Ante estas situaciones, el TEDH especifica que no se trata de un control en abstracto, al señalar que: «[s]ans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution mais la Cour ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses...» (STEDH «Marckx c. Belgique», 13 junio 1969, *Série A*, 31, § 58).

ción contenciosa. La política jurisdiccional del caso concreto no debe hacer olvidar las posibles repercusiones que una STEDH puede tener, no sólo sobre el Estado condenado, sino también en el ámbito interno del resto de Estados Partes en el CEDH (sobre ello *vid. infra* Parte D).

§ 141. La efectividad del CEDH en el Derecho interno depende, en gran medida, de la actitud de las autoridades nacionales, debiéndose de desarrollar un verdadero diálogo entre el juez nacional y el juez internacional (164).

§ 142. El CEDH está destinado a ser aplicado por las autoridades nacionales, jurisdiccionales o no, pudiendo éstas desarrollar una línea jurisprudencial propia, con relativa independencia en relación con la de los órganos de Estrasburgo, ante la ausencia de recursos procedimentales que aseguren la uniformidad de las interpretaciones internas e internacionales (165), en los asuntos sobre los que aún no se haya pronunciado.

§ 143. Como destaca el propio TEDH en su sentencia del caso «Pla y Puncernau c. Andorra», este órgano jurisdiccional se encuentra ante una problemática nueva jamás abordada anteriormente. Los casos anteriormente conocidos afectaban a disposiciones legales que regulaban supuestos de sucesión *ab intestato* que comportaban una injerencia ilegítima del Estado en la vida familiar de los demandantes y/o una discriminación en las relaciones familiares originadas por el nacimiento. En el mismo sentido se pronuncia el juez Bratza al advertir que este asunto es totalmente diferente a los precedentes analizados puesto que en ellos era la legislación interna la que establecía la diferencia de trato al predicar una distinción en cuanto a derechos hereditarios entre hijos legítimos e hijos ilegítimos o entre hijos nacidos de una relación adultera y los otros hijos, legítimos o no. En definitiva, el TEDH no había tenido ocasión anteriormente de pronunciarse sobre una distinción entre los hijos llamados a la sucesión realizada por el propio testador.

§ 144. Además se trata de una cuestión nueva, jamás sometida antes a la consideración del TEDH y, por ende, se está ante una «cuestión

---

(164) La relación entre la autoridad nacional y el juez europeo no puede en absoluto equipararse con la cuestión prejudicial de interpretación o de validez propia del ordenamiento jurídico comunitario. Respecto al CEDH, las autoridades nacionales gozan de plena jurisdicción, pudiendo conocer de todo asunto relativo al CEDH, establecer la validez o la no conformidad de cualquier acto nacional respecto al CEDH, sin tener que recurrir al TEDH. Por tanto, la ausencia de una relación directa entre el TEDH y las jurisdicciones nacionales acentúa el alcance del principio de subsidiariedad judicial. Así, este principio implica una actitud de moderación del TEDH, respecto de las competencias de las jurisdicciones nacionales y respecto a las competencias propias de los Estados Partes.

(165) KASTANAS, *Unité et diversité*, 101.

grave» en la interpretación del CEDH que hubiese requerido una inhibición a favor de la Gran Sala, compuesta por 17 jueces, en virtud de lo establecido en el art. 30 CEDH (166).

§ 145. El principio de subsidiariedad define tres características propias del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por un lado, el CEDH no es un instrumento exhaustivo puesto que sólo reconoce y garantiza algunos derechos humanos y libertades fundamentales. Por otro lado, las autoridades nacionales, al desempeñar las funciones propias de todo Estado de Derecho, están en mejor posición que los órganos de control de Estrasburgo para realizar el balance entre los intereses de la comunidad y los de los particulares.

