

LIBERTAD DE TESTAR Y LIBERTAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN

FREEDOM OF TESTATION AND FREEDOM OF CHOICE OF THE LAW APPLICABLE TO THE SUCCESSION

JOSEP MARÍA FONTANELLAS MORELL

*Profesor agregado de Derecho internacional privado
Universitat de Lleida*

Recibido: 31.08.2018 / Aceptado: 05.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4381>

Resumen: De entre las aportaciones del Reglamento 650/2012, relativo a las sucesiones transfronterizas, sobresale la introducción de la elección de la ley sucesoria por parte del causante. Para justificar la institución y su inclusión en el instrumento europeo es fácil imaginar una suerte de correlación natural entre la libertad de testar existente en Derecho civil y la posibilidad de designar la ley aplicable propia de las herencias internacionales. Con todo, la doctrina prefiere invocar la seguridad y previsibilidad que la *professio iuris* proporciona en la planificación de la sucesión. No es ésta, sin embargo, la línea que está siguiendo la jurisprudencia registral española, pues, en sus resoluciones, se ha basado más en la libertad de testar que en la seguridad jurídica.

Palabras clave: sucesión *mortis causa*, libertad de testar, sucesiones internacionales, elección de la ley sucesoria, elección tácita, seguridad jurídica.

Abstract: Among the features of Regulation 650/2012, on cross-border successions, the introduction of the testator's choice of the succession law stands out. In order to justify the institution and its inclusion in the European instrument, it is easy to imagine a kind of natural correlation between the freedom of testation, granted by national law, and the possibility to select the applicable law which is characteristic of international inheritances. Nevertheless, scholars tend to invoke the security and predictability that *professio iuris* provides in the estate planning. Yet resolutions stemming from Directorate General for Registries and Notary Affairs are based more on the freedom of testation than on legal certainty.

Keywords: succession upon death, freedom of testation, cross-border successions, choice of law, tacit choice of law, legal certainty

Sumario: I. Introducción. II. Los conceptos. III. La relación entre los conceptos. 1. Libertad de testar y regulación conflictual de las sucesiones. 2. Libertad de testar y elección de la ley sucesoria. IV. La jurisprudencia registral en materia de *professio iuris*. V. Consideraciones finales.

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación DER2015-70636-C2-1.

I. Introducción

1. Pocos principios hay en el Derecho privado moderno que sean tan sugerentes –y potentes– como lo es el de la autonomía de la voluntad. La idea –directamente derivada de la etimología de las palabras¹– de que los individuos han de poder dictarse a voluntad las reglas a las que sujetar sus relaciones de derecho ha constituido una de las columnas fundamentales sobre las cuales se ha sostenido tradicionalmente el tráfico jurídico entre particulares y, a pesar de los profundos cambios de toda índole que ha experimentado la sociedad contemporánea, sigue conservando, debidamente acomodada a los tiempos que corren, plena validez². Sin embargo, este principio interviene con fuerza desigual según cuál sea el sector del Derecho que sea considerado. En efecto, es un lugar común el dar por sentado que los contratos son el territorio natural de la autonomía privada, mientras que, en otras partes del Derecho civil, como las relativas a las esferas personal, familiar y sucesoria, su penetración ha sido mucho más limitada, debido a una mayor presencia en ellas de normas imperativas. Aun siendo cierta, esta apreciación se ha ido matizando recientemente en la medida en que, también en estos ámbitos, la autonomía privada se ha transformado en una manifestación de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona, la tutela de cuyo interés individual tiene que primar, bajo ciertas circunstancias, sobre la protección de los intereses generales de la sociedad o de los colectivos del grupo familiar³. Más en concreto, el Derecho de sucesiones –en el que es asimismo visible una incidencia creciente de los valores constitucionales⁴– ha puesto de relieve como ningún otro dominio jurídico la contradicción de, por un lado, ser un ejemplo de territorio hostil a la autonomía de la voluntad en razón de las *leges cogentes* que alberga, entre las cuales las preservadoras de las legítimas son el paradigma⁵; y, por otro lado, estar inspirado en un «principio básico indiscutido», la libertad de testar, que es una de las expresiones más genuinas de la autonomía privada⁶.

2. Las ideas recién bosquejadas explican el interés del presente trabajo en abordar el verdadero sentido y alcance de la autonomía de la voluntad reconocida al causante, tanto en la dimensión sustantiva como en la conflictual, así como en averiguar la relación que pueda existir entre ambos planos jurídicos. Para llevarlo a cabo, primeramente [II], parece obligatorio definir algunos conceptos de Derecho sustantivo y de Derecho internacional privado (DIPr) relativos al tema tratado, los cuales, debido a su carácter interdisciplinar, han dado lugar en ocasiones a confusiones o malinterpretaciones; en segundo lugar [III], exploraremos la relación entre las dos vertientes de la autonomía del causante, la material y la conflictual, para indagar si y en qué medida la primera puede tener ascendiente sobre la segunda; en tercer término [IV], pondremos a prueba las conclusiones obtenidas en el apartado anterior a la luz de la doctrina que, hasta el momento, ha elaborado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) con relación al Reglamento 650/2012; en última instancia [V], haremos unas breves consideraciones finales que hagan balance de las reflexiones precedentes.

¹ No está de más recordar que el término moderno «autonomía», que nos ha llegado a través del latín y del francés [donde está documentado desde 1596 (<http://www.cnrtl.fr/etymologie/autonomie>), más de un siglo antes que en español, en que, de acuerdo con J. COROMINAS y J. A. PASCUAL (*Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. I, A-CA, Madrid, Gredos, 1980, p. 415), no se atestigua hasta 1702], proviene del griego αὐτονομία, αὐτονομίας (autonomía, autonomías), palabra conformada por αὐτός, αὐτή, αὐτόν (aytós, ayté, aytón), cuyo significado es «él mismo», «ella misma»; por el sustantivo νόμος, νόμου (nómos, nómu), que se traduce por «ley», «norma»; y por el sufijo -ία (-ia), que indica «acción» o «cualidad».

² M. ALONSO PÉREZ, «La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en J. RAMS ALBESA (dir.), *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Normas civiles y derecho subjetivo*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 315-320.

³ M. A. PARRA LUCÁN, «La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones», en M. A. PARRA LUCÁN (dir.), *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 49-50.

⁴ Véase, por todos, T. F. TORRES GARCÍA y M. P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

⁵ En este sentido, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974, *passim*.

⁶ A. VAQUER ALOY, «Los límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones», en M. A. PARRA LUCÁN (dir.), *op cit.* en nota 3, p. 246.

II. Los conceptos

3. En las páginas que siguen se van a utilizar repetidamente unas nociones que, aun siendo indispensables para el estudio de la autonomía de la voluntad, no son compartidas ni siquiera conocidas por especialistas de las distintas ramas del Derecho que se ocupan de la materia. No deja de ser curioso –y revelador de su importancia– que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que no es proclive a incluir expresiones de naturaleza jurídica, incorpore una definición de *autonomía de la voluntad*, al especificar que es la «[c]apacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala»⁷. A tenor de que, por regla general, el juego de la autonomía de la voluntad está excluido de la esfera jurídico-pública⁸, porque el mismo se circunscribe a las relaciones privadas, se puede establecer, *en principio*, una correspondencia entre los términos autonomía de la voluntad y *autonomía privada*. En nuestra literatura, esta segunda ha sido definida como el «poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte», manifestándose esta aptitud de autogobierno «como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas»⁹. Ahora bien, cuando la teoría de la autonomía de la voluntad, propia del Derecho civil, se ha injertado en el DIPr, ese doble poder autonormador se ha visto aumentado, ya que, además de a su ejercicio, en nuestra disciplina, las voluntades privadas han sido llamadas «à un rôle que le droit interne n'a jamais envisagé pour elles»¹⁰: el de seleccionar el derecho aplicable a una relación o situación jurídica con elemento de extranjería.

4. La pluralidad de funciones que desempeña la autonomía de la voluntad ha hecho posible que los iusinternacionalprivatistas distinguan dos nociones que a veces extrañan a los juristas no familiarizados con la especialidad. Se trata, por un lado, de la *autonomía material* –aquella en cuya virtud las partes de una relación de derecho pueden establecer el contenido sustantivo de la misma en sus pactos, cláusulas y condiciones–, y, por otro, de la *autonomía conflictual* –aquella por la cual se autoriza a los

⁷ <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=4TsdBo>. Dentro de la temática del presente trabajo, debe también reseñarse que, en la definición de la voz «voluntad», el Diccionario recoge la particularidad «última voluntad» para referirse a «[l]a expresada en el testamento» (<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=c2gSOgP>).

⁸ Esta afirmación debe, sin embargo, ser objeto de una explicación. La idea de que el Derecho público es ajeno a la intervención del arbitrio privado se remonta a dos famosos pasajes del Digesto [*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*] (D 2.14.38) y «*Privatorum conventio iuri publico non derogat*» (D 50.17.45), *Cuerpo del Derecho civil romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, por I. L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, Jaime Molinas, 1899, t. I, p. 286; t. III, p. 948], atribuidos, respectivamente, a PAPINIANO y ULPIANO, cuya interpretación a lo largo de los siglos ha suscitado encendidos debates, por más que exista consenso en que dichos brocardos hacen referencia a uno de los criterios fundamentales para distinguir el Derecho público del Derecho privado: el hecho de que la voluntad concertada de los particulares no puede dejar sin efecto una norma de Derecho público. Ciertamente, la ciencia moderna se ha preocupado de perfilar el alcance real de esta premisa, a lo que ha contribuido especialmente el contraste entre las nociones de Derecho público y orden público. Así, éste «*comprend d'abord et nécessairement toutes les lois de droit public*», pero, igualmente, las de *droit privé* «*toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général, qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi*» (M. PLANIOL y G. RIPERT (col.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11ª ed., Paris, LGDJ, 1928, pp. 113-114). De lo que se infiere que hay normas que, siendo de Derecho privado, participan de los principios integrantes del orden público, y que, por tanto, son asimismo inmunes a la voluntad privada, pues están inspiradas en el interés general cuya satisfacción podría verse comprometida si estuviera en manos de los particulares modular su aplicación. Inversamente, en la doctrina contemporánea hay quienes no descartan, asimismo, la existencia de reglas de Derecho público que, al no afectar a principio de derecho necesario alguno, son excluibles por las partes si las mismas así lo convienen [L. FIGA FAURA, «La renuncia de los derechos y la exclusión voluntaria de la ley», Academia Matritense del Notariado (ed.), *Estudios sobre el título preliminar del Código civil*, t. I, *Parte general*, Jaén, Edersa, 1977, p. 272]. El corolario de lo expuesto es que, si bien la autonomía de la voluntad y el Derecho privado inciden sobre la misma materia, esta coincidencia no es plena, porque la autonomía puede ejercitarse en sectores puntuales del Derecho público en los cuales no estén en riesgo los principios estructurales del Estado, y, por contra, en el Derecho privado hay parcelas que, dada su estrecha vinculación con el interés general, escapan a la influencia del arbitrio privado.

⁹ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 307-308.

