

LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA A LAS PUERTAS DE UNA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA

Josep M. Fontanellas Morell
Universidad de Lleida

Resumen

Durante la Edad Media, las *professiones iuris* eran manifestaciones por las que los intervinientes en un negocio jurídico declaraban cuál era el derecho de su stirpe, al cual deseaban sujetar el negocio en cuestión. En la Suiza de finales del siglo XIX, la terminología fue recuperada para dar nombre a una institución de Derecho internacional privado en virtud de la cual el testador podía elegir limitadamente la ley rectora de su sucesión. Esta moderna *professio iuris* experimenta un impulso enorme cuando es incluida en el Convenio de La Haya de 1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, ya que el texto del Convenio ha servido de modelo a importantes regulaciones posteriores; entre ellas, la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones, que autoriza al causante a escoger expresamente su ley nacional para regir el conjunto de la sucesión, sin que un resultado perjudicial para los legitimarios pueda considerarse contrario al orden público.

Palabras clave: Derecho internacional privado, sucesiones por causa de muerte, ley aplicable, autonomía de la voluntad, Unión Europea.

Abstract

During the Middle Age, the parties to a juridical transaction declared by means of *professiones juris* which was the law of their race, to which they wanted to subject that transaction. In Switzerland by the end of the 19th century, the terminology was rescued to give name to an institution of private international law by which the testator was limitedly allowed to choose the applicable law to his succession upon death. This modern *professio juris* experienced an enormous impulse when it was included in The Hague Convention of 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of

Deceased Persons, since the text of the Convention has been used as a model to important posterior legislations. Among them figures the European Proposal for a Regulation in the field of successions. That Proposal allows the deceased to choose expressly his national law to govern the succession as a whole, without regarding as contrary to the public policy a detrimental outcome for the forced heirs.

Keywords: Private International Law, successions upon death, applicable law, party autonomy, European Union.

1. LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA: ORIGEN Y SIGNIFICADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL

La *professio iuris* sucesoria, *professio iuris* por antonomasia¹, es una institución del DIPr contemporáneo que toma su nombre de las *professiones legis* medievales, por medio de las cuales los intervinientes en un negocio jurídico declaraban cuál era la ley de su stirpe a fin de que la misma lo disciplinara². Si esta invocación de la ascendencia jurídica era meramente enunciativa o implicaba una elección del derecho rector del acto es una cuestión muy controvertida³, por más que la postura que defiende la elegibilidad de la normativa reguladora parece la más verosímil, sobre todo a partir del declive del personalismo y la consecuente pérdida de la identidad nacional por parte de los pueblos asentados en el antiguo suelo romano⁴.

¹ Aunque hay quienes creen que las locuciones *professio iuris* y autonomía conflictual son sinónimas (vide, por todos, G. KEGEL/K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, 2004, p. 656), en puridad, la profesión de derecho es un ejercicio unilateral de una autonomía conflictual de opción, es decir, la facultad –además de en materia hereditaria, contemplada, por ejemplo, en el art. 37.2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado [LSDIP], de 1987, en cuanto al nombre civil; o en el art. 56.2 de la Ley italiana de Derecho internacional privado [LIDIP], de 1995, a propósito de las donaciones– conferida a una persona para que, de entre las leyes propuestas por el legislador, escoja aquélla que ha de pautar una determinada relación o situación de tráfico jurídico externo de la que es el sujeto único o el principal (J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris* sucesoria, Madrid, 2010, pp. 202-208).

² Sobre las profesiones históricas, vide nuestro trabajo citado en la nota precedente, pp. 37-56.

³ Ciñéndonos a los autores clásicos, entre los valedores de la libertad de selección de ley se encuentran L. A. MURATORI (*Antiquitates italicæ mediæ ævi*, tomo II, Mediolani, 1739, *Dissertatio vigesimasecunda*, cc. 261 y 262) y el BARÓN DE MONTESQUIEU [*De l'Esprit des lois*, libro XXVIII, cap. II (*Classiques Garnier*, tomo II, Paris, 1990, p. 211)]. Por el contrario, la inelegibilidad del derecho personal fuera de los supuestos legalmente previstos goza del incomparable aval de F. C. VON SAVIGNY (*Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, tomo I, 3ª reimpresión de la 2ª ed. de 1834, Darmstadt, 1956, pp. 138-167, especialmente p. 152).

⁴ Esta tesis evolutiva –la que piensa que, con el tiempo, las profesiones de ley se trocaron en elecciones de ley– es la mantenida por los internacionalistas que se han interesado por el tema, vide E. L. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. I, *Storia del diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, 1895, p. 229; E. VITTA, «The Conflict of Personal Law», *Israel Law Review*, 5 (1970), pp.

A comienzos del siglo XX, MEILI⁵ rescató la denominación para hacer referencia a una figura de nuevo cuño implantada por el art. 22.2 de la *Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter/Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (NAG/LRDC)*⁶, de 25 de junio de 1891, convencido de la semejanza negocial entre las *professiones iuris* del medievo y la opción de designar la *lex successionis* reconocida por la mencionada Ley suiza. Con este último sentido, la terminología arraigó con fuerza, a lo largo de la pasada centuria, en la doctrina helvética, que, mediada la década de los sesenta, la proyectó internacionalmente gracias a un influyente trabajo de VON OVERBECK⁷. Al incorporarla al Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte (CLH89)⁸, la Conferencia de La Haya dio a la *professio iuris* sucesoria el impulso definitivo para su difusión universal, habida cuenta de que fijó un modelo regulador que ha sido fuente de inspiración para legisladores del mundo entero que, con posterioridad, han dado entrada en sus ordenamientos a la autonomía conflictual del causante.

2. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA

Un juicio equitativo sobre la conveniencia –o inconveniencia– de que un sistema de DIPr acoja la *professio iuris* sucesoria debe hacerse, a nuestro parecer, bajo el prisma de la jurisprudencia de intereses, porque opinamos que solamente a partir del análisis de los intereses que concurren en una sucesión internacional puede tomarse partido a favor o en contra de una selección de la ley sucesoria por parte del *de cuius*. Es bien conocido que el introductor de la jurisprudencia de intereses en nuestra disciplina fue G. KEGEL,

172 y 340; A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *RCADI*, 137 (1972-III), p. 851.

⁵ En el segundo volumen de su tratado (*Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, 1902, p. 121), en el que alude a la «*erbrechtliche professio iuris*».

⁶ Al completo, el art. 22 de la *NAG/LRDC* decía: «La sucesión está sometida a la ley del último domicilio del causante. No obstante, en una disposición por causa de muerte o en un pacto sucesorio, puede someterse la propia sucesión a la ley del cantón de origen» (traducción nuestra del texto francés y alemán editado por A. N. MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., vol. I, *Gesetzestexte*, Berlin-Tübingen, 1953, *La Suisse/Die Schweiz*, pp. 13-14).

⁷ A. E. VON OVERBECK, «La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, 1966, pp. 1085-1112.

⁸ Esencialmente, en el art. 5 del Convenio, cuyas reglas más características están transcritas *infra*, notas 39, 50, 77, 127 y 137.

el cual, sobre la base de la misma, erigió una teoría general del DIPr⁹. En su construcción, el autor alemán diferenció tres clases de intereses: los internacionalprivatísticos –dentro de los que distinguía los propios de las partes, los relativos al tráfico o comercio jurídico y los inherentes al funcionamiento ordenado del sistema–, los materiales y los estatales. Remitiéndonos a un estudio mucho más detallado que hemos hecho en otro lugar¹⁰, aquí vamos a revisar someramente el grado de satisfacción que de estos intereses la profesión de ley procura.

Entre los intereses de DIPr, los primeros a sopesar son los intereses conflictuales de las partes, las cuales, tratándose de cuestiones concernientes al estatuto personal –que *lato sensu* comprende la sucesión hereditaria–, aspiran a ser disciplinadas por uno de los derechos con los que están más íntimamente vinculadas: la *lex patriae* o la *lex domicilii*. Es por ello que, en un dominio como el sucesorio, en el que, cuando menos para regular la transmisión *mortis causa* del patrimonio mobiliario, el planeta está repartido entre los ordenamientos que siguen la ley de la nacionalidad del causante y los que observan la de su domicilio o residencia habitual, una de las grandes bondades de la *optio iuris* es, como ya advirtieran en su momento MEILI¹¹ y VON OVERBECK¹², la de suponer un compromiso aceptable entre las dos soluciones, que deja en manos del disponente la concreción de la normativa a la que se siente más apegado.

Desde el punto de vista de los intereses del tráfico jurídico, que se resumen en la necesidad de facilitarlos, simplificarlos y darle seguridad¹³, la profesión de derecho puede igualmente reportar ventajas, ya que, en un ámbito como el hereditario, en el que se ven envueltos bienes –frecuentemente inmuebles–, una *professio iuris* amplia, que incluya la elegibilidad de la *lex rei sitae*, responde a los intereses del comercio jurídico, que pasan por la sujeción de los bienes –en particular, los raíces– a la ley del lugar donde radiquen. La designación de la *lex situs* para regir la sucesión inmobiliaria atiende, por lo demás, a uno de los intereses de ordenación –abordados en los párrafos siguientes– cual es el de la «recognoscibilidad» de la sentencia dictada en el país del foro de acuerdo con dicha ley, que será más cómodamente admitida por el Estado de ubicación

⁹ *Vide*, originalmente, G. KEGEL, «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», en *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, 1953, pp. 259-288; últimamente, G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, pp. 131-161.

¹⁰ J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 1, pp. 247-301.

¹¹ F. MEILI, *op. cit.* en nota 5, p. 125.

¹² A. E. VON OVERBECK, *op. cit.* en nota 7, *passim*.

¹³ G. KEGEL, *op. cit.* en nota 9, p. 274; G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, p. 137.

de los bienes, que no le podrá regatear el exequátur alegando una incompatibilidad con la legislación aplicada al fondo de la controversia¹⁴.

Además del interés en que las resoluciones judiciales sean reconocidas sin trabas, reseñado en las líneas anteriores, de entre los diferentes intereses de orden sistémico que recoge KEGEL¹⁵, nosotros nos centraremos en dos que son singularmente auspiciados por la profesión de ley: la armonía interna de decisiones y la seguridad jurídica. En lo que es uno de los problemas clásicos de la parte general del DIPr –la inadaptación–, la primera puede experimentar un grave quebranto si el estatuto sucesorio y el estatuto económico-matrimonial quedan sometidos a ordenamientos distintos, con el consiguiente peligro de que el cónyuge superviviente perciba más o menos –acumulación o laguna de derechos– de lo que cualquiera de las normativas en liza por sí sola le concedería. Es verdad que, para solventar esta dificultad, se han sugerido –y empleado– varias fórmulas tanto materiales como conflictuales –de las que el Código civil español contiene muestras elocuentes mal interpretadas por nuestra jurisprudencia registral¹⁶–, pero ningún remedio es tan sencillo y eficaz como el de acceder a que el testador elija como *lex hereditatis* la misma ley que –por voluntad de los esposos o por prescripción legal– rige los efectos patrimoniales del matrimonio¹⁷.

El último de los intereses de ordenación –y de los internacionalprivatísticos– que atrae nuestra atención es el referente a la previsibilidad del derecho aplicable, la cual, en las sucesiones internacionales –así como en los restantes sectores del tráfico externo–, no se ve favorecida por la conexión objetiva, porque la ley rectora de una situación privada heterogénea –en el caso que nos ocupa una herencia– depende siempre del país en el que se litigue, cuyos tribunales prestando obediencia a su norma de conflicto observarán una legislación que puede ser distinta de la que declararían competente las reglas de colisión de los otros Estados vinculados con el asunto. De ahí que no quepa la

¹⁴ G. KEGEL, *op. cit.* en nota 9, pp. 275 y 277; G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, pp. 138 y 144.

¹⁵ G. KEGEL, *op. cit.* en nota 9, pp. 276-277; G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, pp. 139-145.

¹⁶ Sobre la desafortunada exégesis que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha realizado del art. 9.8 *in fine* del Código civil, *vide* A. FONT I SEGURA, «Nota a las Resoluciones de la DGRN de 11 de marzo y 18 de junio de 2003», *REDI*, LV (2003-2), pp. 987-996; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío», en T. F. TORRES GARCÍA (coordinación), *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 137-145.

¹⁷ La inigualable aptitud de la autonomía conflictual del causante para compaginar la *lex successionis* con la *lex matrimonii* ya fue puesta de relieve por sus primeros patrocinadores [H. DÖLLE, «Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 30 (1966), p. 230; A. E. VON OVERBECK, *op. cit.* en nota 7, p. 1102; G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, 1973, p. 133] y, hoy en día, no es impugnada por nadie. En la doctrina española reciente, *vide*, al respecto, M. ÁLVAREZ TORNÉ, «The Dissolution of the Matrimonial Property Regime and the Succession Rights of the Surviving Spouse», *Cornell Law School Working Papers Series, Paper 27*, 2007, pp. 10-11.

menor duda de que la elección de la *lex successiois* por parte del causante proporciona a éste mucha mayor seguridad jurídica, pues le permite saber con antelación el ordenamiento que regulará su sucesión, facilitándole la organización de la misma y la toma de decisiones patrimoniales hasta su muerte¹⁸. Sin embargo, estas afirmaciones tienen que matizarse doblemente: por un lado, este plus de certidumbre que brinda la profesión de ley desaparecerá en el futuro Derecho comunitario una vez se unifiquen dentro de la Unión Europea las reglas de DIPr en materia sucesoria¹⁹; por otro lado, *no siempre* la institución es una garantía de mayor certeza jurídica, por cuanto ésta puede aumentar o disminuir en función del momento de apreciación de la conexión –en las que son de carácter personal, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual, depara mucha más seguridad la designación de la ley con la que el testador está relacionado al tiempo de la elección que la de la ley con la que pueda estarlo al tiempo de la muerte, a menudo impredecible– y del país donde se dirima el pleito –que puede no conocer la *optio iuris* o conocer una modalidad diversa de la que ha seguido el profesante, de suerte que la verificada por éste al abrigo de otra normativa devenga ineficaz–²⁰. A la vista de estos reparos, parece indiscutible que solamente puede aprovechar el potencial de certidumbre jurídica que otorga la *professio iuris* sucesoria el «*gut beratene[r] Erblasser*»²¹, aquél que, de la mano de sus asesores legales –abogados y notarios, ante todo–, esté en condiciones de preparar cuidadosamente sus disposiciones de última voluntad y de programar con esmero las actuaciones personales y económicas que posteriormente las secundarán a fin de no desvirtuarlas.

¹⁸ La creencia de que la *designatio iuris* fomenta por lo general la certidumbre jurídica ha sido compartida tanto por los pioneros en la reivindicación de la figura (H. DÖLLE, *op. cit.* en nota 17, pp. 219, 229-231 y 233; A. E. VON OVERBECK, *op. cit.* en nota 7, p. 1100; G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 17, pp. 56, 78-79 y 85) como por sus actuales defensores [*vide, ad exemplum*, A. BONOMI/J. BERTHOLET, «La “*professio iuris*” en droit international privé suisse et comparé», en F. BIANCHI (dirección), *Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois à l'occasion de son centenaire*, Zürich, 2005, pp. 374-375; A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *RDI*, LXXXVIII (2005), p. 320; E. VASSILAKAKIS, «La *professio iuris* dans les successions internationales», en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 812].