§ 146. El TEDH no es una jurisdicción de cuarta instancia, puesto que el control europeo reviste un carácter subsidiario; cuando una norma comporte conceptos de contenido variable, el juez de Estrasburgo debe conceder un determinado poder de apreciación a las autoridades encargadas de aplicar e interpretar la norma (167). Así, la invocación y aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación se manifiesta en la economía propia del CEDH, en consideraciones de política jurisprudencial y en obligaciones inherentes a la función jurisdiccional (168). En este sentido, a partir de la jurisprudencia del TEDH se pueden apreciar determinadas tendencias respecto a su aplicabilidad: en primer lugar, cuando no existe un estándar europeo uniforme que permita valorar el comportamiento estatal, el TEDH concede un margen de apreciación particularmente extenso (169); en segundo lugar, por el

---

(166) Art. 3, Inhibición a favor de la Gran Sala: «[S]i el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse a favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello».

(167) JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975, 465. En palabras de VELU y ERGEC, *La Convention Européenne*, 59, el control ejercido por los órganos de Estrasburgo es, ante todo, «une oeuvre de tact et de sagesse juridictionnelle». La efectividad del sistema de salvaguardia sería «une leurre sans le concours des États contractants», puesto que «la confiance indispensable de ceux-ci dans le mécanisme de contrôle risquerait d'être ébranlée par des appréciations qui seraient ressenties comme relevant du domaine de l'opportunité». Es por todo ello que los órganos de Estrasburgo se circunscriben a una especie de autolimitación judicial [FEINGOLD, C. S., «The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights», 53 (1977) *Notre Dame Lawyer*, 92].

(168) VELU - ERGEC, *La Convention Européenne*, 58.

(169) BERNHARDT, R., «The Convention and Domestic Law», en MACDONALD, R., MATSCHER, F., PETZOLD, H., *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 67.

contrario, cuando la noción a interpretar tiene un contenido europeo objetivo el margen de apreciación nacional será escaso. Dicha oscilación en la extensión del margen nacional de apreciación también se producirá en función de la importancia del derecho en sí y las implicaciones concretas que para el individuo tenga el derecho en litigio.

§ 147. Así pues, el método de control del TEDH no consiste en determinar cuales son las medidas más apropiadas que debería adoptar el Estado Parte, sino que analiza si las medidas adoptadas son o no compatibles con las disposiciones del CEDH. Esta regla no es respetada en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» puesto que el TEDH, en lugar de analizar la compatibilidad de la medida adoptada por la instancia interna, determina cual es, para él, la medida más apropiada.

§ 148. El sistema del margen nacional de apreciación es esencialmente un mecanismo que permite al TEDH poder ejercer una interpretación restrictiva de su propia competencia atendiendo a los pronunciamientos de las autoridades nacionales (170). Es decir, el margen de apreciación plasma, por una parte, el deseo de los órganos de Estrasburgo de tener en cuenta las obligaciones jurídicas, propias de la naturaleza subsidiaria del CEDH y, por otra parte, permite integrar obligaciones políticas en sus argumentaciones.

§ 149: Dentro de este planteamiento, se debe señalar que la aplicación del margen de apreciación en los razonamientos de los jueces de Estrasburgo cumple una triple función: una *función compensadora*, una *función preventiva* y, finalmente, una *función de adaptación del Convenio Europeo a las evoluciones que se produzcan en materia de derechos humanos*.

§ 150. En el desarrollo de esta última función —que es la que aquí nos interesa—, cumple el margen de apreciación con la adaptación del sistema del CEDH al estado actual de integración de los derechos fundamentales. El denominador común que se desprende del análisis comparativo de la legislación y de la jurisprudencia interna se convierte en una barrera que debe respetar el TEDH (171).

(170) HOVIUS, «The limitations clauses of European Convention», 47.

(171) Una medida que se encuentre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes goza de una presunción de conformidad con lo dispuesto en el CEDH. En efecto, cuando la legalidad o la práctica estatal es común a la mayor parte de Estados, el estándar de supervisión de los órganos de Estrasburgo se establece en un grado menor. En cambio, el estándar es superior cuando la legalidad o la práctica de los Estados Partes carece de un consenso generalizado. El margen de apreciación permite al TEDH tomar en consideración la interpretación dada a los derechos fundamentales por el legislador y las jurisdicciones estatales y de abastecerse de los argumentos de las jurisdicciones internas; el margen de apreciación sirve de puente de enlace entre las esferas internas e internacionales.