¹⁰ H. BATIFFOL, «Le rôle de la volonté en droit international privé», *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 71. En realidad, el profesor francés alude únicamente a la facultad para determinar la ley aplicable a los contratos, pero su razonamiento vale para cualquier situación privada internacional que sea susceptible de tolerar el juego de la autonomía de la voluntad.

sujetos de una relación jurídica a designar la ley que debe regularla—. Esta diferenciación, centrada en el ámbito obligacional, es obra de Zitelmann¹¹, pero es perfeccionada por Haudek, quien acuña dos expresiones (*materiellrechtliche Verweisung* y *kollisionsrechtliche Verweisung*) que han hecho fortuna¹². Por medio de la primera se alude a la remisión contractual a un derecho determinado como enunciación de la voluntad de las partes de incorporarlo al contrato, en tanto que con la segunda se hace referencia a la remisión a una concreta ley para que lo rijan. Aunque la distinción parezca de un bizantinismo innecesario, conviene tenerla en cuenta, porque, en ocasiones, puede acarrear enormes consecuencias. Efectivamente, del hecho de hallarnos en una u otra situación, dependerá, tanto la respuesta a un hipotético conflicto internacional transitorio¹³, como la efectividad de la cláusula remisiva frente a las normas imperativas, puesto que la referencia de índole material sólo puede operar en el marco de las reglas dispositivas, mientras que la de naturaleza conflictual es capaz de apartar las normas de obligado cumplimiento de la legislación que hubiera sido aplicable en ausencia de elección¹⁴. Para poder delimitar mejor la verdadera autonomía conflictual, la doctrina alemana ha realizado una doble distinción complementaria: por una parte, la existente entre la remisión directa, propia o inmediata y la remisión indirecta, impropia o mediata, siendo la primera —la *direkte, echte* o *unmittelbare Verweisung*— la que hemos denominado *kollisionsrechtliche Verweisung*, a saber, la designación por las partes de la normativa aplicable a una situación privada internacional en particular, mientras que la segunda —la *indirekte, unechte* o *mittelbare Verweisung*— es una manera de seleccionar la ley competente a través de una actuación de los sujetos de la relación jurídica dirigida a introducir un cambio en el elemento —nacionalidad, domicilio, residencia habitual, lugar de situación de los muebles, lugar de otorgamiento del acto— que constituye la conexión —variable o mutable— de la norma de conflicto¹⁵; por otra parte, la que separa la elección real de la hipotética, al no entrañar ésta —*hypothetische Rechtswahl*— más que un ejercicio de intenciones, que

¹¹ Al decir que «[d]ie gedachte Klausel [la cláusula en que las partes fijan la competencia de una ley] kann in doppeltem Sinn aufgefasst sein. Sie kann gemeint sein als ein Satz des internationalen Privatrechts (...) das von den Parteien gekürte Recht würde Kraft ihrer als das massgebende Obligationsstatut zu gelten haben. Oder sie ist nur als ein Bestandteil der materiellen Rechtsordnung eines einzelnen Staats gemeint» (E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. II, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1912, p. 374). Traducido al español, el párrafo indica que la cláusula en la que los contratantes deciden la competencia de una ley «se puede interpretar en un doble sentido. Puede ser entendida como una disposición de Derecho internacional privado (...) en virtud de la cual el derecho elegido por las partes tendría el valor de estatuto obligacional competente. O bien puede entenderse solamente como una parte integrante del ordenamiento material de un Estado en particular». Debe hacerse constar, empero, que, en el primer tomo de su tratado, E. ZITELMANN (*Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1897, pp. 270-278) había ya sentado las bases de la distinción, al hablar, por un lado, de «[d]ie Gestattung der Parteibestimmung als materiellrechtlicher Satz» y, por el otro, de «[d]ie Gestattung der Parteibestimmung als Kollisionsnorm». Una visión actual de esta fase germinal, puede encontrarse en la obra de K. BRATVOGEL, *Rechtswahlfreiheit*, Jena, JWV, 2016, pp. 59-60.

¹² W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, Springer, 1931, pp. 3-5). Con todo, esta terminología no es por entero de su invención, pues J. ZIMMERMANN [«Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht», *Zentralblatt für die juristische Praxis*, XLIV (1926), pp. 882-887] es el primero que parece haber hablado de «*materiell-rechtliche Parteiverweisung*» (p. 883) y de «*kollisions-rechtliche Parteiverweisung*» (p. 885). Para la evolución que estas categorías conceptuales han tenido desde sus orígenes, véase K. BRATVOGEL, *op. cit.* en nota anterior, pp. 61-63.

¹³ La *materiellrechtliche Verweisung*, al incorporar un derecho al contrato, lo «petrifica» con el contenido que tenía en la fecha de su conclusión; en cambio, la *kollisionsrechtliche Verweisung* invoca la ley rectora de la relación jurídica, que será apreciada en el momento del suscitarse la controversia. Véase, al respecto, el lúcido tratamiento del tema que hacen J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 505-506.

¹⁴ Éste es el punto clave para poder hablar con propiedad de una autonomía conflictual, como, a propósito de la contribución del ilustre Charles Dumoulin a la progresiva introducción de la voluntad privada en los conflictos de leyes, pusiera en evidencia F. GAMILLSCHEG (*Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin-Tübingen, de Gruyter-Mohr, 1955, p. 118), al aducir que una libertad de elección real «*müßte sich dort bewähren, wo das gewählte Recht auf prohibitives örtliches Recht stößt*».

¹⁵ Sobre las diferencias entre la remisión propia y la impropia, véase, entre otros, W. HAUDEK, *op. cit.* en nota 12, pp. 2-3; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1976, p. 252; y J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 293. Cabe poner de relieve, sin embargo, que no faltan autores (K. BRATVOGEL, *op. cit.* en nota 11, p. 65) que entienden que la *mittelbare Verweisung* es una subdivisión dentro de la *indirekte* o *unechte Verweisung*, que se distingue por la manera que tienen las partes de incidir sobre la conexión objetiva, ya que en la remisión indirecta su influencia se materializa mediante alteraciones de la realidad fáctica —un cambio de residencia habitual, por ejemplo—, mientras que en la mediata sólo depende del acuerdo entre las partes, como ocurre con la determinación del savignyano «*Erfüllungsort*», cuya plena operatividad no precisa que el cumplimiento efectivo de la obligación se lleve a cabo en el lugar fijado, bastando con que los contratantes así lo hayan pactado.

trata de discernir el derecho que hubieran escogido los intervinientes de haber sido conscientes de su poder de elección, en tanto que aquélla –*reale* o *wirkliche Rechtswahl*– representa la auténtica y efectiva designación de la ley aplicable por quien tiene la facultad de hacerlo. No está de más recalcar que sólo ésta última es una genuina *kollisionsrechtliche Verweisung*, porque, al carecer de virtualidad, la remisión hipotética no evita la activación de las soluciones conflictuales previstas para los supuestos en los que las partes no se hayan pronunciado¹⁶.

5. Centrándonos en la que propiamente puede llamarse –directa, propia, inmediata, real y efectiva– autonomía conflictual, hemos de poner de relieve que tampoco la misma es una noción completamente uniforme y homogénea, ya que, si bien en todos los casos autoriza a las personas participantes en una relación de tráfico privado externo a designar el derecho que la tiene que gobernar, no siempre lo hace con idéntica amplitud; de modo que, a tenor del margen de libertad que se confiere a las partes¹⁷, cabe distinguir entre la «autonomía ilimitada» –o «de localización absoluta»–, gracias a la que los sujetos de una situación con componente extranjero pueden, sin restricción *conflictual* alguna, sujetarla al ordenamiento jurídico que tengan por conveniente¹⁸; y la «autonomía limitada», por la cual se permite a las partes emplazar su relación de derecho en el ámbito legislativo que elijan, siempre que entre éste y aquélla exista la suficiente proximidad¹⁹, siendo posible deslindar las hipótesis de «autonomía de localización relativa» –en las cuales es al juez a quien, *a posteriori*, corresponde enjuiciar, para dar validez a la elección, si efectivamente concurre el nexo objetivo demandado entre el derecho seleccionado y el negocio jurídico subyacente²⁰– de las de «autonomía de opción» –en las que los sujetos intervinientes en la relación jurídica pueden escoger la ley aplicable a la misma, pero únicamente de entre las que, *a priori*, ha acotado el legislador, al considerar que eran las que presentaban una vinculación más estrecha con la relación de derecho en cuestión²¹.

¹⁶ En cuanto a la dicotomía existente entre la elección real y la elección hipotética, véase F. BRÄNDL [«Der Parteiwille in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem auf Vertragsverbindlichkeiten anwendbaren örtlichen Recht», *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, XIX (1925), cc. 821-823], quien se vale de las locuciones *empirischer Parteiwille* y *heuristischer Parteiwille*; W. HAUDEK (*op. cit.* en nota 12, pp. 106-110), el cual añade la fórmula *vermutlicher* o *hypothetischer Parteiwille*, que se contraponen a la *konkreter* o *empirischer Parteiwille*; P. H. NEUHAUS, *op. cit.* en nota anterior, pp. 263-267; G. KEGEL y K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, Beck, 2004, pp. 658-660.

¹⁷ Una pionera clasificación de esta índole puede encontrarse en la obra de W. NIEDERER (*Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3ª ed., Zürich, Polygraphischer, 1961, pp. 194-195), donde, al describir los ejercicios de autonomía, se distingue entre los supuestos de «*völlige Wahlfreiheit*», de «*Beschränkung der Wahl auf eine der Rechtsordnungen mit tatbeständlicher Beziehung zum Verträge*», de «*Beschränkung der Rechtswahl auf eine gesetzlich begrenzte Gruppe von Rechten*» y de «*Beschränkung der Rechtswahl auf die Fragen der Vertragswirkungen*».

¹⁸ El ejemplo paradigmático de este tipo de autonomía conflictual es el art. 3.1 del Reglamento 593/2008 («Roma I») cuando dictamina que «[e]l contrato se regirá por la ley elegida por las partes» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 27ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 1139].

¹⁹ En materia de conflictos de leyes, el principio de proximidad expresa la idea de que «[u]n rapport de droit est régié par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits» [P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye (R. des C.)*, t. 196 (1986-I), p. 29].

²⁰ El art. 10.5.1 del Código civil español (CC) [«Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 617, énfasis nuestro)] encarna a la perfección este modelo al prever, como puntualiza M. DE ANGULO («Comentario al art. 10.5»), en M. AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, p. 525), que, en tales casos, opere «una fiscalización jurisdiccional del ejercicio de la autonomía».