¹⁹ Quien antes parece haber advertido el incremento global de predictibilidad que representará el venidero reglamento europeo, que anulará la superioridad previsor de la profesión de derecho, ha sido T. FRANTZEN («Europäisches internationales Erbrecht», en H.-P. MANSEL *et al.* (edición), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, München, 2004, pp. 191 y 195). En España, ha reparado asimismo en este dato S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», en M. P. GARCÍA RUBIO (coordinación), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, p. 47.

²⁰ Acerca de estas puntualizaciones en torno al margen de seguridad que ofrece la profesión de ley, *vide* J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 1, pp. 266-268.

²¹ H. HANISCH, «*Professio iuris*, réserve légale und Pflichtteil», en B. DUTOIT *et al.* (edición), *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, Professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, Lausanne, 1985, p. 477.

Luego de constatar que, en el plano de los intereses conflictuales, la profesión de ley no se presta a ninguna crítica severa, podría pensarse que es la esfera de los intereses de Derecho privado material donde la *electio iuris* plantea los problemas más serios. En efecto, puede darnos la impresión de que la misma, por más que satisfaga plenamente los intereses del *de cuius* en disponer de sus bienes con la máxima libertad, atenta contra los intereses de los legitimarios en hacer suya la parte de la herencia que les correspondería de conformidad con la legislación objetivamente aplicable. A esta objeción, de calado²², cabe replicar, en primer lugar, que los herederos forzosos no son titulares de verdaderos derechos sucesorios, ya que, para ello, debería tenerse la doble – e imposible– seguridad de que, a su muerte, el difunto dejará un patrimonio y de que la transmisión *mortis causa* del mismo se adecuará a la ley en la que los legitimarios han fundado sus expectativas²³; en segundo término, aun aceptando la existencia de un propio derecho de los legitimarios a detraer una porción del caudal relicto, éste no tiene por qué prevalecer sobre el derecho del causante a disponer de *sus* bienes como le apetezca²⁴; en última instancia, por mucho que los herederos necesarios posean derechos, y que estos derechos hayan de respetarse de un modo preferente, la selección de la *lex hereditatis* no los lastima –con mecanismos e intensidades diferentes, todos los ordenamientos contienen restricciones a la libertad de testar en beneficio de los parientes más allegados²⁵–, o no lo hace en mayor medida que la conexión objetiva,

²² Sobre la trascendencia de esta objeción ya había hecho hincapié A. E. VON OVERBECK (*op. cit.* en nota 7, p. 1097), y, en nuestros días, ha sido estimada por A. DAVÌ [«L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *RDIPP*, XL (2004), p. 475] «la seule objection d'un certain poids que l'on peut adresser à l'admission de la *professio juris*».

²³ Por este motivo, frente a autores que hablan de «expectativas» hereditarias [A. BUCHER, «Ehegüter- und Erbrecht (Referat)», en *Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts. Lausanne 14.-15. Oktober 1983*, Zürich, 1984, pp. 137-138; A. BUCHER/A. BONOMI, *Droit international privé*, 2ª ed., Bâle, 2004, p. 219], están quienes solamente reconocen a los legitimarios la tenencia de «esperanzas» o «confianzas» (H. HANISCH, *op. cit.* en nota 21, pp. 479-480; B. VON DAUMILLER, *Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, 2003, p. 60).

²⁴ Pese a que haya especialistas que lo sostengan [A. BUCHER, «Ehegüter-...», *op. cit.* en nota anterior, p. 138; A. BONOMI, «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisses», *SZIER*, 6 (1996), p. 500], no puede afirmarse sin más que los herederos forzosos sean la parte débil de la sucesión, merecedora de un tratamiento ventajoso, porque qué decir «*wenn sich die Kinder weder physisch noch psychisch um den alters-gebrechlichen Erblasser kümmern*» (H. HANISCH, *op. cit.* en nota 21, p. 480).

²⁵ Una visión sucinta pero rigurosa de las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte en los ordenamientos jurídicos de nuestro continente se halla en A. VAQUER, «The Law of Successions», en M. BUSSANI/F. WERRO (edición), *European Private Law. A Handbook*, vol. I, Durham (North Carolina), 2009, pp. 564-573. Para una panorámica más extensa, comprensiva de legislaciones extraeuropeas, *vide* R. SÜSS, «Länderübersicht», en J. MAYER *et al.*, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2ª ed., Bonn, 2010, pp. 961-1112.

como la práctica judicial ha mostrado reiteradamente²⁶. Es más, en un contexto de intereses tan contrapuestos, en el que un sistema de DIPr puede optar por priorizar los intereses del disponente –acogiendo una autonomía conflictual ilimitada– o por dar primacía a los intereses de los legitimarios –cerrándose en banda a la autonomía localizadora en el Derecho de sucesiones–, la *professio iuris* sucesoria se revela como la solución materialmente más neutra, porque entre la elección libre y la no elección –entre la absoluta libertad de disposición del testador y la férrea salvaguardia de los derechos de los herederos forzosos– el punto medio es la elección limitada²⁷.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que, incluso en su variante más acotada, la profesión de ley no excluye por entero el riesgo de que los sucesores necesarios reciban menos de lo que les atribuiría la normativa competente en defecto de elección. Ante esta realidad, para tutelar completamente las expectativas de los legitimarios hay que apelar a los intereses estatales, los cuales, a pesar de hacer mayor acto de presencia en el Derecho económico internacional, concurren también –más modestamente– en las sucesiones con componente extranjero²⁸. De los intereses generales que afloran en el terreno hereditario, se significa por encima de los demás el que mueve al Estado –en ocasiones por mandato constitucional²⁹– a proteger jurídicamente a la familia. Una expresión de esta protección es la legítima, institución cuya primordial razón de ser es la preservación de la cohesión familiar a través de la solidaridad intergeneracional³⁰. De ahí que algunos de los sistemas de DIPr que han dado cabida a la *optio iuris* hayan velado por que la obligación reinante en el Derecho doméstico de reservar una parte de la herencia a los parientes del *de cuius* no pueda ser fácilmente eludida por éste en el tráfico externo mediante la designación de una legislación más favorable a sus designios. Descartado, como se verá más adelante³¹, el recurso genérico al orden público, para amparar los derechos de los deudos del finado, estos ordenamientos se han

²⁶ Un ejemplo paradigmático de desatención de las pretensiones de los legitimarios como consecuencia de la intervención de la conexión objetiva es el célebre asunto *Lowenthal*, zanjado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de noviembre de 1996 [*RAJ*, 1996-V, núm. 8212, pp. 11233-11237; *REDI*, XLIX (1997-1), pp. 264-268, nota de E. RODRÍGUEZ PINEAU].

²⁷ Argumento ya esgrimido por P. H. NEUHAUS, «Recensión del libro de G. Kühne: "Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht"», *RebelsZ*, 39 (1975), p. 600.

²⁸ En lo tocante a la existencia de intereses públicos en las sucesiones internacionales, *vide* G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 17, pp. 138-142.

²⁹ Es el caso de España, puesto que el art. 39.1 de la Constitución señala: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» [L. LÓPEZ GUERRA (edición), *Constitución española*, 16ª ed., Madrid, 2010, p. 50].

³⁰ Fundamento que, en opinión de reputados expertos [*vide, ad exemplum*, G. OTTE, «Das Pflichtteilsrecht - Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik», *AcP*, 202 (2002), pp. 351-355], justifica la pervivencia de la legítima.

³¹ *Vide infra*, 4.

servido de reglas –de formulación unilateral o bilateral– que extienden la eficacia de las normas imperativas internas –esto es, aquéllas que no quedan al arbitrio de la voluntad privada– prescriptoras de la legítima, de manera que la misma, merced a una conexión especial, acabe por estar subordinada al derecho aplicable a falta de profesión – normalmente, pero no inexorablemente, el del foro³². Esta preocupación por la suerte patrimonial de determinados herederos, que tiene su lógica en un escenario como el actual de regulaciones estatales totalmente descoordinadas, pierde gran parte de su sentido en el marco de una futura reglamentación europea, en la que la unificación de las soluciones conflictuales ha de anteponerse a consideraciones de derecho material no compartidas por todos los países comunitarios.

3. ASPECTOS NORMATIVOS BÁSICOS DE LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA

Una vez definida la *professio iuris* sucesoria y explorada su procedencia desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, queremos ahora contrastar la regulación de la figura en las legislaciones que al presente la toleran con la prevista por la Propuesta de Reglamento Europeo (PRE)³³. Bien que focalizaremos nuestro examen en los ordenamientos de los Estados de la Unión Europea, no dejaremos de lado algunos de extracomunitarios, como el suizo, el neoyorquino o el quebequés, cuyas peculiaridades vale la pena traer a colación a la hora de debatir la iniciativa de la Comisión en esta faceta de las sucesiones transfronterizas. Nuestro estudio se divide en cuatro apartados, que pretenden abordar las principales cuestiones regulatorias de la profesión de ley.

3.1. Leyes elegibles

Como se ha apuntado³⁴, la *professio iuris* faculta al causante para designar la ley rectora de su sucesión, mas, a diferencia de lo que acontece en la parcela contractual, el *de cuius* solamente puede escoger la *lex successionis* de entre las *leges* que el legislador ha tasado previamente por entender que son las que mantienen una relación más estrecha con la transmisión patrimonial *mortis causa*. A este respecto, ya hace tiempo

³² *Vide infra*, 4.

³³ La Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea está contenida en el Documento COM(2009) 154 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF>).

³⁴ *Vide supra*, 1.

que se tiene por incontestable que únicamente tres derechos guardan la proximidad suficiente con el fenómeno sucesorio para gobernarlo: el de la nacionalidad del extinto, el de su domicilio o residencia habitual y el del lugar de situación de los bienes – inmuebles– hereditarios³⁵. Con estos mimbres, los distintos sistemas de DIPr que admiten la institución responden, por lo general³⁶, a uno de los tres modelos siguientes: *professio* estricta, *professio* amplia o *professio favor fori*. La primera, comportadora de una opcionalidad bipolar que autoriza a elegir entre la legislación nacional y la del domicilio o residencia habitual del testador, es la fórmula tradicional del Derecho helvético, hoy recogida en la Ley suiza de Derecho internacional privado, de 1987 (LSDIP)³⁷, pero también es el patrón al que se ajustan las ordenaciones de Italia³⁸, Holanda³⁹, Estonia⁴⁰, Bélgica⁴¹ y Bulgaria⁴². La segunda, la que junto a la de las leyes

³⁵ En este sentido, ya el clásico trabajo de H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *RCADI*, 9 (1925-IV), p. 12.

³⁶ Se apartan de la tónica general la Ley rumana de Derecho internacional privado, de 1992, cuyo art. 68.1 [«El testador puede someter la transmisión por sucesión de sus bienes a una ley distinta de la mencionada en el artículo 66, sin que tenga derecho a rechazar sus disposiciones imperativas» (versión española de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, p. 626)] consagra una autonomía ilimitada, que, no obstante, se desenvuelve en el plano puramente material; así como el Código finlandés de Sucesiones, reformado en 2001, el cual, en el número 3 de la sección 6 de su Capítulo 26 [«Además, si el causante estuviese casado en el momento de la designación, puede designar como derecho aplicable el rector de los efectos patrimoniales del matrimonio» (traducción nuestra del texto en inglés disponible en <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>, p. 35)], deja vía libre para optar, no ya por la reglamentación nacional y la domiciliaria, sino igualmente por la disciplinadora del régimen económico-matrimonial.

³⁷ Dicha profesión de ley aparece en los arts. 90 [«1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en Suiza se rige por el derecho suizo. 2. Un extranjero podrá, no obstante, someter su sucesión, por testamento o pacto sucesorio, al derecho de uno de sus Estados nacionales...» (versión castellana de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota anterior, pp. 718-719)] y 91 [«1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el derecho que designen las reglas de derecho internacional privado del Estado en el que el difunto estaba domiciliado. 2. En la medida en que las autoridades judiciales o administrativas suizas sean competentes en virtud del artículo 87, la sucesión de un difunto suizo que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el derecho suizo, a menos que, por testamento o pacto sucesorio, el difunto haya hecho reserva expresamente del derecho de su último domicilio» (traducción al español de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota anterior, p. 719)] de la LSDIP, de 18 de diciembre de 1987.

³⁸ En el apartado 1 y en el inciso inicial del 2 del art. 46 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (LIDIP), de 31 de mayo de 1995, se especifica: «1. La sucesión por causa de muerte se regulará por la ley nacional del sujeto de cuya herencia se trate, en el momento de la muerte. 2. El sujeto de cuya herencia se trate podrá someter, con declaración expresa en forma testamentaria, toda la sucesión a la ley del Estado en el que resida» (traducción castellana de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 36, p. 944).

³⁹ Por conducto de la Ley de 4 de septiembre de 1996, la *Wet conflictenrecht erfopvolging*, se incorporó al ordenamiento jurídico neerlandés el CLH89 [véase, al respecto, A. BORRÁS, «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *REDI*, XLVIII (1996-2), pp. 363-364], el art. 5.1 del cual preceptúa: «Cualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de su sucesión. La designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo» [A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2ª ed., Madrid, 2008, p. 256].

personales posibilita la selección de la del lugar de situación en lo que hace a los bienes raíces, es la imperante en Quebec⁴³. La tercera es perceptible en el Derecho de Nueva York, que permite que la sucesión de las cosas muebles radicadas en dicho Estado –a la que sería aplicable la ley domiciliaria del causante– se sujete a la ley del foro⁴⁴, y en la *EGBGB* alemana, que, a propósito de los bienes inmuebles emplazados en la República Federal, consiente que se escoja la *lex fori* en detrimento de la normativa de la nacionalidad del profesante⁴⁵.

El espectro de leyes opcionables puede, empero, verse incrementado según cómo resuelva el problema del conflicto móvil cada uno de los ordenamientos que conocen la *professio iuris* y que –exclusivamente o no– utilizan conexiones mutables

⁴⁰ Como correctivo a la solución objetiva existente en sede hereditaria (§ 24: «La sucesión se regirá por el derecho del Estado en el que el causante haya tenido su última residencia»), el primer punto del § 25 de la Ley estonia de DIPr, de 27 de marzo de 2002, estipula: «Una persona puede disponer en su testamento o en un contrato sucesorio que el derecho del Estado de su nacionalidad se aplique a su sucesión» (la traducción es nuestra a partir del texto en inglés consultable en <http://www.legaltext.ee/text/en/X30075.htm>, p. 5).

⁴¹ Según las dos frases iniciales del art. 79.1 del Código belga de Derecho internacional privado (CBeDIP), promulgado por la Ley de 16 de julio de 2004, «Una persona puede someter el conjunto de su sucesión al derecho de un Estado determinado. La designación sólo tendrá efecto si esa persona poseía la nacionalidad de ese Estado o tenía la residencia habitual en el territorio de ese Estado en el momento de la designación o en el del fallecimiento» [traducción nuestra del texto en francés publicado en el *Moniteur belge*, 27 de julio de 2004, p. 57361; asimismo en *RCDIP*, 94 (2005), p. 173].