§ 151. De este modo, se asegura y promueve el dialogo entre las instancias de Estrasburgo y los poderes públicos nacionales, puesto que el CEDH es por definición descentralizado y difuso (172). Por tanto, el margen nacional de apreciación ofrece un marco conceptual al TEDH para reflexionar sobre la relación existente entre su poder de examen y la libertad de actuación de las instituciones democráticas (173). Tal libertad de actuación de las instituciones democráticas no ha sido respetado en este caso puesto que el TEDH no ha considerado que se trataba de una voluntad discriminatoria pero legal —hecho que si han constatado las autoridades nacionales— y ha impuesto su criterio.

#### IV. TERCERA PARTE: EJECUCIÓN Y EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE JULIO DE 2004

§. 152. La ejecución y los efectos de la sentencia en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra» deben ser abordados desde dos perspectivas: por un lado, es necesario determinar cómo el Gobierno andorrano procederá a ejecutar lo establecido en la sentencia, supuesto que finalmente no prospere el recurso interpuesto contra la STEDH de 13 de julio de 2004 (174); por otro lado, se deben valorar los efectos que esta sentencia del TEDH podrá tener, no sólo sobre los testamentos y otras manifestaciones de la autonomía de la voluntad realizados en Andorra, sino también sobre los mismos actos realizados en el territorio de cualquiera de los Estados Partes en el CEDH.

---

(172) Desde esta perspectiva, la doctrina del margen nacional de apreciación permite una organización pluralista del espacio normativo. Ante la concepción tradicional de un espacio organizado de forma uniforme alrededor de una soberanía única, el margen de apreciación reivindica un espacio heterogéneo, puesto que posibilita la existencia de una determinada armonización sin que por ello se cuestione la existencia en un mismo espacio de diversas soberanías. Ante esta tesitura, se aprecia como el CEDH supone un ámbito de proximidad suficiente para ser considerado compatible con las normas europeas y nacionales. Se reconoce la existencia de una pluralidad de soluciones que pueden adoptar las autoridades nacionales de los diferentes Estados Parte y, asimismo, se intenta hacer converger estas soluciones hacia un estándar europeo.

(173) MAHONEY, P., «Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin», 11 (1990) *Human Rights Law Journal*, 85.

## A) Reparación: consecuencias de la constatación de la violación

§ 153. Se debe recordar que las sentencias del TEDH son declarativas, es decir, establecen si existe o no violación del CEDH o de sus Protocolos, pero dejan que sean los propios Estados los que determinen la forma de reparación en sus legislaciones internas. Si el Derecho nacional sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación declarada, el TEDH concederá a la parte perjudicada, si así procede (según sus propios criterios), una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH), esto es, una compensación económica que tenga en cuenta los daños materiales producidos.

§. 154. Andorra —tampoco España— no tiene previsto que una sentencia condenatoria del TEDH legitime la interposición de un recurso de revisión contra una sentencia interna firme y definitiva. Por tanto, la reparación a los perjudicados deberá consistir en una indemnización económica. De manera que las herederas del fideicomiso de Carolina Pujol continuarán siendo las hermanas Carolina e Inmaculada Serra Areny y los bienes inmuebles que en su día les fueron adjudicados (Hort de la Canaleta, Hort d'Ensucanes, Rec Vell de l'Obach, Hotel Pla y Boïges del Pla) les continúan perteneciendo en propiedad. Pero como el TEDH ha considerado que la atribución de la condición de herederas fideicomisarias no es correcta por ser contraria al CEDH, ahora resulta que el Gobierno andorrano debe indemnizar a los demandantes con una cantidad que puede llegar a ser equivalente al valor del patrimonio que las herederas percibieron. Con todo, debe hacerse constar que la Sra. Roser Puncernau Pedro murió durante el procedimiento y que el Sr. Antoni Pla Puncernau lo ha hecho recientemente, por lo que ni uno ni otro van a poder disfrutar ya la eventual e hipotética indemnización que acaso se les llegue a reconocer.