²¹ Entre mucha otras que podrían aducirse, una plasmación de esta modalidad de autonomía conflictual se halla tipificada en el art. 5.2.2 del Reglamento «Roma I» cuando, en relación con el contrato de transporte, decreta que «[l]as partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el art. 3, únicamente la ley del país donde: a) el pasajero tenga su residencia habitual, o b) el transportista tenga su residencia habitual, o c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o d) se encuentre el lugar de origen, o e) se encuentre el lugar de destino» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1134-1135]. Digno de ser mencionado es que, entre una y otra clase de «autonomía limitada», además de la amplitud de la elección, varía la relación entre la seguridad jurídica y la justicia formal: si un sistema de DIPr decide limitar *ex post electione* la autonomía de las partes, a través del control judicial, la solución, más propicia para la justicia conflictual, procura a los sujetos de la relación jurídica controvertida una mayor libertad de selección que, con todo, se traduce, a la postre, en una menor certidumbre sobre la normativa definitivamente aplicada; por el contrario, cuando el sistema actúa

6. Es perceptible como, de este entramado teórico, ha estado prácticamente ausente el Derecho de sucesiones, por lo que lo que, acto seguido, proyectaremos las principales categorías conceptuales recién descritas a la esfera sucesoria. Para hacerlo, tenemos que operar en la doble dimensión prefigurada: la sustantiva y la conflictual. La primera obliga a interrogarse, siquiera mínimamente, sobre el significado y el alcance de la «libertad de testar». Definida como la «libertad de decidir el destino de los bienes para después de la muerte», supone no solamente «una especificación de la autonomía de la voluntad»²² en el Derecho de sucesiones, sino que, en éste, puede llegar a considerarse su expresión por antonomasia²³. No obstante, como ha señalado un reputado sector de la doctrina, no debe propugnarse una plena equiparación conceptual entre la libertad de testar y la autonomía privada –singularmente, la contractual–, pues, bien que ambas comparten el fundamento del «reconocimiento del individuo como persona por medio del ordenamiento jurídico»²⁴, se diferencian en que, por un lado, el testador, al disponer para cuando ya no esté, no se autorregula –«no se da norma a sí mismo»–, sino que «actúa de acuerdo con sus propias normas, sus criterios personales, sus valores y principios», gozando, más que de autonomía material en el sentido detallado en el párrafo anterior, de «autonomía moral»²⁵; por otro lado, en que, contrastando con la libertad de contratación, que es «funcional al mercado y abierta a las personas jurídicas lo mismo que a las físicas», la libertad de disposición por causa de muerte, «exclusiva de las personas físicas, es ajena al mercado y a los principales problemas de regulación y límites de la libertad contractual», características que la alejan de los parámetros a los que se ahorra la justicia conmutativa y la hacen partícipe de los principios inherentes a la justicia distributiva²⁶. En suma, aun cuando quepa estimar que la libertad de testar no es sino una manifestación de la autonomía privada, presenta unas particularidades muy marcadas que le otorgan un acusado perfil propio.

7. En el plano conflictual²⁷, la institución del Derecho sucesorio internacional en la que se refleja la idea de la autonomía del causante es la denominada *professio iuris*, que se puede definir como «aquella facultad conferida al causante para que, en una disposición por causa de muerte, designe, dentro de ciertos límites, la ley que debe regir, en todo o en parte, su sucesión»²⁸. Heredera –en el nombre– de las *professiones legis* medievales, a través de las cuales los intervinientes en un negocio jurídico declaraban

apriorísticamente, mediante la disciplina legislativa, la mayor seguridad ofrecida implica, empero, una menor libertad de elección a la vez que un mayor riesgo para la equidad espacial del resultado final.

²² A. VAQUER ALOY, *loc. cit.* en nota 6, p. 246.

²³ Como dice A. VAQUER ALOY («La libertad de testar y sus límites», en M. A. PARRA LUCÁN/S. GASPAS LERA, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria. Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016*, Granada, Comares, 2017, p. 175), en el Derecho de sucesiones, «[l]a autonomía de la voluntad se denomina ... libertad de testar».

²⁴ A. RÖTHEL, «Testierfreiheit und Testiermacht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 210 (2010-1), p. 33. La frase en el texto alemán reza: «Die Testierfreiheit ist wie die Privatautonomie Ausdruck der Anerkennung des Einzelnen durch die Rechtsordnung als Person» (énfasis nuestro).

²⁵ J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Autonomía privada y Derecho de sucesiones», en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (ed.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Madrid, Wolters Kluwer, 2012, p. 525; la misma idea también en p. 529.

²⁶ J. DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 529-530. *In extenso*, el razonamiento del autor es el siguiente: frente a la libertad de contratación, que se ejercita según los criterios de «la justicia conmutativa –igualdad o proporción en el intercambio de las prestaciones– y la desigualdad de poder económico entre las partes[, e]n la libertad de disponer para después de la muerte no hay intercambio de prestaciones. Nadie tiene derecho a una liberalidad, ni nadie tiene la obligación de aceptarla. El testador no puede, propiamente, imponer nada, pues siempre cabe repudiar la herencia (...), [p]ero ... puede motivar conductas, propiciar ... la consecución de determinados fines, condicionar la vida de otras personas ofreciéndoles oportunidades que de otro modo no tendrían, hasta “cambiarles la vida”. “Puede” quiere decir aquí que los medios jurídicos (el testamento) le permiten conseguir estos resultados fácticos. Cabría pensar que las disposiciones para después de la muerte, en cuanto que afectan a otras personas cambiando el estado previo de sus expectativas y oportunidades están sujetas a los principios o las ideas reguladoras de la justicia distributiva. El testador como juez que, aun con cierto ámbito de discrecionalidad, distribuye bienes según criterios de necesidad o mérito de los destinatarios. También de recompensa a servicios prestados, o de igualdad (en alguno de los sentidos de esta palabra)» (pp. 529-530).

²⁷ En este trabajo, se aborda la autonomía de la voluntad en el DIPr de las sucesiones, pero solamente en lo que respecta a los conflictos de leyes, haciéndose abstracción de otros sectores, como el de la competencia judicial internacional, en los que el arbitrio privado puede, asimismo, jugar un papel destacado.

²⁸ J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 187.

cuál era la ley de su stirpe a fin de que la misma lo disciplinara²⁹, la moderna *professio iuris*, originada en la Suiza de finales del siglo XIX³⁰, hace referencia a la posibilidad reconocida al testador de escoger la legislación reguladora de su sucesión. Dando por sentado que se trata de un supuesto de autonomía conflictual, la profesión de ley muestra dos rasgos distintivos: por una parte, su unilateralidad, porque, a diferencia de otras modalidades de ejercicio de la autonomía que se llevan a la práctica mediante un acuerdo de elección o «*pactum de lege utenda*»³¹, la *professio iuris* es, de conformidad con su génesis histórica y su trayectoria contemporánea, «*le fait d'une seule personne*»³²; por otra parte, su limitación, ya que, en contraste con el incontable número de legislaciones a las cuales pueden acudir las partes para gobernar su contrato, el profesante sólo tiene generalmente derecho a escoger la *lex successionis* de entre un elenco restringido de candidatas, propuestas por el legislador; a veces, es tan reducido que únicamente incluye dos opciones³³. Presentada la institución, apartamos momentáneamente su estudio, al que retornaremos repetidamente en páginas posteriores.

III. La relación entre los conceptos

8. Una vez precisadas las nociones principales que tienen que ver con la autonomía de la voluntad, tanto en la vertiente material como en la formal, hemos de comprobar si, en el dominio hereditario, es posible establecer una correlación entre la libertad de testar y las soluciones de DIPr en materia de sucesiones *mortis causa* [1], y, aún más, entre la libertad de disposición por causa de muerte y la elección de la *lex hereditatis* [2].

1. Libertad de testar y regulación conflictual de las sucesiones

9. En una primera aproximación al tema, cabría aventurar que, al moverse en planos diferentes –sustantivo la libertad de disponer y conflictual la normativa de DIPr–, ambas realidades no se interfieren; y que, en este sentido, podría postularse una indiferencia –o, si se quiere, una ajenidad– de una con respecto a la otra. Sin embargo, dicha apreciación deja de ser correcta si, con la mejor doctrina³⁴,

²⁹ Si esta invocación de filiación jurídica era meramente retórica o implicaba una designación del derecho rector del acto ha sido objeto de un debate, que ha opuesto los partidarios de la libertad de elección de ley [véase, por todos, BARÓN DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, libro XXVIII, cap. II (Classiques Garnier, t. II, Paris, 1990, p. 211)] a los valedores de la inelegibilidad del derecho personal fuera de los casos previstos legalmente (véase, por todos, F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, t. I, 3ª reimpresión de la 2ª ed. de 1834, Darmstadt, Hermann Gentner, 1956, pp. 138-167, en especial, p. 152). La tesis de una cierta permisibilidad en la apelación al *genus* parece las más verosímil, sobre todo si se piensa en el prolongado declive del personalismo, que probablemente hizo que, con el tiempo, las profesiones de ley se trocaran en elecciones de ley [en este sentido, E. VITTA, «The Conflict of Personal Law», *Israel Law Review*, 5 (1970), pp. 172 y 340; A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *R. des C.*, t. 137 (1972-III), p. 851].

³⁰ Todo da a entender que fue F. MEILI (*Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, Art. Institut Orell Füssli, 1902, p. 121) quien recuperó la denominación tradicional para aludir a una figura de nuevo cuño contenida en el art. 22 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*, de 1891, el cual preveía que «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 de los textos francés y alemán editados por A. N. MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., vol. I, *Gesetzestexte*, Berlin-Tübingen, de Gruyter-Mohr (Siebeck), 1953, *La Suisse/Die Schweiz*, pp. 13-14). A lo largo de toda la pasada centuria, la terminología arraigó en la doctrina helvética, que, mediada la década de los sesenta, la proyectó internacionalmente gracias a un influyente estudio de A. E. VON OVERBECK («La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», en J. LIMPENS *et al.*, *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, Story-Scientia, 1966, pp. 1085-1112). Al incorporarla al Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de 1989, la Conferencia de La Haya dio a la *professio iuris* sucesoria el impulso decisivo para una difusión imparable, que el Reglamento europeo de Sucesiones no ha hecho más que confirmar.

³¹ Fórmula acuñada por A. CURTI GIALDINO (*loc. cit.* en nota 29, p. 863).

³² J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 259.

³³ Con acierto expresivo, J.-Y. CARLIER (*op. cit.* en nota anterior, p. 261) habla de «*choix bipolaire*».

³⁴ Para un examen exhaustivo de las tendencias primordiales que, tanto desde la perspectiva de la realidad normativa (diversificación y especialización) como desde la funcional (flexibilización y materialización), hay en el DIPr contemporáneo,

admitimos que una de las características esenciales de la ciencia internacionalprivatista de nuestro tiempo es la «materialización» de las normas de DIPr, que es producto de la penetración en los sistemas conflictuales de objetivos y valores propios del derecho material³⁵. Ciertamente, no puede afirmarse que esta presencia de consideraciones de naturaleza sustantiva sea una novedad, pues, como se ha remarcado oportunamente³⁶, *todas* las normas de conflicto las han contenido desde siempre, siendo perceptibles en la manera de precisar la naturaleza de la relación objeto de reglamentación y en la preferencia por un determinado punto de conexión que ponga en contacto dicha relación con la sede que le corresponde; pero sí que ha significado una innovación el *incremento e intensificación* de este proceso de infiltración, que ha hecho posible que los expertos más atentos distingan entre normas de conflicto localizadoras y reglas de colisión materialmente orientadas³⁷. Las primeras, en la ortodoxia savignyana, se limitan a situar la relación o situación jurídica dentro del perímetro de un determinado ordenamiento, que es el encargado de gobernarla³⁸; las segundas, por el contrario, hacen depender el señalamiento del derecho aplicable «*d'un élément de droit substantiel*»³⁹. Si a la luz de este debate, volvemos sobre la cuestión inicial, interrogándonos acerca de la incidencia que un principio fundamental del Derecho de sucesiones como la libertad de testar tiene en la regulación conflictual de las mismas, conviene advertir que, en función de la relación de fuerzas –reflejada en el trato brindado a la legítima⁴⁰– que, a la hora de determinar la ley de la sucesión, un sistema de DIPr establezca entre las pretensiones del causante y las de los potenciales beneficiarios de su herencia, la respuesta puede ir de una influencia testimonial de la libertad de disposición, como pasa en el Código civil español⁴¹, a un impacto mucho mayor del derecho material concernido, que alguno de los más reputados especialistas parecen haber detectado en el Reglamento de Sucesiones⁴².

véase por todos, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *R. des C.*, t. 287 (2000), pp. 9-426; en concreto, sobre la materialización, pp. 309-411.

³⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 314-319.

³⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 309. El ejemplo al que recurren estos autores para ilustrar su idea es muy gráfico: cuando el art. 9.8 CC dice que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante», pone de relieve la total coherencia de nuestro legislador, quien es «plenamente consecuente con la naturaleza que el fenómeno sucesorio presenta en los sistemas de concepción romanista, tributarios de los principios de personalidad y unidad en la sucesión».

³⁷ Sobre esta diferenciación y las consecuencias inherentes a la misma, véase, por todos, la gran obra de P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg, 1985, *passim*.

³⁸ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, p. 57.

³⁹ A. BUCHER, «La dimension sociale du droit international privé. Cours général», *R. des C.*, t. 341 (2009), p. 28.

⁴⁰ Tanto en el orden interno como en el internacional, la visión de la legítima como punto de intersección entre las aspiraciones del *de cuius* y las de sus herederos parece obvia en la sucesión voluntaria, pero lo es igualmente en la intestada, pues, como apunta S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ [«Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *Anuario español de Derecho internacional privado (AEDIPr)*, t. XI (2011), p. 372], en sistemas como el «del Cc, las legítimas tienen o pueden tener un efecto sobre actos de disposición efectuados por el causante durante su vida. A pesar de que el causante no haya dispuesto nada para después de su muerte, el derecho a percibir por cualquier título una cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor puede haberse visto afectado por donaciones y otros actos *inter vivos* del causante; y éstos por esa razón (por afectar a las legítimas) pueden estar sujetos a algún grado de ineficacia».

⁴¹ Aun cuando nuestro derecho conflictual autónomo –hoy desplazado por el Reglamento europeo– tiene presente los designios del testador para que, en los supuestos de conflicto móvil –debidos al cambio de su nacionalidad entre el momento del otorgamiento de los actos *mortis causa* y el de la muerte–, la alteración de la legislación rectora de la sucesión no acarree la invalidez de las disposiciones realizadas, las legítimas quedan al margen de esta previsión normativa *in favorem voluntatis*, porque el segundo punto del art. 9.8 CC [«Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, *si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 615, énfasis nuestro)] las subordina a la *lex patriae tempore mortis*. Como con razón se ha dicho, este modelo consigue que «prevalezca la legítima más amplia; la que más recorta la libertad de disposición, siempre que testador o pactantes se hubieren ajustado, como suele ser habitual, a la ley potencialmente aplicable en el momento de disponer» (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota anterior, p. 377).

⁴² En este punto, hay que ceder el uso de la palabra a A. BONOMI que, antes y después de la aprobación del instrumento, ha venido abonando que «[l]es solutions consacrées dans le Règlement sont ... généralement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties»; estando imbuidas de una «philosophie "libérale"» que se irradia a todo el texto [A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 39, existe traducción castellana de la primera edición a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ *et al.*, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*,

10. Habida cuenta de que éste último caso es el que nos interesa, antes de abordarlo, haremos una breve reseña del régimen conflictual general consagrado en el Reglamento 650/2012⁴³. Pese a que, desde su prehistoria⁴⁴, ha sido un instrumento muy controvertido, objeto de una literatura prácticamente inabarcable⁴⁵ en la que se ha pasado revista a todos los aspectos internacionalprivatísticos de las herencias transnacionales, uno de los puntos en nuestra opinión mejor resueltos de la normativa europea es el correspondiente a la ley rectora de la sucesión. Para justificar esta estimación, hay que tener presente la variedad –y disparidad– de soluciones que recogía el DIPr de los Estados miembros de la Unión, que, a la hora de gestar una reglamentación uniforme, obligaba al legislador comunitario a posicionarse en los temas clave. A partir de las consideraciones de uno de los *founding fathers* de la iniciativa⁴⁶, cabe sostener que, en materia de Derecho aplicable, cuatro eran esencialmente las decisiones que debían tomarse: primeramente, optar por una regulación unitaria o por una fraccionada –tanto desde un punto de vista territorial como desde uno funcional⁴⁷– de la sucesión; en segundo término, inclinarse por la *lex domici-*

Cizur Menor, Aranzadi, 2015]. Que esta idea responde a una fuerte convicción del autor italiano lo prueba el hecho de que, en otro pasaje de la obra («Article 35», p. 592), la reitera casi con idénticas palabras «[L]es solutions proposées sont ... largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties»; así como que, a raíz de la publicación de la Propuesta de Reglamento (PR), ya había avanzado las mismas reflexiones (A. BONOMI, «Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, p. 606; «Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2008-2010, Paris, 2011, p. 264).

⁴³ Su título íntegro es Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo [(RS): *DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; corrección de errores, L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; y L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140].

⁴⁴ Aunque el impulso político del Reglamento se halla en el «Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia», adoptado, en Viena el 3 de diciembre de 1998, por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en el cual, entre las medidas a implementar, se exhortaba a las instituciones comunitarias a que, en un plazo de cinco años, estudiaran la viabilidad de «un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones» [apartado 41, letra c), párrafo primero del «Plan de acción de Viena» (*DOCE*, C 19, 25 de enero de 1999, p. 10)], la «discusión científica» propiamente dicha acerca del mismo no se inicia sino a partir de la difusión, desde finales de 2002, del estudio [«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/Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union», publicado como libro (DEUTSCHES NOTARINSTITUT –ed.–, *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation/Conflict of Law of Succession in the European Union. Perspectives for a Harmonisation/Internationales Erbrecht in der EU. Perspektiven für eine Harmonisierung*, Würzburg, 2004, y aún disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf (francés) y http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_de.pdf (alemán)] que la Comisión Europea, por medio de la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior, encomienda al Deutsches Notarinstitut en colaboración con los profesores H. DÖRNER y P. LAGARDE, que hacen las veces de coordinadores científicos.

⁴⁵ De la ingente bibliografía generada en torno a la unificación europea del DIPr de las sucesiones, en este trabajo emplearemos una mínima fracción que sirva de apoyo a nuestra línea argumental.

⁴⁶ Seguimos –libremente– el planteamiento de P. LAGARDE [«Présentation de la proposition de règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales. Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Paris, Defrénois, 2010, pp. 10-14], que el autor había esbozado unos años antes [«Familienvermögens- und Erbrecht in Europa», en P. GOTTWALD (ed.), *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union*, Bielefeld, Giesecking, 2004, pp. 14-17; «Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, *Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1701-1704] y luego ha reiterado con leves retoques [«Présentation du règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, pp. 9-14].

⁴⁷ Si se entiende, como procede, que un sistema de unidad es aquél que *supedita el conjunto de bienes que componen la herencia durante todo el proceso transmisivo mortis causa a una sola ley*, el fraccionamiento puede deberse tanto a la aplicación de legislaciones diferentes a los distintos bienes que integran el caudal relicto como a la observancia de derechos varios en fases diversas del iter sucesorio. El contraste entre las dos clases de fragmentación ya fue advertida, en su *Dissertation*, por F. NIGGEMANN (*Nachlasseneinheit oder Nachlassteilung. Eine rechtspolitische Untersuchung am Beispiel des deutschen und französischen Rechts*, Köln, Universität zu Köln, 1973, pp. 171-172), que denominó a la segunda de ellas «escisión horizontal» («*horizontale Teilung*») para distinguirla de la tradicional escisión vertical entre los estatutos de los bienes relictos, siendo popularizada por M. FERID [«Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *R. des C.*, t.

lil o por la *lex patriae* para el gobierno de –según la respuesta al dilema anterior, la totalidad o la parte mobiliaria– de la herencia; en tercer lugar, limitarse a estipular una solución basada sólo en criterios objetivos o establecer una que –con mayor o menor amplitud– reconociese el rol conflictual de la voluntad del causante; en última instancia, elegir entre una conexión objetiva exclusivamente rígida y una que incorporase una cierta dosis de flexibilidad. El Reglamento 650/2012 ha resuelto las cuatro disyuntivas de la siguiente manera: primero, decantándose por un régimen –espacial y funcionalmente– unitario en la reglamentación de las herencias transfronterizas⁴⁸; segundo, sujetando, por lo común, las sucesiones por causa de muerte a la legislación vigente en el Estado de la última residencia habitual del causante⁴⁹; tercero, accediendo a que, para disciplinar la transmisión *mortis causa* de sus bienes, el testador pueda designar el derecho correspondiente a su nacionalidad⁵⁰; cuarta, introduciendo una cláusula de excepción que haga posible escapar a la aplicación de la *lex residentiae*, si del conjunto de circunstancias del caso se infiere que la sucesión está más estrechamente vinculada a otro país, cuyo ordenamiento deviene, entonces, competente⁵¹. En suma, el sistema instaurado por el Reglamento es resultado de un juego de equilibrios tejido con el propósito de integrar –adaptadas al derecho sucesorio– tres ideas fuerza de la ciencia conflictual actual: el empleo, como conexión objetiva general, de la residencia habitual –no reforzada⁵²– del *de cuius tempore mortis*; el recurso, a través de la cláusula de escape, a otra legislación que presente vínculos significativamente más estrechos con la sucesión que la inicialmente predeterminada⁵³; y la admisión de una extremadamente restringida profesión de ley en favor de la *lex patriae*⁵⁴.

142 (1974-II), p. 110], que prefiere hablar de «*scission territoriale*», para la derivada de la aplicación de la ley real a los bienes inmuebles, y de «*scission fonctionnelle*», para la que trae causa de la separación entre la delación y la transmisión hereditarias.

⁴⁸ Mientras que la unidad territorial aparece recogida en el art. 21.1 RS [«Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023, énfasis nuestro)], la funcional está contemplada en el art. 23.1 RS [«La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023, énfasis nuestro)]. Que el Reglamento aboga por ambos tipos de unidad lo confirman el último inciso del cdo. 37 [«Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley [la *lex successionis*] rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1010, énfasis nuestro)] y la frase inaugural del cdo. 42 [«La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1010, el énfasis es nuestro)].

⁴⁹ Solución consagrada en el ya citado art. 21.1 RS [«Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023)].

⁵⁰ La *professio iuris* viene regulada en el art. 22 RS, en cuyo primer apartado se estipula que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁵¹ Para hallar la cláusula de escape prevista, hay que ir al art. 21.2 RS, el cual dispone que «[s]i, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁵² Este dato, importante, distancia la regulación del Reglamento 650/2012 de la del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 (CLH89), pues éste, en su art. 3.1 y 2, subordina la eficacia de la conexión a que el país de residencia del causante coincida con el de su nacionalidad o, en su defecto, que haya residido en él un mínimo de cinco años antes de su muerte [«La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado» [A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 256].

⁵³ Se trata de una «cláusula de excepción» *standard*, similar a las que figuran en los restantes instrumentos comunitarios sobre Derecho aplicable. Para un estudio de los fundamentos y evolución de las cláusulas de escape, véanse dos referencias clásicas: C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, Georg, 1983; D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.): *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions – ou le principe de proximité. XIV^e Congrès International de droit comparé*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1994.

⁵⁴ Aunque con diferencias, la regulación del Reglamento 650/2012 sigue el patrón fijado por la Ley suiza de Derecho internacional privado (LSDIP) de 1987 y por el Convenio de La Haya, ya que sólo tolera una opcionalidad básica.