⁴² Los tres primeros apartados del art. 89 del Código búlgaro de Derecho internacional privado (CBuDIPr), de 17 de mayo de 2005, decretan: «(1) La sucesión de bienes muebles se regirá por el derecho del Estado en el que el causante tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento. (2) La sucesión de bienes inmuebles se regirá por el derecho del Estado en el que los bienes estén sitos. (3) El causante puede elegir que el conjunto de su sucesión se rija por el derecho del Estado del cual sea nacional en el momento de su fallecimiento» [traducción nuestra a partir del texto en inglés –«Bulgarian Code of the International Civil Law»– divulgado en «Reforma del sistema español de Derecho internacional privado», *REEI*, 12 (2006), p. 17].

⁴³ Así se desprende del art. 3098 del Código civil de Quebec (CCQ), redactado por Ley de 18 de diciembre de 1991, que dice: «Las sucesiones que comprendan bienes muebles se rigen por la ley del último domicilio del difunto; las que comprendan bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Sin embargo, una persona podrá designar, por testamento, la ley aplicable a su sucesión a condición de que esta ley sea la del Estado de su nacionalidad, o de su domicilio, en el momento de la designación o de su fallecimiento o, aún, la de situación de un inmueble que posea, pero solamente en lo concerniente a este inmueble» (versión española de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 36, p. 119).

⁴⁴ Criterio fijado por la sección 3-5.1(h) de la *Estates, Powers and Trusts Law* neoyorquina, de 2 de agosto de 1966, al prescribir: «Cuando quiera que un testador, no domiciliado en este Estado en el momento de su fallecimiento, disponga en su testamento que elige el derecho de este Estado para regir la disposición de sus bienes situados en este Estado, la validez intrínseca, incluida la capacidad general del testador, los efectos, la interpretación, la revocación o la alteración de dicha disposición, se determinarán por el derecho local de este Estado» [traducción nuestra del texto inglés oficial reproducido en *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, Book 17B, Estates, Powers and Trusts Law, §§ 1-1.1 to 4-end*, St. Paul (Minnesota), 1998, p. 565].

⁴⁵ Tenor del art. 25 de la Ley de introducción al Código civil alemán, que, después de la revisión realizada en 1986, establece: «(1) La sucesión por causa de muerte se rige por el Derecho del Estado al que pertenecía el causante en el momento de su fallecimiento. 2) El causante, en relación a los bienes inmuebles sitos en territorio nacional puede elegir el Derecho alemán en la forma de una disposición por causa de muerte» [la versión castellana es de A. VON FUNCKE, «La nueva Ley de la República Federal de Alemania de Derecho internacional privado», *REDI*, XL (1988-2), p. 321].

para remitir al derecho competente: por una parte, es factible que tales legislaciones se decanten, como lo hacen la suiza⁴⁶, la italiana⁴⁷ y la estonia⁴⁸, por una solución *cumulativa*, la cual, para la eficacia de la elección de la *lex patriae* o la de *lex domicilii*, exige que la nacionalidad o el domicilio (residencia habitual) que el *de cuius* detente al tiempo de la disposición se mantenga al tiempo de la muerte; por otra parte, cabe que las regulaciones autonomistas adopten una pauta *alternativa*, propia de leyes como la quebequesa⁴⁹, la neerlandesa⁵⁰, la finlandesa⁵¹ y la belga⁵², con arreglo a la que basta que el vínculo que el fallecido posea con la nacionalidad o el domicilio que hacen posible la *designatio iuris* exista bien en el momento de la opción bien en el de la defunción. Ni que decir tiene que, en esta segunda eventualidad, se ensancha el catálogo de derechos seleccionables, porque cada conexión personal puede conducir a dos ordenamientos potencialmente aplicables.

En cuanto al abanico de leyes elegibles, la Propuesta de la Comisión se ha alejado del planteamiento del *Document de réflexion/Discussion paper*⁵³, más

⁴⁶ En consonancia con el párrafo segundo del art. 90.2 de la LSDIP, que reza: «Esta elección caduca si, en el momento de su fallecimiento, el disponente no tenía esa nacionalidad o ya había adquirido la nacionalidad suiza» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 37).

⁴⁷ Como se infiere del segundo punto del art. 46.2 de la LIDIP, cuando éste indica: «La elección no tendrá efecto si en el momento de la muerte no residía el declarante en tal Estado» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 38).

⁴⁸ Conforme al inciso final del § 25 de la Ley estonia de DIPr, que estatuye: «Tal disposición será ineficaz si, en el momento de su fallecimiento, dicha persona ya no es nacional del Estado correspondiente» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 40).

⁴⁹ Como se ha escrito *supra*, en la nota 43, la primera oración del segundo apartado del art. 3098 del CCQ prevé: «Sin embargo, una persona podrá designar, por testamento, la ley aplicable a su sucesión a condición de que esta ley sea la del Estado de su nacionalidad, o de su domicilio, en el momento de la designación o de su fallecimiento...».

⁵⁰ En la nota 39, ya se ha citado la frase conclusiva del art. 5.1 del CLH89, en vigor en los Países Bajos, que precisa: «La designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo».

⁵¹ Arquetipo al que obedece el numeral segundo de la sección 6 del Capítulo 26 del Código sucesorio finés, que puntualiza: «Como derecho aplicable puede designarse: 1. El derecho del Estado del que el causante sea nacional en el momento de la designación o en el momento del fallecimiento; o 2. El derecho del Estado en el que el causante esté domiciliado en el momento de la designación o en el momento del fallecimiento...» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 36).

⁵² Con anterioridad, en la nota 41, ya se ha dejado constancia de que, en el segundo punto del art. 79.1 del CBeDIP, se ordena: «La designación sólo tendrá efecto si esa persona poseía la nacionalidad de ese Estado o tenía la residencia habitual en el territorio de ese Estado en el momento de la designación o en el del fallecimiento».

⁵³ El *Document de réflexion/Discussion paper*, fechado el 30 de junio de 2008 y distribuido públicamente en el Seminario «*Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance*» que se celebró en Trier los días 25 y 26 de septiembre de 2008, era un esbozo de articulado preparado por un grupo de expertos asesores de la Comisión Europea, el «Grupo PRM III/IV» *sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea* (para su composición, *vide DOUE*, C 51, de 1 de marzo de 2006, p. 3; corrección de errores, *DOUE*, C 161, de 12 de julio de 2006, p. 17).

ambicioso⁵⁴, y se ha inclinado por la «*voie minimale*»⁵⁵, en la línea de la reglamentación helvética⁵⁶, dado que, si bien toma como ley objetivamente competente la de la última residencia habitual del causante –quien puede, por tanto, escogerla pasivamente, no haciendo nada–, permite al mismo optar activamente por la ley de su nacionalidad para gobernar el conjunto de la sucesión⁵⁷. No obstante, la dicción de la PRE da pie a dos problemas interpretativos que requieren una aclaración. En primer término, el proyecto comunitario no concreta en qué momento tiene que ser apreciada la ciudadanía del *de cuius*, que posibilita a éste mostrar su preferencia por el derecho del Estado del que es súbdito⁵⁸. Los autores que hasta ahora han comentado el art. 17.1 de la PRE lo han visto aquejado, con respecto a esta tema, de una indefinición legal, que, aun cuando esté pendiente de ser corregida en el reglamento definitivo⁵⁹, no puede ser

⁵⁴ En su hipótesis más generosa –todavía objeto de debate, como lo probaba el hecho de que varias de sus frases figuraran entre corchetes–, el art. 3.2.1 del *Document de réflexion/Discussion paper* contemplaba una *professio* paragonable a la del CLH89: «*Une personne peut désigner comme loi régissant l'ensemble de sa succession: - la loi d'un État dont elle possède la nationalité au moment de cette désignation; [- la loi d'un État dont elle aura la nationalité au moment d'un décès;] [- la loi de l'État dans lequel elle a sa résidence habituelle au moment de la désignation]*» (Art. 3.2.1 del *Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 9); «*A person may designate the following law[s] to govern the succession to the whole of his estate: - the law of the State of which the person is a national of at the time of the designation; [- the law of the State of which the person is a national at the moment of death;] [- the law of the State in which the person has his habitual residence at the time of designation]*» (Art. 3.2.1 del *Discussion paper. Successions upon death*, p. 9).

⁵⁵ Expresión debida a C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (À propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009)», *Defrénois*, 2010, núm. 39072, p. 405. Que la de la PRE sea una «propuesta de mínimos», que solamente autoriza a seleccionar la ley nacional, tiene la ventaja, como contrapartida, de negar la elegibilidad del derecho de una residencia anterior, con lo cual se evita que la introducción de la profesión de ley pueda incentivar los comportamientos abusivos [*vide*, por todos, A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *RDIPP*, XLVI (2010), p. 896].

⁵⁶ *Vide supra*, nota 37.

⁵⁷ La necesidad de que la *professio iuris* incida sobre la globalidad de la herencia es igualmente reclamada explícitamente por las legislaciones italiana, holandesa (CLH89), belga y búlgara (*vide supra*, notas 38, 39, 41 y 42).

⁵⁸ El lacónico contenido del art. 17.1 de la PRE es como sigue: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee para que rija la totalidad de la sucesión» [COM(2009) 154 final, p. 21].

⁵⁹ Que tendrá que aquilatar su redacción, a juicio de R. SÜSS, «Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009», *ZErb*, 11 (2009), p. 345; A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 896; M. BUSCHBAUM/M. KOHLER, «Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa. Eine kritische Würdigung des Kommissionsvorschlags zur Erbrechtsverordnung. Erster Teil», *GPR*, 7 (2010), p. 112; G. KHAIRALLAH, «Loi applicable à la succession», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dirección), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Paris, 2010, p. 67. Implícitamente, son del mismo parecer J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria», *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 2010, núm. 54, p. 285; P. KINDLER, «Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union», *IPRax*, 30 (2010), p. 49; *IDEM*, «From Nationality to Habitual Residence: Some Remarks on the future EU Regulation on International Successions and Wills», en K. BOELE-WOELKI *et al.* (edición), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, p. 256.

interpretada hoy día sino como una referencia a la nacionalidad ostentada al tiempo de la designación⁶⁰, de modo que si el testador la cambia antes de su óbito y quiere supeditar la transmisión *mortis causa* de sus bienes a la ley del país de su nueva ciudadanía deberá hacer otra *professio iuris*⁶¹. Por mucho que esta lectura refuerce la seguridad jurídica⁶², no la compartimos, porque, ante un mutismo como el del precepto en cuestión, conviene tener en cuenta un par de aforismos latinos que reflejan principios hermenéuticos fuertemente arraigados en el mundo del Derecho: primero, está el famoso brocárdico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, que contravendríamos si, argumentando *ex silentio*, especificáramos –cuando la norma no lo hace– que el derecho susceptible de ser elegido es el de la nacionalidad del disponente *tempore designationis*; segundo, tenemos otra conocida máxima –*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*–, también colacionable aquí a la vista de la disparidad que existe entre el mentado art. 17.1 –donde la vaguedad de la disposición fuerza a una crítica textual– y el art. 16 de la misma PRE, que, a la hora de señalar la legislación objetivamente aplicable en materia de sucesiones, se decide por la de la última residencia habitual del causante⁶³, detallando, por si se diera un conflicto móvil, que de las sucesivas residencias del *de cuius* no habrá de tomarse en consideración más que la postrera; conclusión a la que, sin dificultad, se hubiera llegado, aunque la regla no lo dijera expresamente, por cuanto la sucesión de una persona se abre a raíz de su muerte. La precisión del art. 16 contrasta con la imprecisión del art. 17.1, la cual, comprobada su voluntariedad, debe forzosamente entenderse como una anuencia a que el testador opte por la ley de la nacionalidad que posea en uno cualquiera de los dos momentos jurídicamente relevantes, a saber, el de la profesión y el del fallecimiento.

En segundo lugar, el art. 17.1 suscita otro interrogante, al aludir simplemente a la *lex patriae*, sin parar mientes en que existen individuos con más de un vínculo

⁶⁰ Éste es el punto de vista que meridianamente sostienen M. BUSCHBAUM/M. KOHLER, *op. cit.* en nota anterior, p. 112; H. DÖRNER, «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», *ZEV*, 17 (2010), p. 226; J. M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Barcelona, 2010, p. 82; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RebelsZ* 74 (2010), p. 620; R. WAGNER «Der Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens», *DNotZ*, 2010, p. 515.

⁶¹ H. DÖRNER, «Der Entwurf...», *op. cit.* en nota anterior, p. 226.

⁶² *Vide supra*, 2.

⁶³ El art. 16 de la PRE proclama: «Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable al conjunto de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento» [COM(2009) 154 final, p. 21].

nacional. Enfrentados a situaciones de plurinacionalidad, los sistemas estatales de DIPr suelen, en ausencia de tratado internacional, dar preferencia a la nacionalidad del foro, siempre que ésta sea una de las confluyentes; cuando no lo es, acostumbra a primarse la nacionalidad efectiva, que normalmente coincide con la residencia habitual⁶⁴. Sin embargo, no parece que este esquema de soluciones encaje en el Derecho de la Unión Europea, ya que, en las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha topado con casos de doble nacionalidad, la Corte, para fundamentar la libertad de establecimiento⁶⁵, la atribución de los apellidos⁶⁶ o la determinación de la competencia judicial⁶⁷, ha huido de la noción de «nacionalidad efectiva», que, en la última de las sentencias mencionadas, es tildada de confusa y equívoca⁶⁸. Es cierto que estas decisiones no atañen al sector del Derecho aplicable –incluso alguna, como la primera, es de Derecho comunitario puro–, y es asimismo verdad que, en los tres supuestos, la ciudadanía «inefectiva» es la de un país de la Unión, mas no puede negarse que, en los litigios que conciernen a plurinacionales, la jurisprudencia comunitaria propende con toda nitidez a colocar en pie de igualdad las nacionalidades implicadas⁶⁹; idea que trasladada a la cuestión que nos incumbe significa que, lo mismo

⁶⁴ Ésta es, *grosso modo*, la solución que acoge el art. 9.9 del Código civil español; así como, entre otras, las regulaciones de Alemania, Francia e Italia (*vide* A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 891; en especial, nota 73).

⁶⁵ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992 (asunto C-369/90: *Micheletti c. Gobierno de Cantabria*), en la que el Tribunal se opuso a que la condición de ciudadano argentino, residente habitualmente en Argentina antes de su traslado a Europa, de una persona igualmente de nacionalidad italiana pudiera servir de motivo para limitar el ejercicio de la libertad de establecimiento u otra de las libertades comunitarias (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0369:ES:HTML>, apartados 10-11).

⁶⁶ Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003 (asunto C-148/02: *García Avello c. État Belge*), en la cual, en el caso de dos menores que, por *ius sanguinis*, ostentaban la nacionalidad belga y la española, el Tribunal juzgó contraria al Derecho comunitario la práctica administrativa de las autoridades de un país de imponer su normativa en lo relativo a la atribución de apellidos sobre la base de que era la inherente al Estado de la nacionalidad concordante con la residencia habitual de los niños afectados desde su nacimiento (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0148:ES:HTML>, apartado 28).