§. 155. Algunos de los bienes inmuebles hereditarios están destinados al negocio de la hostelería y, por tanto, son muy productivos, lo que significa que para el perjudicado —el excluido de la sucesión— las pérdidas (lucro cesante) pueden llegar a ser muy cuantiosas. La propia valoración de los bienes es otra de las cuestiones más problemáticas: ¿qué parámetro debe utilizarse al efecto: el valor de mercado del año en el

(174) En general, sobre el tema de la ejecución de las STEDH, BONET PÉREZ, Jordi, «El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», (1993) RJC, 58-89; QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch (ed.), 2003, 218-243.

que se defiere la herencia por muerte de Francesc-Xavier Pla Pujol? (1996), ¿ el año en que se interpone la primera demanda? (1997), ¿ cuando se dicta la sentencia del TSJA? (2000), o ¿ quizás cuando deba ejecutarse la del TEDH ? Acaso lo más coherente con el resultado de la sentencia fuera esto último, pero en cualquier caso es el TEDH quien deberá pronunciarse al respecto.

§. 156. Los demandantes cifran los perjuicios en 1.195.913 € (valor total de los bienes fideicomitidos), pero el Gobierno andorrano considera exorbitante la cuantía solicitada y pretende rebajarla hasta 751.166 €. Además, alega que de esta cantidad deben descontarse otros conceptos que, aunque no los especifica precisamente, sin duda se refieren a la legítima (1/4) y la trebeliánica (1/4) a las que el fiduciario tenía derecho. En consecuencia, el Gobierno entiende que éstos son bienes libres que no deben ser considerados en el cálculo de la indemnización que se debe hacer efectiva al Sr. Antoni Pla Puncernau.

§ 157. Junto a esta indemnización por los daños materiales, los demandantes también solicitaron que se les resarcieran los perjuicios morales por los daños a la salud padecidos a lo largo del procedimiento (150.000 €) y que se sufragaran los gastos ocasionados por el pago de los honorarios profesionales de sus representantes tanto ante las instancias internas andorranas como ante el TEDH (76.457 €).

§ 158. La sentencia pospone para un procedimiento ulterior la determinación de las cuantías, en el caso en que el Estado y los demandantes no llegaran a un acuerdo en un plazo de seis meses desde la fecha de su comunicación por escrito a los litigantes.

§ 159. En conclusión, puesto que no es el TEDH sino el Estado (andorrano) quien determina la forma de reparación (resarcimiento económico o revocación de la sentencia interna) y, puesto que, además, el Protocolo Adicional núm. 11 ha introducido la posibilidad de que el mismo TEDH pueda volver a reexaminar una sentencia dictada por una de sus Salas —naturalmente, en el seno de una formación distinta a la que previamente examinó el caso— ello conlleva, finalmente, un aplazamiento del momento de ejecución de la sentencia que, en el peor de los casos, puede hacer variar de nuevo las cuantías previamente establecidas.

§ 160. Precisamente, como ya ha sido puesto de manifiesto, el Gobierno andorrano ha solicitado la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 43.1 CEDH), de manera que no se procederá a determinar el perjuicio económico hasta que el colegio de cinco Jueces de la Gran Sala desestime la demanda (art. 43.2 CEDH) o, una vez admitida, la confirme la Gran Sala (art. 43.3 CEDH). Obviamente, en el supuesto de que

ésta modifique el fallo y estime que no existe violación del CEDH, no será necesario proceder a valorar los daños material y moral. Sí, en cambio, los gastos de representación.