11. En este contexto normativo, se ha sostenido, como ya hemos apuntado⁵⁵, que las soluciones del Reglamento 650/2012 son «*largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties*». Para ilustrar esta apreciación, Bonomi aduce los ejemplos del reconocimiento de la *professio iuris*, de la preferencia por la residencia habitual como criterio de competencia judicial y de designación de la ley aplicable, del establecimiento de un régimen favorable a las disposiciones *mortis causa*, como los pactos sucesorios, y del protagonismo que, en la contestación de estas medidas liberales, puede cobrar el orden público en defensa de las reglas nacionales de protección de los familiares del causante⁵⁶. Sin embargo, no han faltado comentaristas que, con sólidos argumentos, han matizado el alcance real de estas pretendidas manifestaciones de la libertad testamentaria⁵⁷. Dejando apartada, por ahora, la elección de la ley sucesoria, que examinaremos más adelante, nos quedarían tres expresiones de esta orientación propiciadora de la libertad de disposición por causa de muerte –la residencia habitual, los contratos sucesorios y el orden público– sobre cuya idoneidad conviene detenerse siquiera momentáneamente.

12. Más allá de las dificultades evidentes que plantean la definición y concreción⁵⁸ de la residencia habitual, su utilización por el Reglamento 650/2012 como conexión objetiva de base para determinar la *lex hereditatis* es uno de los grandes hitos del instrumento⁵⁹ y, como se ha avanzado, un posible factor de ensanchamiento de la libertad de disposición del causante, ya que, bajo este punto de vista, la preferencia reglamentaria por la última residencia habitual del *de cuius* como criterio de conexión permite que éste flexibilice la designación de la ley aplicable, pues si opta por establecerse en un Estado cuyo derecho no conozca la legítima disfrutará de una mayor libertad de actuación a la hora de testar⁶⁰. Varios son, empero, los comentarios que merece este razonamiento. El primero es hacer notar que, en esta hipótesis y a diferencia de la contemplada en el art. 22 RS, se habla de libertad testamentaria pero no de

⁵⁵ Véase, *supra*, nota 42.

⁵⁶ A. BONOMI, *op. cit.* en nota 42, pp. 39-40 y 592-593.

⁵⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 378-388. La explicación que viene a continuación se ajusta al esquema diseñado por S. Álvarez González para puntualizar la tesis de A. Bonomi.

⁵⁸ Al igual que es propio de los Convenios de La Haya, el Reglamento 650/2012 no contiene una definición legal de residencia habitual y, como dice acertadamente J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [«Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 8 (2016-1), p. 61] el problema técnico que ello supone ha sido «específicamente buscado por el legislador europeo», que, si bien «ha rechazado la posibilidad de seguir una “metodología mecanicista” para precisar la residencia habitual del causante», al no exigirle una duración determinada ni unos requisitos de calidad adicionales, sí que se ha preocupado de proporcionar una «“guía metodológica operativa” para concretar la residencia habitual del causante, de modo que el operador jurídico sí que podrá hallar[la]». Concluye Carrascosa que «[e]s evidente que ello supone dejar la cuestión a la labor de los tribunales y que se trata de una opción de política jurídica perfectamente consciente [porque] [d]onde no llega el Reglamento, llegarán los tribunales, los notarios y las demás autoridades que aplican el DIPr. europeo». Ahora bien, el RS maneja –aunque no defina– «*an overall, weighted, casuistic concept of the notion of habitual residence*», ya que, en tanto que global, «*a range of indications needs to be verified*»; por ser ponderado, «*the importance of each element is to be assessed*»; y, en cuanto casuístico, «*the elements will be considered will always need to be analysed meticulously on a case-by-case basis*» [A.-L. CALVO CARAVACA, «Article 21», en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.* (ed.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 303-305].

⁵⁹ A diferencia del CLH89, en el que la residencia no acaba de imponerse con claridad a la nacionalidad como conexión primordial en materia sucesoria, la codificación europea del DIPr de las sucesiones asumió desde el inicio que la solución objetiva habría de ser la residencia habitual del causante (véase, el informe DÖRNER/LAGARDE, *op. cit.* en nota 44, pp. 99-100 (francés) y 261-262 (alemán)).

⁶⁰ En el párrafo entero («Article 21», *op. cit.* en nota 42, p. 312) en el que argumenta su posición, dice A. BONOMI: «*Dans plusieurs États membres, le passage à la résidence habituelle a pour effet de flexibiliser le droit des successions et d'accroître sensiblement la marge de manoeuvre du de cuius. Tel est le cas dans de nombreux États qui adoptent actuellement le rattachement à la nationalité. En effet, le ressortissant d'un de ces États pourra désormais modifier les règles applicables à sa succession en déplaçant sa résidence habituelle à l'étranger. Dans ce cas, le droit de la nouvelle résidence habituelle s'appliquera à l'ensemble des biens successoraux. Par ce biais, le de cuius peut se ménager une plus grande liberté quant à la disposition de son patrimoine en choisissant de s'établir ... dans un État no prévoyant pas de réserve successorale ou d'autres règles équivalentes. Cette avancée de la liberté testamentaire se fait inévitablement aux prix d'une certaine fragilisation des règles protectrices des membres de la famille*». Es irrefutable que la residencia habitual es un punto de conexión más maleable que la nacionalidad, el domicilio o el lugar de situación de un bien inmueble que, en DIPr comparado, se han utilizado de ordinario para ubicar internacionalmente una sucesión, pero la posibilidad de flexibilización de la localización que es inherente a su empleo no tiene por qué basarse ni desembocar en un resultado material determinado.

autonomía de la voluntad, lo cual, como se ha aclarado en el párrafo 4⁶¹, no sería totalmente improcedente, siempre que se tenga presente que, en supuestos como el previsto en el art. 21 RS, en los cuales los sujetos –aquí el causante– pueden operar sobre el elemento conector –aquí la residencia habitual–, estaríamos ante una *indirekte o unechte Verweisung*, esto es, una mera autonomía o remisión indirecta o impropia, carente de alcance conflictual, pues, aun cuando, mediante ella, se habilite una actuación de las partes, ésta, de producirse, sería previa a la intervención de la norma de conflicto, la cual, a la postre, operará con independencia de la voluntad real de las partes e indiferente por completo a la misma⁶². Una segunda observación a este planteamiento guarda relación con las motivaciones que pueden estar detrás del comportamiento del *de cuius*, porque presumir que todo cambio de residencia que redunde en una alteración de la ley sucesoria deriva de la intención de acogerse a un régimen legitimario más laxo que favorezca la libertad de disposición, entraña correr el riesgo de sobreponderar esta razón en detrimento de otras, como la búsqueda de un clima más benigno o de un menor coste de la vida, que pueden también haber guiado una decisión de esta naturaleza⁶³. La última reflexión que sugiere la idea de la residencia habitual como conexión propiciadora de la libertad de testar es la de que quizás no tiene del todo en cuenta los condicionantes a los que el art. 21 RS somete la solución objetiva, que rebajan la fuerza de dicha orientación material. Así, por un lado, el precepto alude a la última la *última* residencia habitual del disponente, lo que mengua sensiblemente su capacidad planificadora *mortis causa*, pues cualquier residencia previa –en el momento de otorgar testamento, por ejemplo– no será tomada en consideración, y por más que, en DIPr comparado, la *lex residentiae tempore dispositionis* nunca se haya percibido como una alternativa viable, sí que el Reglamento hubiera podido aceptarla, al igual que el CLH89⁶⁴, como una de las leyes potencialmente elegibles por el profesante cosa que verdaderamente hubiera comportado una ampliación de su libertad de disposición⁶⁵; por otro lado, el pretendido margen de maniobra de que, gracias a la conexión de la residencia habitual, goza el causante podría quedarse en nada por la supervisión global que de la solución objetiva lleva a cabo la cláusula de excepción, la cual entraría en liza si, después del trasladado de su residencia, el *de cuius* mantuviera vínculos manifiestamente más estrechos con el país de procedencia⁶⁶.

13. Por lo que atañe a los pactos sucesorios, la percepción de que su regulación en el instrumento europeo era una prueba del carácter liberal del mismo y de su proclividad a incrementar la libertad de disposición *mortis causa*⁶⁷ parece haberse desvanecido en gran parte a la luz del texto definitivo del Reglamento 650/2012⁶⁸, el cual, con respecto al de la PR, incorpora tres cambios sustanciales –la

⁶¹ En particular, véase, *supra*, nota 15.

⁶² En palabras de K. BRATVOGEL (*op. cit.* en nota 11, p. 64), en situaciones como la que nos incumbe, «[d]ie Bedeutung des Parteiwillens endet aber bereits vor dem Eingreifen bzw. vor der konkreten Einschlägigkeit der Kollisionsnormen. Bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts wird gar nicht mehr danach gefragt, ob die Parteien die Anwendung des Rechts des Landes, in dem sie den Anknüpfungspunkte verwirklicht haben, wirklich wollen. Vielmehr kommt das maßgebliche Recht völlig unabhängig von einem eventuell vorhandenen dahingehenden Wunsch der Parteien zur Anwendung».

⁶³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 379. En ausencia de estadísticas que lo desmientan, resume Álvarez González su punto de vista sugiriendo que tal vez el *de cuius* se ha procurado «la felicidad en vida y no la seguridad de que su libérrima voluntad será respetada tras su muerte».

⁶⁴ El art. 5.1 CLH89 establece que «[c]ualquier 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 y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 256).

⁶⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 379-380.

⁶⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 379.

⁶⁷ A. BONOMI, «Testamentary Freedom ...», *loc. cit.* en nota 42, pp. 608–609; «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, XLVI (2010-4), pp. 902-905; «Quelle protection ...», *loc. cit.* en nota 42, pp. 268–270.

⁶⁸ En su obra de referencia, los comentarios que A. BONOMI dedica a esta idea son mínimos y genéricos, ya que solamente invoca el espíritu liberal de la reglamentación europea para ensalzar su reflejo en el régimen muy favorable que tienen las disposiciones por causa de muerte («Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 39), mencionando entre ellas, casi de pasada, los pactos sucesorios («Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 593). Con todo, lo verdaderamente paradójico es que, en el análisis detallado que hace de éstos («Article 26», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 429-449), nunca trae a colación el tema.

eliminación, en caso de conflicto móvil, de una aplicación alternativa, en favor de la validez del pacto referente a la sucesión de una persona, de la *lex hypothetici successionis* (la que sería la ley sucesoria si la defunción se hubiera producido el día de la conclusión del acuerdo) y la *lex successionis*; la sustitución de una solución igualmente alternativa *in favorem validitatis*, fundada en la observancia de la ley potencialmente aplicable a la sucesión de cualquiera de los intervinientes en un pacto concerniente a la sucesión de diversas personas, por una conexión cumulativa que sujeta la admisibilidad de dichos pactos al visto bueno de la *ley sucesoria anticipada* de todos los estipulantes; y la supresión de la alusión expresa a la legítima de los terceros, protegida por la *lex hereditatis* frente a una eventual lesión causada por la *lex contractus*— que, por más que hayan sido bien recibidos por la doctrina especializada⁶⁹, no llevan ampliación alguna del margen de libertad que tiene la persona —o las personas— de cuya sucesión se trate a la hora de disponer *mortis causa* de sus bienes. Yendo de lo particular a lo general, las razones de esta intrascendencia son, por un lado, que la única diferencia relevante en este tema entre el RS y la PR —la falta de mención de la legítima de terceros ajenos al pacto— debe interpretarse, sobre la base del cdo. 50 RS, en el sentido de que el tenor de la normativa rectora del pacto no puede ir en menoscabo de la protección que la ley sucesoria brinda a los derechos legitimarios de *todos* los herederos forzosos, hayan o no participado en el otorgamiento del contrato hereditario; por otra parte, que la legítima depende siempre de la *lex successionis*, no de la legislación que gobierna el acuerdo, por lo que, a la postre, «el sesgo de la orientación material en la búsqueda de la ley aplicable al pacto sucesorio es *indiferente* para los sistemas legitimarios»⁷⁰.