⁶⁷ Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (asunto C-168/08: *Hadadi c. Mesko*), en la que, para estimar la concurrencia del foro de la nacionalidad común en un divorcio de dos ciudadanos húngaros que, a la vez, eran súbditos franceses, luego de haberse afincado en Francia y de haber obtenido la nacionalidad de su país de acogida, el Tribunal equiparó ambas nacionalidades, sin dar primacía a la sincronizada con la residencia (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0168:ES:HTML>, apartados 51-55).

⁶⁸ En su apartado 55, la Sentencia *Hadadi* habla del «carácter poco preciso del concepto de "nacionalidad efectiva"», cuya elucidación obligaría a tomar «en consideración una serie de circunstancias, las cuales no siempre conducirían a un resultado claro».

⁶⁹ Así lo ven, R. SÜSS, «Der Vorschlag...», *op. cit.* en nota 59, p. 345; A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 891; *IDEM*, «Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members», *NIPR*, 2010-4, pp. 605-610, nota 34 [consultado en <https://nipr-online.eu/NiprEnglishArticles> (este artículo se ha publicado también en M. ANDERSON/E. ARROYO I AMAYUELAS –edición–, *The Law of Succession: Testamentary Freedom*).

que hace la LSDIP⁷⁰, la PRE, pese a no explicitarlo formalmente, habilita al causante para seleccionar una cualquiera de sus leyes nacionales, como así conviene la generalidad de la literatura científica⁷¹.

En suma, la exégesis más apropiada del art. 17.1 de la Propuesta de Reglamento Europeo pasa, en nuestra opinión, por dar por bueno que el *de cuius* puede elegir cuál, de entre los derechos de los Estados correspondientes a *todas* las nacionalidades que detente *tanto* al tiempo de la profesión *como* al tiempo del fallecimiento, prefiere que discipline la sucesión hereditaria de su patrimonio.

3.2. Forma

La forma ha sido uno de los aspectos más controvertidos de la *professio iuris*, por cuanto reacias –cuando no hostiles– a la figura muchas legislaciones, las contadas que la han admitido han querido garantizar que la selección de la *lex hereditatis* responda a los verdaderos designios del causante. Para estar seguros de ello, los ordenamientos sujetan la exteriorización de la voluntad del mismo a determinadas exigencias formales que van de la necesidad de una declaración expresa a la suficiencia de una declaración indubitada. En el primer grupo, en el de las normativas que demandan una profesión *expressis verbis*, cabe incluir, para nosotros, el art. 46.2.1 de la LIDIP⁷². Verdad es que no hay unanimidad en la doctrina sobre la interpretación de este inciso⁷³, pero un análisis omnicompreensivo de la regla⁷⁴ permite colegir que ésta

European Perspectives, Groningen, 2011, pp. 25-38)]; G. KHAIRALLAH, *op. cit.* en nota 59, p. 67, nota 29; P. LAGARDE, «Présentation de la proposition de règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dirección), *op. cit.* en nota 59, p. 12.

⁷⁰ Recuérdese que, como se ha consignado *supra*, en la nota 37, el art. 90.2 de la Ley suiza prescribe: «Un extranjero podrá, no obstante, someter su sucesión, por testamento o pacto sucesorio, al derecho *de uno de sus Estados nacionales...*» (cursivas nuestras).

⁷¹ En este línea, *vide* R. SÜSS, «Der Vorschlag...», *op. cit.* en nota 59, p. 345; A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 891; *IDEM*, «Testamentary freedom...», *op. cit.* en nota 69, apartado 3 *in fine*; M. BUSCHBAUM/M. KOHLER, *op. cit.* en nota 59, p. 112; G. KHAIRALLAH, *op. cit.* en nota 59, p. 67, nota 29; P. KINDLER, «Vom Staatsangehörigkeits-...», *op. cit.* en nota 59, p. 49; *IDEM*, «From Nationality...», *op. cit.* en nota 59, p. 257.

⁷² Para el texto, *vide supra*, nota 38. En el original italiano, se lee: «*Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede*» (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 128, de 3 de junio de 1995, p. 13).

⁷³ La mayoría de los tratadistas [C. T. EBENROTH/M. KLEISER, «Das Internationale Erbrecht in Italien und seine Reform», *RIW*, 39 (1993), p. 357; U. VILLANI, «Le successioni e le donazioni (artt. 46-51 e 56)», en F. CAPOTORTI (coordinación), «Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato», *Il corriere giuridico*, XII (1995), p. 1249; A. BONOMI, «La loi applicable...», *op. cit.* en nota 24, pp. 495-496; G. BROGGINI, «La nouvelle loi italienne de droit international privé», *SZIER*, 6 (1996), p. 24; M. B. DELI, «Art. 46 (Successione per causa di morte)», *Le nuove leggi civili commentate [NLCC]*, XIX (1996), p.

pretende que la disposición por causa de muerte del testador incorpore una cláusula expresa de opción de la ley del país de residencia. Harto más discutiblemente, a nuestro juicio, puede adscribirse al elenco de regímenes que piden una elección expresa el CLH89, pues, por más que D. W. M. WATERS –el *rapporteur* del Convenio– se esfuerce por convencernos de lo contrario⁷⁵ y que el grueso de la doctrina le siga⁷⁶, el precepto

1287; K. THORN, «Erbrecht», en V. MAGLIO/K. THORN, «Neues Internationales Privatrecht in Italien. Eine kritische Betrachtung», *ZVR*, 96 (1997), p. 366; M.-E. MATHIEU, *L'electio juris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, tesis, *Université Paris-II Panthéon-Assas*, 1998, p. 267; G. FACCI, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2000, pp. 150 y 153; B. BAREL, «Art. 46 Legge 31 maggio 1995, n. 218», en G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 6ª ed., Padova, 2002, p. 74; D. DAMASCELLI, «La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano», *RDIPP*, XXXIX (2003), p. 90; F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, 2004, p. 87; DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne», en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (edición), *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 83 (francés) y p. 246 (alemán); P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004, p. 163; F. KRUIS, *Das italienische internationale Erbrecht. Eine Untersuchung der Art. 46-50 des Gesetzes Nr. 218 vom 31.5.1995 unter besonderer Berücksichtigung deutsch-italienischer Erbfälle*, München, 2005, p. 74; L. ABADIE, *Essai sur l'introduction de la professio juris en droit international privé successoral français*, tesis, *Université de Pau et des Pays de l'Adour*, 2007, p. 5, nota 17, y pp. 30 y 512; A. BRUNET, *La professio juris*, trabajo de máster, *Université Paris-II Panthéon-Assas*, 2007, p. 9, nota 16; S. ARMELLINI, «Art. 46 Legge 31 maggio 1995, n. 218», en G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 9ª ed., Padova, 2009, p. 3986; S. TONOLO, «Art. 46 (Successione per causa di morte)», en G. CONETTI/S. TONOLO/F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, 2ª ed., Torino, 2009, p. 203] cree imprescindible una declaración expresa, mas hay una minoría [P. KINDLER, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995», *RebelsZ*, 61 (1997), pp. 271-272; P. KEMP, *Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Köln, 1999, pp. 123-124; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, pp. 167-171; E. CALÒ, «Sulla "professio iuris" nel testamento», *Notariato*, IX (2003), p. 527; *IDEM*, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, s.l., 2007, pp. 53-54, B. VON DAUMILLER, *op. cit.* en nota 23, pp. 110-113] que apuesta por la viabilidad de una opción implícita.

⁷⁴ Como el llevado a cabo por F. KRUIS (*op. cit.* en nota anterior, pp. 69-75), que supera la ambigüedad de la letra de la ley [la cual puede ser vertida al castellano bien como «con declaración expresa en forma testamentaria» (que es como lo hace J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *vide supra*, nota 38) bien como «con declaración expresada en forma testamentaria» (cursivas nuestras)] comparando el art. 46.2.1 de la LIDIP con su precedente más inmediato [segundo inciso del art. 27.2 del «Segundo Proyecto Vitta»: «L'opzione deve esser esercitata con clausola espressa o risultare con ragionevole certezza dal testamento» (E. VITTA, «Memoriale e progetto di legge», en CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO - edición-, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano. Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984*, Milano, 1986, p. 267, el énfasis es nuestro) y con su paralelo, el art. 56.2 de la LIDIP [«El donante podrá, con declaración expresa en el contexto de la donación, someter la donación misma a la ley del Estado en el que resida» (traducción española de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 36, p. 947, cursivas nuestras)], para poner en evidencia, por un lado, la distancia entre la fórmula empleada por la Ley de 1995 y la más diáfana y laxa utilizada por el Proyecto Vitta; por otro lado, la proximidad entre la dicción del art. 46.2 y la del art. 56.2, norma esta última que, *omnium opinione*, requiere una profesión explícita [*vide*, por todos, N. BOSCHIERO, «Articolo 56 (Donazioni)», en «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 – Commentario», *RDIPP*, XXXI (1995), p. 1173; S. BARIATTI, «Art. 56 (Donazioni)», *NLCC*, XIX (1996), p. 1354].

⁷⁵ En su informe final [«Rapport explicatif/Explanatory Report», en *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé, Seizième session*, tomo II, *Successions – loi applicable*, La Haye, 1990 (*ADCLH*, XVI, II), p. 556], D. W. M. WATERS asevera tajantemente que «[l]a désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention».

que rige este extremo no recoge de ningún modo esta limitación en su redactado⁷⁷; antes bien, «*laisse le champ libre aux interprétations*»⁷⁸, la más plausible de las cuales da por hecho que, además de la designación explícita, el texto convencional contempla, como ha puesto de relieve algún autor aislado⁷⁹, la posibilidad de la implícita. Esta valoración es extensible a todas las reglamentaciones que, en mayor o menor grado, se han amoldado al CLH89: primero, la *Wet conflictenrecht erfopvolging* holandesa, que reproduce, también en materia de forma, las prescripciones del Convenio de La Haya⁸⁰; segundo, el CBeDIP, que, en este punto, es un calco de la regulación convencional⁸¹, por lo que, a despecho del desacuerdo entre los expertos⁸², ha de reputarse que el Código fija unas condiciones formales idénticas a las derivadas del Convenio; tercero, las normativas que se han inspirado en el CLH89, como ocurre con las de Finlandia⁸³ y Bulgaria⁸⁴.

⁷⁶ Van en esta misma dirección N. WATTÉ, «L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye», *Revue belge de droit international*, XXIV (1991-1), p. 422; T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 304; C. SCHMELLENKAMP, «Änderungen des Internationalen Erbrechts im Verhältnis zwischen Deutschland und den Niederlanden aufgrund des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. August 1989», *MittRhNotK*, 1997, p. 252, nota 113; M.-E. MATHIEU, *op. cit.* en nota 73, p. 256; K. DREHER, *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 169 y 198-199; P. KEMP, *op. cit.* en nota 73, p. 125; P. DE CESARI, *op. cit.* en nota 73, pp. 170-171; A. BRUNET, *op. cit.* en nota 73, p. 18; A.-S. PAPEIL, «Doit on laisser la possibilité au futur de cujus de choisir la loi applicable à sa succession?», *Successio. Zeitschrift für Erbrecht*, 1 (2007), p. 114.

⁷⁷ El art. 5.2.1 del Convenio de La Haya estipula: «La citada designación se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 39).

⁷⁸ A. BORRÁS, «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en A. BORRÁS *et al.* (edición/coordinación), *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, 1996, p. 19.

⁷⁹ La vanguardia de esta corriente de pensamiento la ocupa P. KINDLER («Internationale Zuständigkeit...», *op. cit.* en nota 73, p. 272).

⁸⁰ *Vide supra*, nota 39.

⁸¹ El art. 79.2 de dicho Código belga pormenoriza: «La designación y su revocación se expresarán en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 41).

⁸² Los juristas belgas están divididos entre los que reivindican una designación expresa [P. WAUTELET, «Le nouveau régime des successions internationales», *Revue générale de droit civil*, 23 (2005), p. 382, nota 61; N. WATTÉ/C. BARBÉ, «Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois», *JDI*, 133 (2006), p. 905] y los que para nada descartan la elección tácita siempre que la misma se realice en la forma de una disposición de última voluntad [F. BOUCKAERT, «Professio Juris dans le Code de Droit International Privé Belge», en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (edición), *op. cit.* en nota 73, p. 426; P. DE PAGE, «Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions», *Revue trimestrielle de droit familial*, 28 (2005), p. 682].

⁸³ La segunda frase del párrafo primero de la Sección 6 del Capítulo 26 del Código finlandés de Sucesiones prescribe: «... Para ser válida, la designación deberá hacerse en la forma requerida para un testamento...» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 36).

⁸⁴ El inciso final del art. 89.4 del CBUdIP estatuye: «... La elección del derecho aplicable y su revocación deberá hacerse en la forma de una disposición testamentaria» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 42).

En cambio, al círculo de sistemas de DIPr que, al lado de la *electio iuris* expresa, dan cabida a la tácita pertenecen, aparte de los carentes de una previsión *ad hoc*⁸⁵, los de Suiza y Alemania. En la Confederación Helvética, el silencio absoluto del art. 22.2 de la *NAG/LRDC*⁸⁶ fue, al principio, entendido por los tribunales como una apelación a que la opción de derecho se vehiculara a través de una declaración explícita en la forma de una disposición *mortis causa*⁸⁷, punto de vista que hicieron suyo los exegetas⁸⁸, bien que, con el paso del tiempo, entre los mismos fue cuajando una tendencia favorable a la selección implícita⁸⁹, que anticipó la modificación del criterio jurisprudencial⁹⁰. Con la entrada en vigor de la Ley de 1987, la situación ha experimentado una variación de detalle, dado que la forma de las profesiones hechas por extranjeros afincados en Suiza sigue estando falta de regulación positiva⁹¹, lo que propicia que comentaristas⁹² y

⁸⁵ En esta categoría están encuadradas las legislaciones de Nueva York (*vide supra*, nota 44), Rumanía (*vide supra*, nota 36), Quebec (*vide supra*, nota 43) y Estonia (*vide supra*, nota 40).

⁸⁶ *Vide supra*, nota 6.

⁸⁷ En la Sentencia *Riva*, de 29 de marzo de 1899 [*BGE/ATF*, XXV-I (1899), p. 55], la Corte Federal precisó que la opción de derecho «*suppose une déclaration explicite et formelle*», que ha de «*contenir les éléments d'une disposition de dernière volonté*».

⁸⁸ Previamente al pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, P. DES GOUTTES [*Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse. Essai d'interprétation et de critique de la loi fédérale du 25 juin 1891*, Genève, 1892, pp. 280-282; «*Essai d'interprétation du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891. Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse*», *ZSR*, XVI (1897), p. 377] había ya reclamado la forma expresa, lo mismo que, con la excepción de los nombrados en la nota subsecuente, hicieron luego todos los legistas helvéticos que fueron abordando la problemática.