B) Los efectos de la sentencia de 13 de julio de 2004

§ 161. Los efectos de esta sentencia tampoco van a ser nada tranquilizadores. Como ya hemos señalado, la sentencia del TEDH no servirá para suprimir la condición de herederos de Carolina Pujol a los así declarados en el fallo del TSJA. Pero sí que comportará, si finalmente se confirma, varias consecuencias sobre decisiones que afectan a la esfera de la autonomía de la voluntad:

§ 162. En primer lugar, por lo que respecta a los negocios de última voluntad, se pueden poner en tela de juicio todos los testamentos que se hayan realizado en Andorra y que contengan disposiciones similares a las interpretadas por el TEDH. Supuesto que todavía existan testadores cuya sucesión aun no esté abierta, lo aconsejable sería que éstos volvieran a otorgar un nuevo testamento ante el riesgo que supone que, no ya sólo el TEDH sino también las instancias internas, puedan modificar su voluntad real.

§ 163. En segundo lugar, la sentencia de 13 de julio de 2004 no incidirá sólo en el ámbito geográfico andorrano porque la jurisprudencia del TEDH —por tanto, también los argumentos utilizados en el caso «Pla y Puncernau c. Andorra»— puede alegarse ante cualquier instancia de cualquier Estado Parte del CEDH y es de obligada aplicación por esas instancias a fin de evitar nuevas condenas del TEDH.

§ 164. En tercer lugar, también se van a cuestionar aquellos testamentos realizados en un Estado no Miembro del Consejo de Europa cuya ejecución afecte a algún bien situado en el territorio de un Estado Miembro.

§ 165. En cuarto lugar, el propio TEDH ha venido consolidando a lo largo de su jurisprudencia la existencia de *situaciones continuas* (175). Se da en los casos en que el inicio de la violación escapa *ratione temporis* de la competencia del TEDH (porque el abuso se produce en un momento en el que el CEDH no estaba en vigor en el país en cuestión o por-

---

(175) Decisión de admisibilidad, Comisión Europea Derechos Humanos, «De Becker c. Bélica», 9 junio 1958, *Série B: Mémoires, Plaidoires et Documents*, 2, 1962; STEDH «Loizidou c. Turquía (fondo)», 18 diciembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, § 40.



que éste no había aceptado la jurisdicción de Estrasburgo), pero como sus efectos se prolongan en el tiempo, se entiende que son violaciones constantes de las disposiciones del CEDH y el TEDH puede entrar a analizar los efectos de las mismas en un momento posterior, esto es, una vez que adquiere la competencia de la que antes carecía. Esto podría dar lugar a que las autoridades judiciales nacionales se vieran obligadas a aplicar la jurisprudencia del caso «Pla y Puncernau c. Andorra» a herencias deferidas con anterioridad a la fecha de la sentencia que ahora nos ocupa, supuesto que el perjudicado se creyera con derecho a reclamar por una privación de la cualidad de heredero que pudiera ser calificada como «perjuicio constante» (*vgr.* sucesiones que dispongan legados de rentas periódicas).

§ 166. Y, en quinto lugar, esta potestad u obligación que se les atribuye a los jueces internos, al tener que asumir obligaciones positivas en cuanto a la garantía efectiva del derecho a la vida privada y familiar, corre el riesgo de extenderse a otros ámbitos de la autonomía de la voluntad que, por principio, escaparían a cualquier control por parte de los poderes públicos.

## V. CONCLUSIONES

§ 167. El TEDH ignora las reglas —de Derecho privado— que rigen la interpretación de los negocios de última voluntad, olvida que una nueva lectura de los hechos sólo es posible si la interpretación del juez inferior es arbitraria o claramente errónea e impone la aplicación del CEDH en una relación que es estrictamente de Derecho privado, aunque en la forma de *unmittelbare Drittwirkung*. Desde luego, una cosa es interpretar la voluntad de la testadora y que de acuerdo con esta interpretación resulten disminuidos los derechos de ciertas personas y otra muy diferente considerar que es el juez quien los restringe cuando interpreta la cláusula testamentaria en el sentido apuntado.

§ 168. Habrá que esperar a la sentencia que resuelva el recurso recientemente interpuesto por el Gobierno andorrano para ver si, finalmente, el TEDH se hace eco de y corrobora las críticas aquí vertidas o si, todo lo contrario, confirma y consolida los argumentos de la mayoría de jueces de la sala en este asunto.