14. Corregido y aumentado, lo que se acaba de exponer con relación a los convenios sobre herencia futura es predicable de la excepción de orden público. En efecto, la inexistencia en el Reglamento 650/2012 de una regla comparable al art. 27.2 de la Propuesta —que venía a descartar que la disparidad legitimaria pudiera alegarse como fundamento para la intervención de este correctivo funcional⁷¹ y que tantas reservas había suscitado acerca de su misma inclusión⁷², su redacción⁷³ y su verdadero alcance⁷⁴—,

⁶⁹ Para una lectura favorable a estas modificaciones, véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 289-371.

⁷⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 385.

⁷¹ Rezaba —erróneamente— el precepto: «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» [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁷² Alejada del mundo académico, una muestra de discrepancia con el tratamiento que el art. 27.2 PR daba a la legítima lo hallamos en las resoluciones que las dos cámaras parlamentarias de la República Francesa adoptaron al respecto. Así, la Asamblea Nacional, luego de deplorar la «*protection insuffisante des droits du conjoint et des enfants du défunt*» que proporcionaba la PR, reclamaba a la Comisión la introducción de «*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 decía: «*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).

⁷³ La versión española del apartado contenía un grave error de traducción —para cuya detección bastaba con confrontarla con las escritas en otras lenguas oficiales de la Unión Europea, como la alemana [KOM(2009) 154 endgültig, p. 24], la francesa [COM(2009) 154 final, p. 23], la inglesa [COM(2009) 154 final, p. 22] o la italiana [COM(2009) 154 definitivo, p. 24]—, que le hacía decir justamente lo contrario de lo que debiera, a saber: «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». Como se desprende de las actas de la Cámara de Representantes belga, el texto neerlandés habría cometido una equivocación similar (véase, http://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/standpunt_belgische_kamer_van/f=/vib7jdwoiws4.pdf, p. 11, nota 2).

⁷⁴ En Alemania, existía el temor de que una imposibilidad de recurrir al orden público frente a un derecho extranjero ignorante de la legítima y de mecanismos tuitivos comparables contravendría el art. 14.1 del *Grundgesetz* —el cual, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005 (ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050419.1bvr164400), garantiza el *Pflichtteilsrecht* de los hijos— y llevaría a aplicar la tesis de la compatibilidad entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional de la República Federal, fijada por el *Bundesverfassungsgericht* en su Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986 (H. DÖRNER, «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 17 (2010-5), p. 227). En Francia e Italia, el debate era más sutil, puesto que, partiendo de los redactados del art. 27.2 PR en sus lenguas nacionales, que hablaban, res-

deja la salvaguarda del orden público en manos de una cláusula general ordinaria⁷⁵ –el art. 35 RS–, cuya activación habrán de ponderar, caso por caso, los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en función de los principios y valores que estiman absolutamente irrenunciables en materia sucesoria. Entre éstos, al principio de igualdad⁷⁶, no discutido en Europa por nadie, tiene que añadirse el de la protección de los familiares del causante cuando el DIPr del foro le reconozca esta cualidad de esencial, cosa que la jurisprudencia –variando perceptiblemente de un país a otro⁷⁷– pocas veces ha hecho. Para lo que aquí interesa, de lo antedicho cabe concluir que la supresión del art. 27.2 PR implica privar a los sistemas legitimarios de un mecanismo específico de defensa frente a ordenamientos extranjeros que atentasen –faltaría puntualizar en qué dirección⁷⁸– contra sus postulados fundamentales. En todo caso, el «borrado» del precepto «hace desaparecer un argumento favorable (cualquiera que fuera su interpretación más adecuada) a la consideración de que la PR se orienta[ba] hacia la concesión de mayor libertad de disposición al causante»⁷⁹.

15. Hemos dejado para el final el examen de la profesión de ley, porque es el indicio aparentemente más sólido de la influencia real de la libertad de disposición *mortis causa* en la regulación conflictual de las sucesiones⁸⁰. Efectivamente, parece fuera de duda que, además⁸¹ de tener una vertiente formal

pectivamente, de «modalités concernant la réserve héréditaire» [COM(2009) 154 final, p. 23, énfasis nuestro] y de «modalità ... in relazione alla legittima» [COM(2009) 154 definitivo, p. 24, énfasis nuestro], se sugirió que, al referirse a «modalidades de legítima», el art. 27.2 PR pensaba en la variabilidad de ésta –por lo que respecta a su cuantía, su naturaleza o su configuración–, pero que no había tenido nunca en mente la hipótesis de su inexistencia [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. 404; A. BONOMI, «Prime considerazioni...» *cit.* en nota 67, p. 893].

⁷⁵ Que, según S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*loc. cit.* en nota 40, p. 386), se contrapondría a una «cláusula especial negativa de orden público», como la que albergaba el art. 27.2 PR.

⁷⁶ Sobre su incidencia en el Reglamento 650/2012, véase A. BONOMI, «Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 584-590.

⁷⁷ Ciñéndonos a los grandes países de la Unión Europea, puede, por una parte, agruparse a Italia y España, cuyos tribunales han establecido –no sin dudas previas– que la institución de la legítima no está «tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico» [Sentencia de la *Corte di cassazione*, de 24 de junio de 1996 [RDIPP, XXXVI (2000-3), p. 786] o que «no pertenece a materia protegida por el orden público interno» [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6401), FJ 8º *in fine*]; y, por la otra, a Alemania y Francia, donde la evaluación es más compleja. En Alemania, como ya se ha indicado (*supra*, nota 74), la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, de 19 de abril de 2005 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 1561-1567), ha supuesto un punto de inflexión en el enfoque del problema, porque, al determinar que el art. 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn 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. Por último, en Francia, en donde el tema nunca ha estado claro, cobran gran valor las Sentencias de la *Cour de cassation*, de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:FR:CCASS:2017:C101004 y ECLI:FR:CCASS:2017:C101005), en las cuales la Sala ha dictaminado «qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels». Ambas decisiones pueden consultarse en la página web de la *Cour* (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1005_27_37694.html y https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1004_27_37690.html).

⁷⁸ La impresión generalizada de que el art. 27.2 PR era «una norma que impedía activar el orden público en materia de legítimas frente a leyes extranjeras más liberales que la ley de[] foro», debería, a criterio de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*loc. cit.* en nota 40, p. 387), matizarse, porque, «en su literalidad, la situación contraria también tendría cabida; es decir, la cláusula podría impedir que la ley del foro, basada en la absoluta libertad de testar, pudiese activar la excepción de orden público contra la ley sucesoria extranjera que restringiese esta de manera amplia»; lo cual la convertía, en realidad, en una cláusula neutra, que «impediría la acción del orden público en las dos direcciones: frente a leyes que otorgasen una absoluta libertad de testar, pero también frente a leyes que previesen un estricto sistema legitimario con un mínimo (o sin él) margen de maniobra a la libertad de disposición del causante».

⁷⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 388.

⁸⁰ Procede recordar aquí que, en tanto que ejercicio directo de la autonomía que es –no indirecto, como el cambio de residencia habitual–, la *professio iuris* permite excluir el *ius cogens* eventualmente protector de la legítima del ordenamiento aplicable en defecto de elección.

⁸¹ El primero en detectar el carácter híbrido, a la vez formal –solución de compromiso entre la conexión de la nacionalidad y la del domicilio– y material –como modo de preservar los intereses del causante en disponer con la máxima libertad– de la *professio iuris* fue F. VISCHER [«Die erbrechtliche professio iuris und der schweizerisch-amerikanische Staatsvertrag von 1850», *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, XXII (1965), p. 68]. En la doctrina contemporánea, predomina, no obs-

innegable, que permite superar la eterna oposición entre la nacionalidad y el domicilio a la hora de «localizar» el centro de gravedad de una sucesión internacional⁸², la norma de conflicto que autoriza a designar la *lex hereditatis*, como cualquier otra que tenga carácter sustancial, incorpora una «*volonté d'accepter les résultats de droit matériel*» previstos por la legislación elegida⁸³, dado que es razonable pensar que en la decisión del *de cuius* ha resultado determinante un propósito de derecho material, que puede ser de muy diversa índole –la búsqueda de «un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, [de] un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno prescrito por una concepción de la legítima como *pars bonorum*, [de] un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba»⁸⁴–, pero lo más lógico es presuponer que al profesante le ha motivado, sobre todo, la obtención de la mayor libertad de disposición posible o, dicho a la inversa, la sujeción al sistema legitimario menos estricto de entre los susceptibles de elección⁸⁵. Sea cual sea el móvil que haya inducido al testador a servirse de la *professio iuris*, si lo hace conforme al DIPr de la Unión Europea, debe seguir las pautas estipuladas en el art. 22 RS, que son, en esencia, las que se relacionan a continuación. Primeramente, pese a que, incomprensiblemente, la versión española del Reglamento lo haya omitido⁸⁶, la designación del causante ha de abarcar todo el patrimonio hereditario –excluyéndose, así, la posibilidad de una *professio* parcial–⁸⁷. En segundo lugar, se reconoce al testador una opcionalidad básica, que únicamente le faculta para apartarse de la ley de su última residencia habitual –propuesta por

tante, la convicción de que, en la profesión de ley, el elemento sustantivo prevalece sobre el conflictual (véase, por todos, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, pp. 257-258 y 316-317).

⁸² De ahí el título del famoso estudio de A. E. VON OVERBECK citado, *supra*, en la nota 30.

⁸³ A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/2, *Partie générale - Droit applicable*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 99. A su vez, P. M. PATOCCHI, aunque adscribe las reglas con una conexión subjetiva –la voluntad de las partes– a las normas de conflicto de carácter sustancial, es consciente de que presentan la particularidad de que, a diferencia del resto de disposiciones con una finalidad material, en ellas, no se concreta –ni siquiera implícitamente– el efecto jurídico material perseguido, sino que sólo se faculta a los particulares para designar la ley aplicable «*selon leur intérêt, cet intérêt pouvant varier d'un choix concret à l'autre*» (*op. cit.* en nota 37, p. 121). Esta divergencia trasluce una más profunda que es la de que, en las reglas materialmente orientadas basadas en conexiones alternativas o en conexiones jerárquicas sucesivas, la norma acoge un *designio de política legislativa* predeterminado –*favor alimentis, favor filiationis, favor matrimonii, favor testamenti*–, en tanto que los preceptos de cariz material fundados en la voluntad de las partes no incorporan una directriz sustantiva latente, sino que abren la puerta a que sean los intervinientes los que, gracias a su autonomía, velen por sus intereses, necesariamente desde su particular punto de vista, sin intromisiones del poder público. Cabría, no obstante, interrogarse acerca de si este esquema se cumple cuando, como ocurre en la profesión de ley, los sujetos concernidos no hacen otra cosa que decantarse por una de las opciones propuestas por el legislador a partir de su nexa con la situación privada internacional; mas, como subraya A. BUCHER (*loc. cit.* en nota 39, p. 136), «*il n'en demeure pas moins que, dans le cadre restreint ainsi fixé, les parties disposent d'une véritable possibilité de choix qui va jusqu'à leur permettre de sélectionner le droit matériel qui leur convient le mieux en raison de son contenu. L'objectif matériel est donc également présent dans ces cas*».