⁸⁹ Fueron pocos –pero en aumento progresivo– los autores suizos que, en contra del parecer de los jueces, respaldaron la validez de la profesión de ley implícita. Como representantes de esta orientación sólo puede citarse a P. REICHLIN, *Grundsätze der Testamentsauslegung. Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechts*, Uznach, 1926, p. 91; A. F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts einschliesslich Prozeßrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, vol. II, 4ª ed., Basel, 1958, p. 518; P. M. GUTZWILLER, «Zur Form der erbrechtlichen professio iuris (art. 22 Abs. 2 NAG)», *SJZ*, 70 (1974), pp. 357-364; y P. DE PREUX, *La «professio juris» (Étude de l'article 22 LRDC)*, Lausanne, 1981, pp. 44, 46-47, 49-51, 61 y 177-178.

⁹⁰ El vuelco de la jurisprudencia se da en la Sentencia *Wernli*, de 22 de diciembre de 1983 [*BGE/ATF*, 109-II (1983), pp. 403-407], que, en uno de sus fundamentos jurídicos (p. 406), proclama: «*[n]on è necessario, dunque, che il testatore si pronuncii in termini solenni per il diritto del proprio Cantone di attinenza: può anche riferirvisi in modo approssimativo o persino implicito, purché il testo de la disposizione a causa di morte contenga indizi univoci, gli elementi estrinseci potendo servire semmai a interpretare le indicazioni che emergono dal testo, ma non a supplire o a sostituire il medesimo*».

⁹¹ Si bien en el «Proyecto de la Comisión de Expertos» [*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht von Dr. Frank Vischer und Dr. Paul Volken, LL. M.*, Zürich, 1978, p. 24 (alemán) y p. 208 (francés)] había habido una tentativa de hacerlo (art. 91.3: «*Das gewählte Recht muss eindeutig aus einer Verfügung von Todes wegen hervorgehen*»)/«*Ce choix doit résulter indubitablement d'une disposition pour cause de mort*»), la LSDIP no pautó la forma de esta profesión de derecho, conformándose con ordenar que esté inserida en un testamento o en un contrato hereditario (*vide supra*, nota 37).

⁹² Vigente la LSDIP, los analistas de la misma se han mantenido fieles a los postulados del Tribunal Federal, sentados primero en la Sentencia *Wernli*, de 22 de diciembre de 1983 (*vide supra*, nota 90), y después en la Sentencia *B. v. A.*, de 3 de septiembre de 1998 (*vide*, nota siguiente); y han abonado la profesión tácita de derecho cuando ésta sea inequívoca (*vide*, por todos, A. K. SCHNYDER/M.

jueces⁹³ estén abiertos a la designación tácita; mientras que, para las profesiones de los suizos expatriados –novedad de la LSDIP–, ésta es más estricta y fuerza a una declaración expresa de elección de la ley helvética⁹⁴. A su vez, en la República Federal de Alemania, la discusión sobre la forma de la *erbrechtliche Rechtswahl* no ha sido tan prolongada, porque, tradicionalmente ausente la institución del Derecho sucesorio, únicamente los escasos teóricos que la patrocinaban llegaron a preocuparse por el tema, a propósito del cual abogaron por la máxima libertad formal⁹⁵. Con la introducción de una *professio* parcial *favor fori* a resultas de la reforma de la *EGBGB* de 1986, las circunstancias han sido otras, ya que, aun cuando nada diga la Ley de introducción al Código civil alemán acerca de la forma de verificarla, la cuestión ha surgido tanto en la doctrina, la cual unánimemente ha avalado, junto a la validez de la elección expresa, la

LIATOWITSCH, «Art. 90», en H. HONSELL *et al.* (edición), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Basel, 2007, pp. 618-619, núm. 18).

⁹³ Bajo el imperio de la LSDIP, de 1987, el *Bundesgericht* ha tenido una inmejorable oportunidad [*B. v. A. BGE/ATF*, 125-III (1998), pp. 35-41] para reconocer una selección implícita de la *lex patriae* por parte de una testadora de nacionalidad alemana, cuya verdadera voluntad el Alto Tribunal infiere de «[l]’insieme di tutte le ... circostanze, ossia il luogo della rogazione in Germania, la confezione e la pubblicazione dell’atto secondo il diritto notarile germanico da parte di un notaio germanico, la nazionalità germanica di tutte le parti interessate, la formulazione dell’istituzione d’erede tipica del diritto germanico e piuttosto estranea a quello svizzero lasciano trasparire la volontà della testatrice di veder disciplinata la sua successione dal diritto germanico. Ciò basta, per poter procedere all’ulteriore interpretazione della disposizione di ultima volontà facendo capo a ogni altro elemento o circostanza estrinseci (...) [los cuales] sono parecchi e assai importanti. Innanzi la madre aveva pessimi rapporti con la figlia e aveva espresso la volontà di lasciarle il meno possibile; il notaio ha poi reso attenta la testatrice sulla legittima di ½ a favore della figlia prevista dal diritto germanico e la testatrice stessa gli aveva detto di già saperlo e di voler applicare quel diritto e non quello svizzero; infine nei precedenti testamenti fatti in Svizzera la testatrice ha sempre optato per il diritto del paese di attinenza in maniera espressa, mentre nella disposizione a causa di morte fatta anni prima in Germania la *professio iuris* risulta solo da un accenno al BGB. Si tratta di una serie di elementi, estremamente significativi, che non lasciano dubbi di sorta sulla volontà della de cuius di sottoporre la sua successione al diritto del paese di attinenza e che confermano pertanto tutti gli indizi in tal senso emergenti dal testamento stesso e di cui si è detto in precedenza» (p. 41). Por lo que se refiere a esta importantísima decisión, *vide* A. BUCHER, «Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes, de la famille et des successions», nota a la Sentencia del Tribunal Federal suizo de 3 de septiembre de 1998 (*B. v. A.*), *SZIER*, 9 (1999), pp. 348-354; I. SCHWANDER, «Anforderungen an die Bestimmtheit der *professio iuris* gemäss Art. 90 Abs. 2 IPRG. *Rechtswahl* durch stillschweigende Bezugnahme auf das Heimatrecht», nota a la Sentencia del Tribunal Federal suizo de 3 de septiembre de 1998 (*B. v. A.*), *AJP*, 1999, pp. 489-491; B. DUTOIT, «Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l’épreuve du temps: Dix ans de LDIP», *SZIER*, 10 (2000), pp. 294-295. Valiéndose de los mismos razonamientos, la practicabilidad de la profesión tácita ha sido posteriormente reafirmada por el *Arrêt du Tribunal fédéral* de 24 de junio de 2002 (http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_5P_2002/5P.198_2002.html).

⁹⁴ Requisito de nuevo cuño, que, añadido al deber de optar en testamento o en pacto sucesorio, recoge el art. 91 de la Ley de DIPr (*vide supra*, nota 37). En cuanto a este precepto, *vide*, por todos, A. K. SCHNYDER/M. LIATOWITSCH, «Art. 91», en H. HONSELL *et al.* (edición), *op. cit.* en nota 92, p. 628, núm. 16).

⁹⁵ En este sentido, los dos defensores más destacados de la autonomía conflictual del *de cuius* en el período anterior al proceso de reforma de la Ley de introducción al Código civil alemán: H. DÖLLE, *op. cit.* en nota 17, pp. 236-239; G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 17, pp. 111-116 y 153.

de la efectuada de modo concluyente⁹⁶; como en los tribunales, que, cuando han participado en el debate, se han sumado, casi sin disidencias⁹⁷, a esta misma apreciación⁹⁸, con argumentos similares a los esgrimidos por sus homólogos suizos.

A pesar de que su versión castellana puede dar la impresión opuesta, en materia de forma, la Propuesta de Reglamento europeo sigue la estela dejada por el *Document de réflexion/Discussion paper*⁹⁹. En lengua española, el art. 17.2 de la PRE determina: «La citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte»¹⁰⁰. Basta un sencillo cotejo de este apartado con el inciso primero del art. 5.2 del CLH89 –«La citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte»–¹⁰¹ para ver que ambas normas son idénticas, por lo que cabría dar por descontado que, para emprender su examen, no tendríamos sino que reproducir las consideraciones hechas anteriormente

⁹⁶ En la doctrina germana de nuestros días, la *konkludente Rechtswahl* goza del beneplácito general; *vide, per omnia*, H. DÖRNER, *Art 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Berlin, 2007, pp. 277-278, núm. 535.

⁹⁷ Las discrepancias aparecen en la Sentencia del *Landgericht Frankfurt am Main*, de 29 de julio de 1997 (*IPRspr*, 1997, núm. 122, pp. 232-235), no tanto por la aceptación de la profesión tácita –que no se discute– como por la ausencia de la misma cuando concurren ciertos indicios –testamento mancomunado otorgado por esposos extranjeros en Alemania, en lengua alemana y ante notario alemán– que para otros tribunales (*vide*, nota siguiente) revelan una elección implícita de la *lex fori*.

⁹⁸ Las cuatro resoluciones de las que tenemos noticia [Sentencia del *Landgericht Hamburg*, de 12 de febrero de 1991 (*IPRspr*, 1991, núm. 142, pp. 264-275, en especial, pp. 273-275), Sentencia del *Oberlandesgericht Zweibrücken*, de 28 de mayo de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 116, pp. 280-286, particularmente, pp. 281-282), Sentencia del *Landgericht Stuttgart*, de 11 de septiembre de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 119, pp. 290-291) y Sentencia del *Landgericht München*, de 5 de febrero de 2007, (*IPRspr*, 2007, núm. 94, pp. 282-284)] son muy parejas, puesto que, en pleitos sucesorios de tráfico externo, estiman que un causante de nacionalidad iraní –en el primer caso–, croata –en el segundo–, italiana –en el tercero– y norteamericana –en el cuarto–, que otorga –en idioma alemán, ante fedatario también alemán ejerciente en su país– un *gemeinschaftliches Testament* consume, con relación a los bienes raíces radicados en Alemania, una *schlüssige Rechtswahl* de la normativa germana, que, por tanto, debe ser la aplicable a su sucesión inmobiliaria sita en la República Federal, en lugar de la iraní, la croata, la italiana o la estadounidense (neoyorquina), que –respectivamente– eran las leyes nacionales.

⁹⁹ En este asunto, el *Document de réflexion/Discussion paper* se prestaba a la confusión, debido a que sus versiones francesa e inglesa no decían lo mismo. La francesa, diáfana, establecía que «[l]a désignation de la loi applicable à la succession doit être expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort» (Art. 3.2.2 del *Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 10); pero la inglesa, ambivalente, dictaminaba que «[t]he choice shall be made expressly or and contained in a disposition of property upon death» (Art. 3.2.2 del *Discussion paper. Successions upon death*, p. 9, el énfasis es nuestro). De las dos lecturas posibles de esta última regla –«expressly or contained» y «expressly and contained», totalmente disímiles, pues era mucho más constrictiva la segunda que la primera–, parece claro que la correcta era aquella, la que, de acuerdo con el texto francés, exigía que la selección de derecho fuera explícita y formal.

¹⁰⁰ COM(2009) 154 final, p. 21.

¹⁰¹ Traducción castellana de A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 39, pp. 256-257 (*vide supra*, notas 39 y 77).

respecto del pasaje convencional¹⁰². Desgraciadamente, esta paráfrasis simplificadora no es factible, porque nuestro art. 17.2 esconde un error de traducción, que se detecta fácilmente al comparar el texto castellano con los redactados en otros idiomas oficiales de la Unión Europea como, por ejemplo, el alemán¹⁰³, el francés¹⁰⁴, el inglés¹⁰⁵ o el italiano¹⁰⁶; pues, en tanto que éstos reclaman –al unísono– que la *designatio iuris* se haga expresamente¹⁰⁷, el escrito en español se limita a estipular que la elección «se expresará»¹⁰⁸, en el sentido genérico de «se manifestará» o «se exteriorizará», con lo que en él se estaría amparando no sólo a la profesión expresa, sino también a la tácita, modalidad esta última que, como han subrayado algunos de sus primeros intérpretes¹⁰⁹, la PRE excluye categóricamente. La fuente de la equivocación ha sido, a nuestro juicio, una mala inteligencia de la versión francesa –modelo patente de la castellana¹¹⁰– combinada con un deficiente conocimiento de la terminología jurídica. Nos explicamos: los juristas-lingüistas responsables de verterlo al español han tomado como referencia el texto francés del Proyecto europeo, el cual especifica que la selección de ley «*doit être expresse*»¹¹¹; han pensado que el mismo era equivalente al del CLH89, cuando éste

¹⁰² *Vide supra*, 3.2 *in limine*.

¹⁰³ Artikel 17.2: «Die Wahl des auf die Rechtsnachfolge anzuwendenden Rechts muss ausdrücklich im Wege einer Erklärung erfolgen, die den Formerfordernissen einer Verfügung von Todes wegen entspricht» [KOM(2009) 154 endgültig, p. 21].

¹⁰⁴ Article 17.2: «La désignation de la loi applicable à la succession doit être expresse et contenue dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort» [COM(2009) 154 final, p. 20].

¹⁰⁵ Article 17.2: «The law applicable to the succession must be expressly determined and included in a declaration in the form of a disposition of property upon death» [COM(2009) 154 final, p. 19].

¹⁰⁶ Articolo 17.2: «La designazione della legge applicabile è espressa e fatta a mezzo di dichiarazione resa nella forma di disposizione mortis causa» [COM(2009) 154 definitivo, p. 20].

¹⁰⁷ Así lo indican, respectivamente, la versión alemana [«Die Wahl... muss ausdrücklich... erfolgen...» (*vide supra*, nota 103)], la francesa [«La désignation... doit être expresse...» (*vide supra*, nota 104)], la inglesa [«The law applicable... must be expressly determined...» (*vide supra*, nota 105)] y la italiana [«La designazione... è espressa...» (*vide supra*, nota 106)].

¹⁰⁸ Para el texto español completo del art. 17.2 de la PRE, *vide* este mismo párrafo, unas líneas más arriba.

¹⁰⁹ Que, en la Propuesta de Reglamento europeo, la *professio iuris* sucesoria no puede ser sino explícita lo recalcan E. LEIN, «A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *YPIL*, XI (2009), p. 119; R. SÜSS, «Der Vorschlag...», p. 345; A. BONOMI, «Choice-of-law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession – A First Glance at the Commission's Proposal», en K. BOELE-WOELKI *et al.* (edición), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, p. 168; *IDEM*, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 898; *IDEM*, «Testamentary freedom...», *op. cit.* en nota 69, nota 33; M. BUSCHBAUM/M. KOHLER, *op. cit.* en nota 59, p. 112; H. DÖRNER, «Der Entwurf...», *op. cit.* en nota 60, p. 226; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *op. cit.* en nota 59, p. 285; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.* en nota 60, p. 613; C. NOURISSAT, *op. cit.* en nota 55, p. 406.

¹¹⁰ Crónico en los actos comunitarios, el rastro de la versión francesa en la española se percibe en múltiples lugares de la PRE; por mencionar sólo uno, nos quedamos con el galicismo «reserva» que el art. 27.2 (*vide infra*, apartado 4) usa en vez de «legítima», que sería el vocablo preciso.

¹¹¹ Para el texto francés completo del art. 17.2 de la PRE, *vide supra*, nota 104.

señala que la opción de derecho «*doit être exprimée*»¹¹²; como corolario de su modo de proceder, han echado mano de la traducción castellana del art. 5.2.1 del CLH89¹¹³ y la han colocado tal cual en la versión española de la PRE, sin percatarse de que incurrían en una seria inexactitud, porque donde el Convenio posibilita la *professio iuris* implícita¹¹⁴, la Propuesta comunitaria únicamente tolera la explícita.

No bien hemos sentido que la PRE sólo accede a la opción expresa, lo pertinente es inquirir si esta solución es atinada o si, por el contrario, sería preferible que la iniciativa comunitaria dotara a la *professio iuris* de mayor libertad formal. Para poder responder a esta cuestión apropiadamente hay que sopesar los –diversos y contradictorios– intereses que concurren en este extremo de las sucesiones internacionales¹¹⁵. Por un lado, tenemos el interés material del causante en que se respete por entero su voluntad sea cual sea y se manifieste como se manifieste¹¹⁶: ha designado el derecho rector de la transmisión *mortis causa* de su patrimonio y lo ha hecho tácitamente, al creer que, en su testamento o pacto sucesorio, ha proporcionado indicios suficientes para que, debidamente interpretado, del mismo se colija su intención de someterse a su ley nacional. Por otro lado, está el interés general de seguridad jurídica, que, conflictualmente, se plasma en la necesidad de prever con el mayor grado de certeza posible el derecho aplicable¹¹⁷; mediando una profesión de ley –mecanismo de previsibilidad por definición¹¹⁸–, esta certidumbre máxima solamente puede brindarla una elección explícita, porque la eficacia de una implícita siempre estará a merced de que, en un eventual litigio, el juez se la reconozca; pudiendo suceder que los mismos elementos probatorios sean diferentemente ponderados por tribunales distintos, dando lugar a decisiones dispares en torno a la existencia –o no– de una *optio iuris*, que

¹¹² El texto francés completo del primer punto del art. 5.2 del CLH89 dispone: «*Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort*» (ADCLH, XVI, II, p. 514).

¹¹³ La de A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (*op. cit.* en nota 39, pp. 256-257), transcrita al comienzo de este mismo párrafo y, previamente, en la nota 77.

¹¹⁴ *Vide supra*, 3.2 *in limine*.

¹¹⁵ *Vide supra*, 2.

¹¹⁶ Este interés del testador en que a la hora de interpretar sus disposiciones por causa de muerte se indague su verdadera voluntad, se funda en la primacía de esta voluntad, que, en principio, es «ley» de la sucesión (*vide*, A. VAQUER, *op. cit.* en nota 25, pp. 560-564).

¹¹⁷ Con todo, este patrón de seguridad jurídica formal, hegemónico en el DIPr tradicional, ha evolucionado modernamente hacia un paradigma en el que, con intensidad diversa dependiendo del dominio afectado, la certeza tiene que conciliarse indefectiblemente con la justicia material del caso concreto (J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6ª ed., Tübingen, 2006, pp. 30-31).

¹¹⁸ *Vide supra*, 2.

en nada favorecen la seguridad jurídica¹¹⁹. En esta disyuntiva, ¿qué interés ha de primar? A nuestro parecer, la contestación a esta pregunta debe tomar en consideración un par de datos objetivos: uno, la introducción de la selección –aunque sea bastante limitada– de la *lex successionis* va a significar una innovación de mucho fuste para numerosos sistemas comunitarios de DIPr, que no han estado nunca en contacto con la institución, de la que, además, con frecuencia han recelado; dos, el nivel de formación y de experiencia de los órganos jurisdiccionales de los países miembros de la Unión Europea no es homogéneo, ya que, junto a Estados con un poder judicial independiente desde hace siglos, conviven jóvenes democracias en las que éste es de muy reciente creación o consolidación, por lo que la pericia técnica de sus jueces aún no ha alcanzado la excelencia de los magistrados suizos o alemanes, bajo la atenta mirada de los cuales, como hemos visto¹²⁰, la profesión tácita se ha afianzado sin más contratiempos. Estas dos razones, que reputamos de peso, nos hacen compartir el criterio adoptado por la Propuesta de Reglamento, cuando obliga a que la elección de la normativa sucesoria se haga expresamente; exigencia que, si bien puede implicar que se desoiga una voluntad implícita del testador, se orienta por encima de todo a la salvaguardia de la seguridad jurídica.

Más que como una hipótesis que tenga que plantearse actualmente o en un futuro inmediato, el reconocimiento de la designación tácita de la ley competente, que postulan voces de acreditado prestigio¹²¹, tiene que ser vislumbrada, en nuestra opinión, como una opción a medio plazo. Debe retenerse que, como todos los instrumentos

¹¹⁹ Tal como esta concebida la PRE, un problema de esta índole podría suscitarse, por ejemplo, a raíz de una aplicación del art. 5, que, a instancia de parte, autoriza a los tribunales del país de la última residencia del causante a transferir un asunto para el que son competentes conforme al art. 4 a los órganos jurisdiccionales del Estado de la nacionalidad del *de cuius* cuando, habiendo realizado éste una *designatio iuris*, consideren que los segundos están mejor posicionados para pronunciarse sobre la sucesión controvertida. Si, en estas condiciones, se permitiera la profesión tácita, podría acontecer que, ante determinados indicios, el tribunal transferente estimara que se había dado una sumisión implícita a la *lex patriae* y que, en cambio, los jueces transferidos entendieran, ante los mismos indicios, que no había habido elección tácita.

¹²⁰ *Vide supra*, notas 90, 93 y 98.

¹²¹ En los inicios del proceso de unificación del Derecho conflictual europeo en el ámbito de las sucesiones, ya el estudio promovido por el DEUTSCHES NOTARINSTITUT [«Étude...», *op. cit.* en nota 73, p. 107 (francés) y p. 270 (alemán)] era partidario de la suficiencia de una designación tácita de ley; punto de vista que más adelante, al difundirse el *Document de réflexion/Discussion paper*, ha hecho suyo en un espléndido trabajo A. DUTTA [«Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 73 (2009), pp. 578-579]. Tras la publicación de la Propuesta de Reglamento, el MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW (*op. cit.* en nota 60, pp. 607 y 613-614) continúa abogando por la inclusión de la opción implícita en el venidero instrumento comunitario.

comunitarios, la PRE está provista, en su art. 49¹²², de una cláusula de revisión periódica para que, al cabo de un tiempo razonable que fijará el Reglamento definitivo, cuando éste lleve unos años de funcionamiento, el texto del mismo pueda, según los resultados habidos, ser objeto de modificaciones y adaptaciones. De aquí que, si la instauración de la *professio iuris* en el Derecho europeo es exitosa y escasamente conflictiva como esperamos, el siguiente paso a dar sea el de decidir si es –o no– conveniente franquear la entrada a la elección tácita de la legislación sucesoria, lo que, para nosotros, sería deseable por poco que los tribunales se hagan a la autonomía conflictual en la esfera hereditaria.

3.3. Validez sustancial

Distinguida de la admisibilidad de la profesión de derecho como declaración de voluntad encaminada a individualizar la *lex hereditatis*, aspecto que depende del DIPr del foro¹²³, la validez del consentimiento emitido por el profesante para elegir la ley encargada de disciplinar su sucesión no puede ser supervisada sino por el *ius electus*. Tal solución, asentada largamente en el terreno contractual¹²⁴, ha sido asimismo preconizada en el sucesorio por alguno de los primeros impulsores de la *erbrechtliche Rechtswahl*¹²⁵ y por la mayoría de los comentaristas de ordenamientos que, aprobando la *professio iuris*, están faltos de una regla al respecto¹²⁶; igualmente ha sido consagrada

¹²² Dicho art. 49 preceptúa: «A más tardar el [...], la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación» [COM(2009) 154 final, p. 32].

¹²³ En lo atinente al Convenio de La Haya, lo aclara D. W. M. WATERS, al enfatizar que «*La loi applicable désignée n'a pas le pouvoir de refuser de reconnaître la validité au fond de la désignation du de cuius qui respecte les termes de la Convention, et cela que la loi applicable soit celle d'un État contractant ou non contractant. La professio juris est matériellement valide en vertu de la Convention elle-même*» («Rapport explicatif...», *op. cit.* en nota 75, p. 556).

¹²⁴ Recuérdesse que ésta es la fórmula que recoge el art. 3.5 («La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13») en relación con el art. 10.1 («La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos») del Reglamento «Roma I» [A. BORRÁS *et al.* (edición), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 20ª ed., Madrid, 2010, pp. 1294 y 1300].

¹²⁵ En este sentido, G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 17, pp. 116-118 y 153.

¹²⁶ *Vide*, por todos, para el Derecho alemán, H. DÖRNER, *Art 25, 26 EGBGB...*, *op. cit.* en nota 96, p. 275, núm. 526; para el Derecho suizo, A. BONOMI/J. BERTHOLET, *op. cit.* en nota 18, pp. 367-368; para el Derecho italiano, P. DE CESARI, *op. cit.* en nota 73, pp. 183-186.

por las normativas que cuentan con una regulación positiva de la cuestión, como el CLH89 –vigente, no se olvide, en los Países Bajos–¹²⁷ y el CBUdIP¹²⁸.

Dada su bondad, este reparto de papeles entre la *lex formalis fori* y la *lex causae* va a tener continuidad en la próxima reglamentación europea, de manera que será el derecho conflictual del Estado en el que se litigue, es decir, el instrumento comunitario el que determine la plausibilidad de la profesión de ley, sus condiciones y alcance¹²⁹; en tanto que la validez sustancial del consentimiento quedará supeditada, como prevé la Propuesta, en la línea del CLH89¹³⁰ y del *Document de réflexion/Discussion paper*¹³¹, a la legislación escogida¹³². En consecuencia, será ésta la que va a juzgar si la voluntad de elegir la *lex civitatis* ha sido consciente y libremente declarada o si, por contra, en su exteriorización ha concurrido alguna de las causas –error, violencia, intimidación o dolo– que pueden corromperla; además, en este segundo supuesto, la ley seleccionada indicará también la sanción que la profesión viciada haya de merecer.

3.4. Revocación

La revocación de una *professio iuris* es un nuevo negocio jurídico, cuyas premisas de capacidad, forma y fondo se tendrán que ajustar al mismo ordenamiento

¹²⁷ El art. 5.2.2 del Convenio señala: «La existencia y la validez en cuanto al fondo del acto de designación se regirán por la ley designada» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 39). El texto auténtico en lengua francesa reza: «*L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée*» (*ADCLH, XVI*, II, p. 514).

¹²⁸ El primer inciso del art. 89.4 del Código búlgaro puntualiza: «Las condiciones de validez de la elección del derecho aplicable y de su revocación se regirán por el derecho elegido...» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 42).

¹²⁹ Singularmente nítido es el enfoque de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «*La professio iuris...*», *op. cit.* en nota 19, p. 43.

¹³⁰ *Vide supra*, nota 127.

¹³¹ El tenor literal del *Document de réflexion/Discussion paper* era, en este tema, el que sigue: «*L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée*» (Art. 3.2.3 del *Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 10); «*The existence and the validity of the consent of the person as to the choice of the applicable law shall be determined by the chosen law*» (Art. 3.2.3 del *Discussion paper. Successions upon death*, p. 9).

¹³² El art. 17.3 de la PRE dice: «La existencia y la validez en cuanto al fondo del consentimiento en relación con esta designación [la de la ley aplicable] se regirán por la ley designada». En la versión francesa, el art. 17.3 de la Propuesta afirma: «*L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée*» [COM(2009) 154 final, p. 20]. Nótese que, pese a que el texto francés del CLH89 (*supra*, nota 127), del *Document de réflexion* (*supra*, nota 130) y de la PRE (esta misma nota 132, más arriba) es –palabra por palabra– exactamente igual, las traducciones españolas difieren, habida cuenta de que, para aludir a la validez sustancial del negocio electivo, A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (*op. cit.* en nota 39, p. 256) se valen de la expresión «...validez en cuanto al fondo del acto de designación...» (*supra*, nota 127), en tanto que los juristas-lingüistas comunitarios emplean la frase «...validez en cuanto al fondo del consentimiento en relación con esta designación...» (*supra*, principio de esta nota). Por razones de concisión y de claridad, nos parece preferible la primera de las redacciones referidas.

que regula las exigencias de capacidad, de forma y de fondo de la profesión revocada¹³³. En ausencia de reglas *ad hoc*, tanto los que han estudiado la *EGBGB*¹³⁴ como los que se han centrado en la *LIDIP*¹³⁵ están preponderantemente por la libertad de revocación, sujetando su puesta en práctica a las prescripciones que validan formal y sustancialmente la *designatio iuris*. Con la salvedad del Código búlgaro, que contiene un precepto concerniente al fondo de la revocación, acomodado a la *lex electa*¹³⁶, las normativas existentes solamente se ocupan de su forma, haciéndolo con criterio dispar, pues, mientras que el art. 5.3 del CLH89 pide que la misma presente los atributos formales de la revocación de una disposición *mortis causa*¹³⁷; los arts. 79.2 del CBeDIP¹³⁸ y 89.4 del CBuDIP¹³⁹ reclaman que la revocación se amolde a las condiciones de forma previstas para el otorgamiento de las disposiciones por causa de muerte.

Siguiendo las huellas del Convenio de La Haya¹⁴⁰, así como las del *Document de réflexion/Discussion paper*¹⁴¹, que, con respecto al texto convencional, no incorpora más que pequeñas variaciones menores¹⁴², la Propuesta de Reglamento sólo se interesa por la forma de la modificación o revocación de la profesión de derecho, demandando para una y otra la observancia de las formalidades requeridas para la modificación o

¹³³ Vide, J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 1, p. 232.

¹³⁴ Sobre la revocación de la *Rechtswahl* en la Ley de introducción al *BGB*, vide, *per omnia*, K. SCHURIG, «Art 25», en T. SOERGEL (fundación)/W. SIEBERT (edición), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Kohlhammer-Kommentar)*, vol. 10, *Einführungsgesetz*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1996, p. 1299.

¹³⁵ Acerca de la revocación –voluntaria– de la *scelta di legge* en la Ley italiana de DIPr, vide, *per omnia*, F. KRUIS, *op. cit.* en nota 73, pp. 82-85.

¹³⁶ Punto inicial del art. 89.4 del Código búlgaro de DIPr (vide *supra*, nota 128).

¹³⁷ El art. 5.3 del Convenio decreta: «La revocación por su autor de una designación de esta índole deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la revocación de las disposiciones por causa de muerte» (para el origen del texto, vide *supra*, nota 39).

¹³⁸ Para este apartado segundo del art. 79 del Código belga de DIPr, vide *supra*, nota 81.

¹³⁹ Inciso final del art. 89.4 del Código búlgaro de DIPr (vide *supra*, nota 84).

¹⁴⁰ Vide *supra*, nota 137.

¹⁴¹ En el número 4 del art. 3.2, el citado borrador dictaminaba: «*La modification ou la révocation par son auteur d'une telle désignation de la loi applicable doit remplir en la forme les conditions de la modification ou de la révocation d'une disposition testamentaire*» (*Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 10); «*The rectification or revocation by its author of the designation of the applicable law shall be formally valid if it satisfies the formals requirements regarding a rectification or revocation of a disposition of property upon death*» (*Discussion paper. Successions upon death*, p. 9).