⁸⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 382-383.

⁸⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, pp. 257-258 y 317.

⁸⁶ En castellano, el art. 22.1 RS dictamina que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 120), olvidándose de especificar para regular qué puede el causante elegir su derecho nacional. Este despiste de los traductores cuesta de entender si se para mientes en que, por una parte, el texto español del art. 17.1 la Propuesta era correcto [«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, énfasis nuestro], y, por la otra, las versiones que suelen servir de guía a nuestros juristas lingüistas, como la francesa [«*Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès*» (*Journal officiel de l'Union européenne*, L 201, du 27 juillet 2012, p. 120, énfasis nuestro)] o la inglesa [«*A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death*» (*Official Journal of the European Union*, L 201, of 27 July 2012, p. 120, énfasis nuestro)], no muestran esta laguna.

⁸⁷ Proscrita por el Reglamento, una designación de ley que afecte solamente a una parte del caudal relicto sería aceptable, a criterio de A. BONOMI («Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 341-342), cuando los tribunales de un Estado miembro hubieran de decidir, sobre la base del art. 10.2 RS, la suerte sucesoria de bienes sitos en su territorio (radicando el resto en un tercer Estado) para cuya regulación el causante, en un «*separate will*», ha escogido la ley del foro. Con profundo conocimiento de la realidad práctica, abunda en esta problemática A. RIPOLL SOLER [«Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*», *Revista de Derecho Civil*, III (2016-2), pp. 44-47], para quien, estando claro que la elección de ley ha de abarcar toda la herencia y siendo a la vez posible la existencia de testamentos parciales, puede darse la circunstancia de que el ámbito de la profesión de ley y el del testamento no coincidan; en cuyo caso, en opinión del autor, se impone la viabilidad de estas *professiones* de alcance global pero de eficacia limitada *ratione rei sitae*, siempre que esta solución sea compatible con el conjunto de disposiciones *mortis causa* otorgadas por el testador.

el legislador— en beneficio de la de su nacionalidad⁸⁸; no obstante —a diferencia de la Propuesta, que nada preveía al respecto⁸⁹—, en el RS este margen tan estrecho de maniobra se ve aumentado tanto por la adopción de una solución alternativa en caso de conflicto móvil —según la cual, la nacionalidad del profesante, que le habilita para escoger la normativa correspondiente a la misma, se puede apreciar bien en el momento de la elección bien en el de la defunción⁹⁰—, como por la aceptación, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de otros instrumentos comunitarios, de que todos los vínculos nacionales tienen idéntico valor y de que, por tanto, el *de cuius* puede optar, en igualdad de condiciones, por la legislación correspondiente a cualquiera de ellos⁹¹. En tercer término, acerca de la forma del acto de elección, el Reglamento, más generoso que la Propuesta⁹², accede a que la designación del derecho aplicable se pueda hacerse expresamente o resultar de los términos de la disposición por causa de muerte⁹³, lo que ya es —y con seguridad lo continuará siendo— motivo de controversia⁹⁴. En cuarto lugar, la regulación europea sujeta, sin novedades ni sorpresas, la validez sustancial de la cláusula de elección a la *lex electa*⁹⁵. En última instancia, en cuanto a la modificación o revocación de la *professio iuris*, el instrumento sólo parece interesarse por su forma —y da la impresión de que se desentiende del fondo⁹⁶—, subordinando la validez de la misma a la observancia de las formalidades que se requieren para la modificación o revocación de las disposiciones hereditarias⁹⁷. A la vista del régimen de elección de ley consagrado en el Reglamento

⁸⁸ *In nuce*, es la fórmula que recogen la LSDIP [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...» 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 de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 718-719)] y el CLH89 [art. 5.1: «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 y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 256].

⁸⁹ Como se ha dicho *supra*, nota 86, el art. 17.1 PR autorizaba al *de cuius* a «... designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee ...» [COM(2009) 154 final, p. 21], sin prever el conflicto móvil.

⁹⁰ El ya reseñado en la nota 86 art. 22.1 RS establece que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» (DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 120, énfasis nuestro).

⁹¹ Así lo prescribe el art. 22.1.2 RS al estipular que «[u]na persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹² El art. 17.2 PR decía que «[l]a citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» [COM(2009) 154 final, p. 21]. Una interpretación adecuada de este precepto, cuya redacción española era equívoca, había de concluir que la Propuesta solamente contemplaba la opción expresa [sobre esta problemática, véase nuestro trabajo «La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *Revista Española de Derecho Internacional*, LXII (2011-2), pp. 137-139].

⁹³ Decreta el art. 22.2 RS que «[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo». Para un examen pormenorizado del precepto, véase, *infra*, el párrafo 26.

⁹⁴ Véase, *infra*, el apartado IV.

⁹⁵ En la senda marcada por el segundo inciso del art. 5.2 CLH89 [«La existencia y la validez en cuanto al fondo del acto de designación se regirán por la ley designada» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 257)], que el art. 17.3 PR casi reproducía literalmente [COM(2009) 154 final, p. 21], el art. 22.3 RS estipula que «[l]a validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹⁶ Consciente de este déficit —ya perceptible en la Propuesta— y consecuente con la similitud negocial entre la *optio iuris* y su modificación o revocación, el *Max Planck Institut* propuso, en un articulado alternativo, supeditar éstas a las mismas normas que el art. 17 PR pautaba para aquélla en lo concerniente a la validez formal y sustancial de la declaración de voluntad del *de cuius* [MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL 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», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 74 (2010), p. 607].

⁹⁷ Con una fórmula introducida por el art. 5.3 CLH89 [«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» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 257)], que el art. 17.4 PR reitera con el añadido de la «modificación» de la declaración, el art. 22.4 RS dispone que «[c]ualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos

650/2012, que se acaba de describir sintéticamente, debe remarcar que, tal como está configurada –una opción en favor de la (actual) ley nacional en detrimento de la ley de la (postrera) residencia habitual–, «el valor añadido de la *professio iuris* no es tanto material sino de seguridad jurídica y de previsibilidad: la *professio iuris* asegura cuál será la ley sucesoria, pero no asegura que esa ley sea más favorable a la libertad del causante que la que sería aplicable en defecto de elección»⁹⁸.

16. Una vez analizadas las reglas del Reglamento 650/2012 que, supuestamente, son propicias al incremento de la libertad de disposición del causante, puede concluirse que, en realidad, únicamente –y aún con los matices reseñados– la profesión de ley encaja en este perfil. De ahí que vayamos a dedicar el apartado siguiente a tratar de averiguar si –y, en su caso, cómo– se articulan la libertad de testar y la *professio iuris* desde el momento en que, con todas las cautelas que se quiera, se proyecta la idea de que ésta representa en el DIPr los valores que aquélla encarna en el Derecho civil.

2. Libertad de testar y elección de la ley sucesoria

17. Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, la cuestión que ahora queremos abordar cabe plantearla en los términos siguientes: ¿la libertad testamentaria y la *professio iuris*, más allá de ser manifestaciones, ambas, de la autonomía privada que, no obstante, operan en dimensiones diferentes –material la libertad de disposición y formal la designación de la ley sucesoria–, guardan entre ellas una relación de dependencia o de causalidad? Como podría desprenderse de una primera impresión, ¿el plano conflictual se fundamenta o se basa en el sustantivo?

18. Para responder a estas preguntas nos serán de gran ayuda unas breves referencias históricas sobre el tema. Empezando por el comienzo, hay que recordar que el principio de libertad, uno de los pilares del ordenamiento jurídico romano, alcanza en el Derecho de sucesiones un carácter prácticamente absoluto⁹⁹, que no pierde sino desde finales de la época republicana¹⁰⁰, con la incipiente aparición de la porción legítima, la cual va a ir desarrollándose hasta cristalizar, escasos siglos más tarde, en el modelo justinianeo¹⁰¹,

formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 382.

⁹⁹ Textos de autores latinos –jurisconsultos o no– demuestran el valor de ley que la civilización jurídica romana concedía a la voluntad del testador. En este sentido, deben citarse algunos bien conocidos, que se remontan a QUINTILIANO [«*interest tamen supremae hominis voluntate legem favere*»] (*Declamationes quae supersunt CXLV*, revisión a cargo de C. RITTER, Lipsiae, Teubneri, 1884, CCLXIV, p. 78)] y ULPIANO [«*dicat testator et erit lex voluntas eius*»] (D 35.1.19), *op. cit.* en nota 8, t. II, p. 715]. Con todo, esta segunda frase no figura en tales términos en las fuentes, tratándose más bien una máxima jurídica que se ha derivado del citado pasaje del Digesto (*Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möhring und Gallus Strobel*, 7ª ed., München, Beck, 2007, p. 63, núm. 32).

¹⁰⁰ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, reimpresión de la 1ª edición, de 1934, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 106; asimismo, pp. 114 y 136. Hay versión española de la obra: *Principios del Derecho romano*, traducción de M. ABELLÁN VELASCO, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

¹⁰¹ Esta evolución, sumamente interesante, está explicada de manera excelente por A. FERNÁNDEZ BARREIRO [«Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana», *Revista General de Derecho Romano*, 7 (2006-2), pp. 18-25], quien hace constar que, desde mediados del siglo I a.C., «[l]a impugnación del testamento por inoficiosidad aparece ... como un instrumento de control social de la observancia de los deberes éticos derivados del officium pietatis en la cultura cívica del período republicano tras la difusión del testamento y el principio de libertad testamentaria» (p. 18); pero, apenas una centuria más tarde, ya se encuentra «fijada en la práctica judicial como cuota de suficiencia patrimonial la cuarta parte de lo que correspondería en la sucesión intestada al que pretende impugnar el testamento por inoficioso, siendo esa medida cuantitativa establecida por referencia a la cuarta Falcidia, de la que también se toman los criterios para su cálculo en relación con el activo hereditario neto» (p. 20). Con todo, la cuota «no nace como reconocimiento de un derecho patrimonial a la herencia por razón de parentesco [pues] se trata de un criterio procesal que se formula como excluyente en la admisión de la demanda de impugnación del testamento por inoficiosidad» (p. 21), y ésta es la razón por la que, de modo paulatino, «[e]n la práctica testamentaria se advierte la preocupación por efectuar las atribuciones patrimoniales pertinentes para evitar la impugnación del testamento por inoficiosidad; [y] por otro lado, en el ámbito judicial adquieren especial relevancia las operaciones de cuantificación del caudal neto de la herencia; de esta suerte, a la reducción de los legados establecida por la ley Falcidia se añade la de las donaciones realizadas en vida por el testador. Con ello, la cuota de suficiencia patrimonial acaba teniendo la consideración de portio debita, convirtiéndose de hecho en una limitación a la libertad de disposición testamentaria, y desde

que, con los cambios que experimenta a lo largo del *ius commune*¹⁰², ha llegado hasta el presente. Ciertamente es que, a raíz de la Recepción, el régimen romano-justiniano, fundado en la libertad de testar con los límites de la legítima, sufre en algunas zonas de Europa «*der Einfluß der territorialen Rechte*», los cuales, en muchas ocasiones resultado de una mezcla de las tradiciones sucesorias germánicas y las premisas religiosas dimanantes de la doctrina de la Iglesia –cuyo mayor exponente es la llamada «*Seelquote*»¹⁰³–, constituyen el precedente remoto de la «*réserve*» –y de la «*quotité disponible*»– del Derecho francés moderno¹⁰⁴. La interacción entre ambos sistemas –el romano y el territorial– desemboca en una serie de regulaciones que, con apreciables discrepancias, de concepto y de detalle, alcanzarán sin grandes enmiendas la era de la codificación¹⁰⁵. Con el advenimiento de ésta, el panorama varía sensiblemente, puesto que las pautas legitimarias justinianas que, en los países de Derecho común, habían pervivido