¹⁴² Comparando los textos franceses del CLH89 [«*La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort*» (*ADCLH, XVI, II*, p. 514)] y del *Document de réflexion* (vide, nota precedente), se constata que las alteraciones son: el doble añadido de la voz «*modification*», la precisión –superflua– de que la designación es «*de la loi applicable*» y el reemplazo de la locución «*à cause de mort*» por el término «*testamentaire*», permuta que, en la PRE, se deshace (vide, nota siguiente).

revocación de las disposiciones hereditarias¹⁴³. Más consecuente con la similitud negocial entre la *optio iuris* y su modificación o revocación, el articulado alternativo sugerido por el *Max Planck Institut* está a favor, a nuestro entender acertadamente, de aplicar a éstas las reglas que el art. 17 de la PRE contempla para aquélla en lo tocante a la validez formal y sustancial de la declaración de voluntad del profesante¹⁴⁴.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS

Como ya hemos tenido ocasión de hacer notar¹⁴⁵, el principal reproche que suele hacerse a la designación de ley es el de que, incluso en su modalidad más restringida, la misma no descarta que los herederos forzosos puedan recibir una participación menor en la herencia del difunto de la que les correspondería con arreglo a la legislación que sería competente a falta de profesión. Al tratarse de una preocupación de carácter material, que trasluce los valores reinantes –primordialmente, pero no únicamente– en el país del foro, la defensa de los derechos de los parientes del causante puede articularse a través de dos vías harto conocidas por los sistemas de DIPr¹⁴⁶: la primera, reputar internacionalmente imperativas –y, por ende, directamente aplicables al tráfico externo– las normas internas de salvaguardia de las legítimas; la segunda, recurrir a la excepción de orden público si el derecho extranjero convocado por la norma de conflicto no ampara suficientemente a los sucesores necesarios.

Comenzando por la cláusula de orden público, hay que poner de manifiesto que, en el país –Suiza– en el que la *professio iuris* ha adquirido antes carta de naturaleza y en el que sido utilizada durante más de un siglo, nunca se ha apelado a este correctivo para paliar una puesta en práctica de la misma que haya resultado lesiva para los legitimarios. Incluso en un pleito –*Hirsch c. Cohen*¹⁴⁷–, en el que concurrían todas las

¹⁴³ El art. 17.4 especifica: «La modificación o la revocación por su autor de una designación de esta índole deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones por causa de muerte» [COM(2009) 154 final, p. 21].

¹⁴⁴ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.* en nota 60, p. 607.

¹⁴⁵ *Vide supra*, 2 *in fine*.

¹⁴⁶ Estas vías se identifican con lo que acostumbra a llamar el «orden público positivo» y el «orden público negativo». En lo que hace referencia a la dimensión positiva y la dimensión negativa del orden público, *vide* G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, pp. 516-520; y, en nuestra literatura, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, 2009, p. 143.

¹⁴⁷ El litigio versaba sobre la sucesión de un judío originariamente alemán que, debido a la persecución del régimen nacionalsocialista, abandona su país y se instala en el Reino Unido, en donde, luego de más de un decenio de residencia, se naturaliza en 1947; seis años después, en 1953, emigra a Suiza, lugar en

condiciones que podían haber dado pie a su intervención, el Tribunal Federal helvético rechazó el recurso al orden público¹⁴⁸. En otros Estados europeos, carentes de decisiones sobre el particular –porque la profesión de derecho no ha sido reconocida o lo ha sido más recientemente–, es previsible una respuesta parecida desde el momento en que, en ellos, la preterición de los familiares más allegados al extinto no es por sí sola calificada como contraria al orden público. Tras una oscilante jurisprudencia¹⁴⁹, éste es el caso de Italia¹⁵⁰, e, igualmente, el de Alemania¹⁵¹, Bélgica¹⁵², España¹⁵³ y Francia¹⁵⁴.

que vive hasta su muerte, ocurrida en 1973; en 1970, el *de cuius* había otorgado, en Zúrich, un testamento en el que sometía su sucesión al derecho inglés, sin perjuicio de declarar que, desde su traslado a Suiza –nación que consideraba su patria definitiva–, había renunciado a su domicilio en Inglaterra, por cuanto no tenía ninguna intención de retornar a Gran Bretaña. En su disposición testamentaria, el Sr. Cohen había instituido como única heredera a su segunda esposa, desentendiéndose de una hija –de nacionalidad helvética y residente en Suiza– nacida de un primer matrimonio. Al abrirse el testamento y percatarse de la omisión, la Sra. Hirsch instó la nulidad del negocio dispositivo y, subsidiariamente, reclamó la legítima; pretensiones, ambas, que fueron desestimadas por el *Bundesgericht*.

¹⁴⁸ Sentencia del *Tribunal fédéral* suizo de 17 de agosto de 1976 [BGE/ATF, 102-II (1976), pp. 136-142, en especial, pp. 139-142]. Es comentada por P. LALIVE, «Nota a la Sentencia del *Tribunal fédéral* suizo de 17 de agosto de 1976 (*Hirsch v. Cohen*)», en «Jurisprudence suisse. Droit international privé», *SJIR*, XXXIII (1977), pp. 334-340; «Un anachronisme en droit international privé? (l'ATF *Hirsch c. Cohen* Revisited)», en A. HÉRITIER LACHAT/L. HIRSCH (edición), *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève, 2004, pp. 443-446.

¹⁴⁹ Junto al supuesto analizado en la nota siguiente, en la jurisprudencia italiana pueden encontrarse cuatro sentencias que abordan el tema: la primera es de la *Corte d'appello di Reggio Calabria*, de 7 de diciembre de 1957 (*Giustizia civile, Repertorio generale annuale*, 1958, II, núm. 41, p. 2070), que cree contraventora del orden público la ley de Nueva Jersey que consiente que el testador disponga con entera libertad de sus bienes sin acatar la legítima italiana; la segunda es del *Tribunale di Termini Imerese*, de 15 de julio de 1965 [*Giurisprudenza siciliana*, XVIII (1965), pp. 784-787], que estima que la inobservancia de la legítima «*non ripugna all'ordine morale nè alla coscienza collettiva*» (p. 786); la tercera es del *Tribunale di Chiavari*, de 25 de febrero de 1974 [*RDIPP*, XIII (1977), pp. 379-381], que adopta una postura idéntica; la cuarta es del *Tribunale di Sanremo*, de 31 de diciembre de 1984 [*Il foro padano*, 1985, I, cc. 70-74, nota T. BALLARINO; *RDIPP*, XXII (1986), pp. 341-344], que retoma la apreciación inicial de conceptualizar todo daño a la porción legítima como una vulneración del orden público italiano.

¹⁵⁰ Esta afirmación se apoya en dos pilares. Uno, en el último asunto ventilado ante los tribunales italianos –la sucesión de un ciudadano canadiense que nada había dejado testamentariamente a una hija afincada en Italia–, la *Corte di cassazione*, en Sentencia de 24 de junio de 1996 [*RDIPP*, XXXVI (2000), pp. 784-786], dice que el instituto de la legítima –desprovisto de mención directa en la Constitución italiana– no está «*tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico*» (p. 786); acerca de este crucial veredicto, *vide* E. CALÒ, «L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XIII (1997), I, pp. 164-173. Dos, la memoria explicativa que acompaña el texto de la LIDIP, de 1995, proclama rotundamente, en su paráfrasis del art. 42 [46]: «*non si è accolta la tesi che i diritti dei legittimari debbano essere tutelati rispetto a qualsiasi successione, in quanto essi si rifletterebero in un limite di ordine pubblico*» («Relazione al disegno di legge n. 1192», en F. POCAR *et al.*, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 425).

¹⁵¹ La inexistencia, en Alemania, de resoluciones judiciales concluyentes (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.* en nota 60, p. 664), ha comportado que haya sido la doctrina científica la encargada de arrojar luz sobre la cuestión. Por mucho que se habían vertido opiniones muy diversas, la que parecía más sólida era la que pensaba que, ante un derecho extranjero que consagrara una absoluta libertad de disposición, el orden público alemán o no intervendría (G. KEGEL/K. SCHURIG, *op. cit.* en nota 1, p. 1006) o sólo lo haría si los sucesores necesarios no tuvieran asegurada por cuenta de la herencia una prestación alimenticia que forzara a los servicios de asistencia social alemanes a hacerse cargo de ellos [H. KLINGELHÖFFER, «Kollisionsrechtliche Probleme des Pflichtteils», *ZEV*, 3 (1996), p. 259]. La importante Sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, de 19 de abril de 2005 (*NJW*,

Desvirtuada una invocación del orden público, el otro procedimiento técnico que permite respetar los valores sustantivos de un ordenamiento en concreto es el de observar escrupulosamente las normas imperativas del mismo que los incorporan. Sin embargo, llegados este punto, es menester una mayor afinación, porque, como se ha evidenciado en el campo contractual¹⁵⁵, hay que distinguir las «normas materiales imperativas», que son perentoriamente aplicables a las situaciones privadas heterogéneas con independencia de la ley que las rijan, de las «normas simplemente imperativas», o sea, aquéllas que, por ser indisponibles, no son susceptibles de ser derogadas por la voluntad de las partes¹⁵⁶. Bien que la diferencia entre unas y otras no es siempre nítida¹⁵⁷, para lo que aquí nos interesa, parece indudable que las disposiciones referentes a la legítima son normas simplemente imperativas, no automáticamente exportables a las sucesiones internacionales, por lo que su aplicación a éstas cuando el ordenamiento que las contiene no oficia como *lex causae* precisa de una regla que, dictada al propósito, las proyecte al tráfico privado externo. Tal es la función

2005, pp. 1561-1567), ha supuesto un punto de inflexión en el examen del problema, ya que, al determinar que el art. 14.1 de la *Grundgesetz* garantiza el derecho de los hijos a una parte inarrebtable del caudal relicto de sus padres, obliga a una ley foránea que no conozca la legítima –y que no quiera verse excluida por orden público– a arbitrar medidas de protección familiar equiparables al *Pflichtteilsrecht* alemán (H. DÖRNER, «Der Entwurf...», *op. cit.* en nota 60, p. 227).

¹⁵² Testimonio N. WATTÉ [«La réserve dans les successions internationales», en FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE (edición), *Examen Critique de la Réserve Successorale*, tomo I, *Droit Comparé*, Bruxelles, 1997, pp. 386-388] que los órganos jurisdiccionales belgas no se han visto nunca compelidos a posicionarse abiertamente sobre la disponibilidad o indisponibilidad internacional de la legítima, mas si que han tenido oportunidad de aseverar que una limitación temporal del derecho a la misma, prescrita por una ley extranjera, no conculca el orden público del foro.

¹⁵³ A pesar de alguna vacilación previa que pudo hacer temer lo contrario [Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992 (*RAJ*, 1992-IV, núm. 8280, p. 10854)], nuestra actual jurisprudencia parece firme en el convencimiento de que «la legítima ... no pertenece a materia protegida por el orden público interno» [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 (*RAJ*, 1996-V, núm. 8212, p. 11237); sobre ella, *vide supra*, nota 26].

¹⁵⁴ Resalta P. LAGARDE (*op. cit.* en nota 69, p. 13) que la *Cour de cassation* jamás ha entendido que una violación de la legítima francesa sea atentatoria contra el orden público internacional imperante en el país; de ahí que se puedan inventariar, como hace S. BILLARANT (*Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, 2004, pp. 336-337), más de dos docenas de fallos de tribunales galos en los que una normativa extranjera desconocedora de los derechos de los herederos forzosos no ha sido objeto de evicción por orden público.

¹⁵⁵ Téngase presente la contraposición que los autores (*vide* la referencia de la nota siguiente) hacen entre las «disposiciones imperativas» reseñadas en los arts. 3.3, 5 y 6 –que se corresponden con las reglas de *ius cogens* interno– y las recogidas en los arts. 7 y 9 –que vienen a coincidir con las normas de orden público internacional, esto es, las «leyes de policía»– del Convenio de Roma (en el Reglamento «Roma I», se trata, respectivamente, de los arts. 3.3, 3.4, 6, 8 y 9, 11).

¹⁵⁶ La distinción está muy bien expuesta en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.* en nota 146, p. 500.

¹⁵⁷ Como pone de relieve J. KROPHOLLER (*op. cit.* en nota 117, pp. 21-22), a no ser que la propia norma imperativa deje claro su ánimo intervencionista, la delimitación entre ambas clases de reglas es ardua, pues depende de si en la disposición subyacen predominantemente intereses públicos o privados, lo cual muchas veces cuesta de discernir.

de una serie de preceptos –art. 3099.1 del CCQ¹⁵⁸, art. 46.2.3 de la LIDIP¹⁵⁹, art. 79.1.3 del CBeDIP¹⁶⁰ y art. 89.5 del CBuDIP¹⁶¹–, de tipología controvertida¹⁶², que, inspirándose en el art. 24.1.d) del CLH89¹⁶³, han intentado, con un enfoque unilateral o bilateral¹⁶⁴, minimizar el impacto de la *electio iuris* sobre las expectativas hereditarias de los legitimarios.

¹⁵⁸ El párrafo primero del art. 3099 del Código quebequés indica: «La designación de una ley aplicable a la sucesión no tendrá efecto en la medida en que la ley designada prive al cónyuge o a un hijo del fallecido, en una porción importante, de un derecho de naturaleza sucesoria al que habría tenido derecho en ausencia de tal designación» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 43).

¹⁵⁹ Provee el art. 46.2.3 de la Ley italiana de DIPr: «En la hipótesis de sucesión de un ciudadano italiano, la elección no perjudicará los derechos que la ley italiana atribuya a los legitimarios residentes en Italia en el momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 38).

¹⁶⁰ El inciso terminal del primer apartado del art. 79 del Código belga de DIPr establece: «No obstante, esta designación no podrá tener como resultado que un heredero se vea privado de la legítima que le asegura el derecho aplicable en virtud del artículo 78» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 41).

¹⁶¹ La dicción del art. 89.5 del Código búlgaro de DIPr es la que sigue: «La elección del derecho aplicable no podrá afectar a las legítimas de los herederos fijadas por el derecho aplicable según los párrafos 1 y 2» (para el origen del texto, *vide supra*, nota 42).

¹⁶² La dificultad de definir la categoría normativa a la que pertenecen estos preceptos nos la puede ilustrar el más estudiado de todos ellos: el art. 46.2.3 de la LIDIP. Mientras que, para T. BALLARINO [«Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», *RDI*, LXXIII (1990), p. 543], constituye «[u]n'esplicita norma di applicazione necessaria –o forse una norma di conflitto unilaterale–», R. CLERICI «[Articolo 46 (Successioni per causa di morte)», en «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 – Commentario», *RDIPP*, XXXI (1995), p. 1140, nota 40] la reputa «una norma c.d. materiale, che amplia l'efficacia dell'ordinamento italiano a scapito di quelli stranieri». La doctrina germana (K. DREHER, *op. cit.* en nota 76, pp. 144 y 212; y B. VON DAUMILLER, *op. cit.* en nota 23, p. 152), por su parte, habla de una *Sonderanknüpfung*, con la complejidad que conlleva servirse de un término tan poliédrico (en relación con él, *vide* A. MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, vol. II, Coimbra, 1991, pp. 994-997).

¹⁶³ En el Convenio de La Haya, la tutela de los derechos sucesorios de los parientes se confía a una reserva –la del art. 24.1.d), que Holanda no ha hecho (H. DÖRNER, *Art 25, 26 EGBGB...*, *op. cit.* en nota 96, p. 39, núm. 111)–, la cual señala: «Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá formular cualquiera de las siguientes reservas: (...) d) que no reconocerá una designación realizada de conformidad con el artículo 5, cuando concurren todas las condiciones siguientes: – la ley del Estado que formula la reserva habría sido la aplicable de conformidad con el artículo 3, en caso de que no se hubiera realizado una designación válida de conformidad con el artículo 5; – la aplicación de la ley designada de conformidad con el artículo 5 privaría total o en una proporción muy importante al cónyuge o a cualquiera de los hijos del difunto de aquellos derechos de naturaleza sucesoria o familiar que les atribuyan las normas imperativas de la ley del Estado que haya formulado la reserva; – el cónyuge o el hijo sea nacional de dicho Estado o tenga en el mismo su residencia habitual» (traducción castellana de A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 39, p. 260).

¹⁶⁴ Adviértase la diversidad de planteamiento que muestran el art. 46.2.3 de la LIDIP, que sólo defiende la legítima prevista por la ley italiana y exclusivamente en beneficio de los herederos de un ciudadano italiano residentes en Italia, y los arts. 3099.1 del CCQ, 79.1.3 del CBeDIP y 89.5 del CBuDIP, que velan por todos los legitimarios que posean dicha consideración de acuerdo con el derecho que hubiera regido la sucesión en defecto de profesión, sea el mismo el del foro o el de un país extranjero.

En contraste con otras disposiciones del Derecho de sucesiones¹⁶⁵ o, incluso, del Derecho patrimonial de la familia¹⁶⁶, a las cuales las distintas Propuestas de Reglamento europeo reconocen un carácter imperativo, la iniciativa comunitaria en materia sucesoria no otorga idéntico valor a las normas que, en muchas regulaciones de la Unión, preservan los derechos sucesorios de los herederos necesarios, por lo que no procede su aplicación inmediata –ni mediata a través de reglas de extensión– a las sucesiones transfronterizas. Tampoco el recurso a la excepción de orden público parece viable, ya que, dejando a un lado una improcedencia de índole genérica, en absoluto descartable, la PRE contiene un precepto, el art. 27.2, que excluye de modo explícito que la disparidad legitimaria pueda aducirse como fundamento para la intervención del orden público.

El mencionado art. 27.2, que en un estado embrionario ya aparecía en el art. 3.8.1 del *Document de réflexion/Discussion paper*¹⁶⁷, estatuye: «En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento sólo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro»¹⁶⁸. Como tuvimos ocasión de advertir en otro lugar¹⁶⁹, la versión española del apartado encierra un grave error de traducción¹⁷⁰ que le hace decir lo contrario de lo que debiera, a saber:

¹⁶⁵ Falta de una cláusula recordatoria general de la aplicabilidad perentoria de las leyes de policía –como la del art. 9 del Reglamento «Roma I» o la del art. 16 del Reglamento «Roma II»– (E. LEIN, *op. cit.* en nota 109, p. 125), parece que, *ex art.* 22, la Propuesta de Reglamento únicamente estima imperativos los regímenes sucesorios concernientes a inmuebles, empresas o bienes con un «destino económico, familiar o social» especial, los cuales han de observarse obligatoriamente con independencia de cuál sea la *lex hereditatis*. En consonancia con la Exposición de Motivos de la PRE, pueden acogerse a esta peculiaridad regulatoria las explotaciones familiares agrarias, pero *no* las legítimas [COM(2009) 154 final, p. 7].

¹⁶⁶ En su art. 22, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en materia de Regímenes Económico Matrimoniales, hecha pública por la Comisión el 16 de marzo de 2011, reivindica la existencia de normas de cumplimiento obligado en la esfera de las relaciones patrimoniales entre cónyuges; normas que la Exposición de Motivos identifica primordialmente con aquéllas tendentes a la protección de la vivienda familiar. Dicha Propuesta de Reglamento atañente al régimen económico-matrimonial figura en el Documento COM(2011) 126 final [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF, pp. 25 (art. 22) y 9 (comentario al art. 22 en la Exposición de Motivos)].

¹⁶⁷ Entre corchetes, el final del primer párrafo de este artículo del *Document de réflexion/Discussion paper* estipulaba: «[*Toutefois, l'application d'une disposition de la loi d'un État membre désignée par le présent règlement ne peut pas être écartée sur ce fondement (el del orden público)*]» (Art. 3.8.1 del *Document de réflexion sur les successions à cause de mort*, p. 12); «[*However, the application of a provision of the law of a Member State designated by this Regulation can not be refused in accordance with this Article (el referente al orden público)*]» (Art. 3.8.1 del *Discussion paper. Successions upon death*, p. 12).

¹⁶⁸ COM(2009) 154 final, p. 24.

¹⁶⁹ J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 1, p. 244, nota 214.

¹⁷⁰ Para darse cuenta del desacuerdo, no hay más que confrontar la versión española del art. 27.2 de la PRE con otras, como la alemana [«*Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten*

«En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento no podrá considerarse contraria al orden público del foro por el sólo hecho de que sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria sean diferentes de las disposiciones vigentes en el foro».

Un precepto tan aparentemente innovador como este art. 27.2 de la PRE –que, en el fondo, no hace sino reflejar en buena medida el *statu quo*¹⁷¹– ha sido recibido con gran recelo por políticos y juristas de algunos de los países con una tradición legitimaria más arraigada. Por un lado, tenemos el posicionamiento oficial de los parlamentos de ciertos Estados¹⁷², como por ejemplo Bélgica¹⁷³ o Francia¹⁷⁴, que han manifestado su

Rechts kann nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden, weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts», KOM(2009) 154 endgültig, p. 24], la francesa [«En particulier, l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for», COM(2009) 154 final, p. 23], la inglesa [«In particular, the application of a rule of the law determined by this Regulation may not be considered to be contrary to the public policy of the forum on the sole ground that its clauses regarding the reserved portion of an estate differ from those in force in the forum», COM(2009) 154 final, p. 22] o la italiana [«In particolare, non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro», COM(2009) 154 definitivo, p. 24], que, obviamente, son las correctas. Por cierto, según parece, la versión neerlandesa de la Propuesta de Reglamento ha cometido una equivocación muy similar (vide, http://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/standpunt_belgische_kamer_van/f=/vib7jdwoiws4.pdf, p. 11, nota 2; http://www.senate.be/www/?Mival=/index_senate&LANG=fr&MENUID=21320, p. 30).

¹⁷¹ Vide supra, este mismo apartado 4 *in limine*.

¹⁷² En dictámenes que, al igual que los emitidos por las Cortes Generales españolas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie A, núm. 242, 22 de diciembre de 2009) o por el *Parlament de Catalunya* (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 579, 23 de noviembre de 2009, pp. 11-14), se basan en el art. 6.1 del Protocolo sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, que prescribe lo siguiente: «Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas» [A. MANGAS MARTÍN (edición), *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, 15ª ed., Madrid, 2010, p. 322]. Una visión de conjunto de este proceso consultivo puede encontrarse en *Rapport sur les résultats du test de subsidiarité sur la proposition de la commission pour un règlement du Parlement européen et du Conseil sur la juridiction, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (vide, <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/COS-AC%20Report%20FR.pdf>).

¹⁷³ En sus conclusiones, tanto la Cámara de Representantes como el Senado belgas, llaman la atención sobre las discrepancias entre la versión neerlandesa y las versiones francesa e inglesa (vide supra, nota 170), en arreglo a las cuales, en palabras de la *Kamer van volksvertegenwoordigers/Chambre des Représentants*: la Propuesta «aboutirait à remettre en question le mécanisme de la réserve héréditaire, élément fondamental du droit successoral belge. Or, ce principe, d'ordre public, est destiné à protéger la famille du défunt», y en los términos del *Senaat/Sénat*: la PRE «porte atteinte à la réserve légale, qui est d'ordre public en Belgique» (para las fuentes, vide supra, las páginas web de las que se da noticia en la nota 170).

inquietud por la suerte que los derechos de los herederos forzosos contemplados en sus respectivas normativas internas pueda correr de resultas de la futura reglamentación comunitaria. Por otro lado, está la reacción precavida de prestigiosos especialistas, quienes, desde una óptica marcadamente nacional, han tratado de cohonestar dicho apartado de la Propuesta de Reglamento con las regulaciones propias en la materia, ora interpretando el texto del art. 27.2 de la manera lo menos desfavorable posible para el régimen legitimario existente en el foro¹⁷⁵, ora dándole a la citada norma el máximo alcance concebible, siempre que con ello no se rebasen las líneas rojas que un determinado ordenamiento pueda haber trazado en este terreno¹⁷⁶.

A la vista de los temores –mayormente infundados– que ha provocado, quizás lo más conveniente sea eliminar del venidero instrumento europeo una regla como el art. 27.2 de la PRE, puesto que, aun cuando tenga la finalidad loable de no poner cortapisas materiales imprescindibles a una unificación conflictual en el seno de la Unión, es difícil de articular técnicamente y de plasmar en un lenguaje que no esté exento de suspicacias. Carente, entonces, el Reglamento de fórmula específica, la tutela de la legítima quedará en manos de una cláusula general de orden público, como la del art.

¹⁷⁴ Las dos cámaras parlamentarias de la República Francesa también han mostrado su disconformidad con el tratamiento que el art. 27.2 de la Propuesta de Reglamento dispensa a la legítima en sendas resoluciones que abundan en la misma idea. Así, la Asamblea Nacional, después de quejarse de la «*protection insuffisante des droits du conjoint et des enfants du défunt*» que brinda la PRE, reclama a la Comisión que introduzca «*mécanismes propres à empêcher que l'application des dispositions de la loi successorale désignée par la proposition permette de violer les principes fondamentaux d'attribution de la réserve héréditaire aux plus proches parents...*» (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2148.pdf>, p. 21). A su vez, el *avis* del Senado francés dice: «*Estimant ... que le principe de la réserve héréditaire, traduction juridique d'un véritable devoir moral, constitue une règle essentielle du droit français, constamment réaffirmée au cours du temps et destinée à protéger la famille du défunt; qu'il convient, pour cette raison, d'en garantir le respect dans les successions transfrontalières...*» (<http://www.senat.fr/leg/ppr09-126.html>, p. 11, núm. 7).

¹⁷⁵ Es lo que, a propósito de los Derechos francés e italiano, han hecho algunos internacionalprivatistas (C. NOURISSAT, *op. cit.* en nota 55, p. 404; A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 893), que, partiendo de las versiones en lengua francesa e italiana –que, respectivamente, hablan de «*modalités concernant la réserve héréditaire*» y de «*modalità ... in relazione alla legittima*» (vide *supra*, nota 170, el énfasis es nuestro)–, han colegido que, si el art. 27.2 de la PRE alude a «modalidades de legítima», es que piensa en la variabilidad de ésta –en orden a su cuantía, a su naturaleza, a su configuración–, pero para nada en su inexistencia.

¹⁷⁶ Es la exégesis dominante en Alemania, en donde el art. 27.2 de la PRE, calificado de «*bedenklich*» (R. WAGNER, *op. cit.* en nota 60, p. 517, nota 63), podría, en casos extremos –es decir, en aquéllos en los que un eventual derecho extranjero ignorante de la legítima y de mecanismos tuitivos comparables no pudiera ser orillado por el orden público–, contravenir el art. 14.1 de la *Grundgesetz* –el cual, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de abril de 2005 (vide *supra*, nota 151), garantiza el *Pflichtteilsrecht* de los hijos–, cosa que obligaría al Ordenamiento jurídico alemán a recurrir a la doctrina sobre la compatibilidad entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional de la República Federal, sentada por el *Bundesverfassungsgericht* en su Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986 (H. DÖRNER, «Der Entwurf...», *op. cit.* en nota 60, p. 227).

27.1 de la Propuesta¹⁷⁷, mejorada redaccionalmente¹⁷⁸, la cual, a criterio de los órganos jurisdiccionales de cada uno de los países comunitarios, actuará con toda seguridad ante sistemas extranjeros que instauren discriminaciones por razón de sexo, religión o de cualquier otro tipo en la atribución de los derechos legitimarios¹⁷⁹, pero mucho más discutible e improbablemente ante legislaciones que los desconozcan.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo hemos procurado hacer un breve repaso del origen y la trayectoria de la *professio iuris* sucesoria, así como de los argumentos que teóricamente la justifican desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses. Sin embargo, la parte esencial del estudio se ha dedicado al análisis pormenorizado de los principales cuerpos legales que, hoy por hoy, admiten la figura, comparando su regulación con la que prevé la Propuesta de Reglamento. Decidida a dar entrada a la profesión de ley, la Comisión Europea se ha inclinado, como no podía ser de otro modo, por una reglamentación que hunde sus raíces en el CLH89. Efectivamente, a semejanza del Convenio, la PRE se ha decantado por la consagración de una opcionalidad básica, por la obligación de que la designación de ley comprenda el conjunto de la herencia, por la necesidad de que la profesión esté contenida en una disposición *mortis causa*, por la sumisión de la validez del acto de elección a la *lex successionis* y por la equiparación del régimen formal de la modificación o revocación de la *optio iuris* al de la modificación o revocación de una disposición de última voluntad. Con todo, la Propuesta de Reglamento se aparta del Convenio de La Haya en diversas cuestiones, para la disciplina de las cuales, el proyecto de instrumento comunitario ofrece, a nuestro juicio, respuestas más adecuadas al presente contexto europeo. En este sentido, una elegibilidad limitada a la *lex patriae* – entendida ésta ampliamente como cualquiera de las leyes nacionales correspondientes al causante tanto en el momento de la designación como en el del fallecimiento–, la

¹⁷⁷ Que declara: «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es incompatible con el orden público del foro» [COM(2009) 154 final, p. 24].

¹⁷⁸ Subraya E. LEIN (*op. cit.* en nota 109, p. 125) que el tenor del art. 27.1 de la PRE difiere del de otras reglas análogas, como el art. 21 del Reglamento «Roma I» o el art. 26 del Reglamento «Roma II», que, para la activación de la excepción, piden que la contradicción del orden público sea manifiesta. Somos de la opinión que el Reglamento en ciernes sobre sucesiones debería, asimismo, matizar que el correctivo solamente entrará en juego ante un derecho foráneo cuya «... aplicación [sea *manifiestamente*] incompatible con el orden público del foro».

¹⁷⁹ A. BONOMI, «Prime considerazioni...», *op. cit.* en nota 55, p. 895; «Testamentary freedom...», *op. cit.* en nota 69, apartado 5 *in fine*.

exigencia –por motivos de seguridad jurídica– de que la profesión se haga expresamente, y, por último, el designio de que la salvaguardia de las legítimas no represente un obstáculo para la plena operatividad de la opción de derecho, son decisiones de política legislativa dignas de aprobación.