el plano de los beneficiarios por parentesco comienza a percibirse como un derecho patrimonial exigible al causante» (pp. 21-22). A la vista de esta progresión, puede afirmarse que, desde el siglo IV, «prevalece ya la consideración sustantiva de la portio debita [dado que] [p]ara salvar la institución de heredero se reconoce al testador la facultad de ordenar que fuese sometida a decisión arbitral la controversia sobre la integración de la cuarta portio cuando pudiera resultar inferior a la que correspondía al beneficiario» (p. 24). El derecho justiniano sigue, en un primer momento, este planteamiento, en el que «se sitúa la creación de una acción procesal para completar la portio debita y las medidas para reintegrar el caudal hereditario reduciendo las donaciones excesivas hechas en vida por el causante, [p]ero un cambio sustantivo se produce con la regulación dispuesta en la Nov. 115 (año 542), que otorga a ascendientes y descendientes la condición legal de herederos e impone al testador la obligación de instituirlos; con ello adquieren ya en vida una expectativa patrimonial hereditaria, denominada cuota legítima, que debe serles atribuida en calidad de herederos al menos en una mínima parte, pudiendo ser dejada la cuantía restante a otro título. La falta de institución hereditaria o la desheredación sin causa justificada permiten la impugnación del testamento por inoficiosidad, con el resultado de rescindir las instituciones de heredero y la apertura de la sucesión intestada. Por otro lado, la cuantía de la legítima de los descendientes es aumentada a un tercio de la cuota ab intestato, o una mitad cuando concurren más de cuatro hijos, dejando la cuarta parte para los ascendientes; esa misma cuota se atribuye a los hermanos cuando resulten postergados por una persona indigna» (pp. 24-25). El resultado es un sistema de herencia forzosa en el que «el término heredero necesario, que había nacido en el antiguo *ius civile* en relación con el carácter forzoso de la sucesión legítima de los descendientes, adopta ahora el significado de parientes a los que el testador debe designar necesariamente herederos en virtud de un mandato legal que crea, además, la nueva condición de herederos legitimarios» (p. 25). A fin de cuentas, «[l]a debita portio se convierte en portio legítima, y se configura como intangible, prohibiéndose el pacto de renuncia a la misma. Deja de ser definitivamente un presupuesto procesal de inadmisibilidad de la demanda de impugnación del testamento y adquiere la naturaleza de *pars hereditatis* exigible al testador. La fundamentación cultural de la legítima es el antiguo *officium pietatis*, que pierde el sentido ético que le era propio al convertirse en una obligación legal la atribución de la portio debita y en un derecho patrimonial a la herencia la cuantía de la misma también establecida por la ley» (p. 25).

¹⁰² Esta trayectoria ha sido bien relatada por H. COING [*Europäisches Privatrecht*, vol. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, Beck, 1985, pp. 610-615; hay traducción castellana de A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho privado europeo*, t. I, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996], al repasar, primero, las principales características de la legítima justiniana para, luego, analizar los focos de discusión (naturaleza, cargas, círculo de legitimarios, cálculo, necesidad de institución formal, causas de exclusión, sanción en caso de inobservancia, mecanismos de defensa) que la deficiente regulación de la figura suscita entre los exegetas durante este extenso período.

¹⁰³ La «*Seelquote*» o «*Seelteil*» partía de la idea de que la herencia de una persona había de deferirse a sus familiares más cercanos, ante todo los hijos, salvo una porción que, en aras de la salvación del alma, podía ser objeto de libre disposición a favor de los pobres y la Iglesia [J. BONGARZ, «*Noterben, Noterbrecht*», en A. ERLER/E. KALFMANN (ed.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. II, *Haustür-Lippe*, Berlin, Schmidt, 1978, consulta electrónica (https://www.hrgdigital.de/download/pdf/noterben_noterbrecht.pdf), quien textualmente dice «*Nachdem unter Einfluss der Kirche letztwillige Zuwendungen an Arme oder die Kirche überhaupt erst zugelassen worden waren, konnten diese nur im Rahmen eines festgelegten Freiteils oder einer "Seelquote" erbracht werden, während der Rest den Verwandten als Erbe zufiel*». Según E. F. BRUCK (*Kirchenväter und soziales Erbrecht. Wanderungen religiöser Ideen durch die Rechte der östlichen und westlichen Welt*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1956, p. 2), Basilio el Magno y, después de él, los otros grandes padres de la Iglesia de Capadocia fueron los primeros en abogar por la «cuota del alma», que, en el Occidente europeo, no se afianzó hasta unas centurias más tarde, sobre todo a partir de las leyes visigóticas y las «*Brehon Laws*», las cuales, desde Irlanda, irradiaron su práctica al resto de islas británicas y al corazón del continente (pp. 147-240).

¹⁰⁴ Para el estudio de las raíces *coutumières* de la *réserve* del *Code Napoléon*, véase M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil: la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

¹⁰⁵ Sobre este abanico de disparidades, que afecta, entre otros aspectos menores, a la esencia de la reserva *pro salute animae* –que, para el derecho castellano, no es sino una legítima aumentada, mientras que, para el francés, es una limitación específica de la libertad de testar que puede convivir con la *portio legitima*– y la cuantía de los derechos legitimarios –que, en la misma península ibérica, va de las cuatro quintas partes del haber hereditario, vigentes en Castilla, a la inexistencia de los mismos, como ocurre en Aragón, donde la construcción justiniana no llega a recibirse–, véase H. COING (*op. cit.* en nota 102, pp. 615-618).

hasta entonces, empiezan a padecer el embate, a veces decisivo, de dos nuevos sistemas que terminarán por imponer su ley en la mayor parte de Europa: por un lado, el modelo austro-prusiano –luego recogido por el *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*–, en el que el legitimario –sin ser coheredero– tiene una participación en el valor de la herencia que lo convierte en acreedor de la misma por el importe de la legítima; por otro lado, está el régimen francés del *Code* –exportado a diversos ordenamientos romanistas– que escinde el patrimonio de las personas con *héritiers à réserve* en dos partes, una destinada a éstos, de la que el causante no puede desprenderse a título gratuito, y otra que tolera los actos de libre disposición, respecto de los cuales está permitido, no obstante, que los legitimarios ejerciten la *action en réduction* si lastiman la reserva patrimonial prevista en su favor¹⁰⁶. Si se recapitula lo acontecido durante los más de dos milenios considerados, se concluye que el margen cuasi omnímmodo de libertad del que disfrutó el testador en el Derecho romano primigenio no se ha vuelto a dar, porque, reducido progresivamente en la época imperial hasta la forja del modelo legitimario justiniano y condicionado en los derechos territoriales medievales por la acción combinada de las costumbres germánicas y la doctrina de la Iglesia, tampoco recobra su pretérita grandeza con las codificaciones, pues, a pesar de que el marco económico, político y social –crisis del Antiguo Régimen y auge del liberalismo– así como el ideológico e intelectual –desarrollo de la Ilustración– pudiera hacer creer lo contrario, los cuerpos legales decimonónicos, por más que tomen medidas renovadoras, como la supresión del fideicomiso universal o el reforzamiento de la posición del cónyuge, mantienen –con las notables diferencias que hemos podido ver– la legítima como institución básica de las relaciones patrimoniales familiares.

19. En este contexto histórico, avanzado el siglo XIX, culminadas ya la codificación francesa y la italiana y pendientes aún la española y la alemana, Laurent escribe su *Droit civil international*, colosal tratado que consagra varias de sus páginas a la autonomía de la voluntad, tanto en general como en particular a la del causante. El profesor belga, que participaba de las tesis de Mancini favorables a la autonomía de las partes¹⁰⁷, considera que ésta ha de prevalecer en aquellas relaciones jurídicas que dependen por entero de la voluntad humana¹⁰⁸. Entre las mismas se hallan sin duda las relaciones contractuales¹⁰⁹, pero, para él, igualmente las sucesorias dimanadas de un testamento, pues, tratándose de un negocio de este tipo, «*c'est la volonté du defunt qui tient lieu de loi*»¹¹⁰. La semejanza entre estas palabras («es la voluntad del difunto la que hace las veces de ley») y las que, equivocadamente¹¹¹, se atribuyen a Ulpiano («hable el testador y su voluntad será ley») podría dar a entender que, pese a las vicisitudes por las que la cuestión ha pasado, desde Roma hasta los códigos todavía vigentes, todo permanece igual. Sería, no obstante, una apreciación errónea, porque, tanto bajo un punto de vista interno como desde una óptica

¹⁰⁶ Este período, en el que conviven el languidecimiento del *ius commune* y la emergencia, con los rasgos descritos, de los patrones que, en materia de legítima, marcarán el futuro está bien resumido por H. COING (*Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München, Beck, 1989, pp. 630-632; hay traducción castellana de A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho privado europeo*, t. II, *El siglo XIX*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996).

¹⁰⁷ La admiración que profesa a P. S. Mancini lleva a F. LAURENT a dedicarle toda la obra (*Droit civil international*, t. I, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1880, p. V).

¹⁰⁸ F. LAURENT, *op. cit.* en nota anterior, t. I, pp. 633-634. Los términos en los que se manifiesta Laurent son: «*il faut dire que les faits juridiques où la volonté de l'homme domine ne sont pas assujettis à la loi nationale des personnes qui y figurent; le législateur n'entend leur imposer aucune règle; il se borne à prévoir ce qu'elles veulent, en leur permettant de vouloir autre chose; tout dépend donc de leur volonté, et ce qu'elles veulent leur tient lieu de loi*» (énfasis nuestro).

¹⁰⁹ La supeditación de las obligaciones convencionales al arbitrio de los particulares –uno de los ejes de su construcción– es invocada por F. LAURENT continuamente. Con todo, hay páginas en las que queda reflejada de forma singularmente escueta y concluyente: «*dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles seront régies*» (*op. cit.* en nota 107, t. II, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1880, p. 383).

¹¹⁰ F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. II, p. 242. En el capítulo referente al Derecho de sucesiones, el autor abunda en la misma línea argumental, que, en algún párrafo, está bien resumida: «*il [le testateur] est libre de faire telles dispositions qu'il lui plaît de prendre; c'est sa volonté qui tient lieu de loi, et l'autonomie exclut l'idée d'une loi ou d'un statut qui oblige le disposant. Même dans le lieu où il a son domicile, il peut disposer conformément à une autre loi que celle qui y est en vigueur; de même il peut ne pas disposer d'après sa loi nationale, dans les cas où il est autonome*» (F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. VI, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1881, pp. 520-521, énfasis nuestro).

¹¹¹ Véase, *supra*, nota 99.

internacional, nada es comparable. En efecto, en el plano material, por más vaivenes que haya vivido, la libertad de disposición *mortis causa* nunca ha recobrado la amplitud que había tenido en el Derecho romano antiguo; y, en la vertiente conflictual, el contraste es mayor, pues esta problemática, ausente –o irrelevante– en la literatura clásica, determina el enfoque de Laurent. Para éste, la legítima es un límite infranqueable a la hora de testar no sólo en la dimensión interna –lo que sería normal–, sino también en la internacional, de ahí que la autonomía que concibe sea meramente sustantiva, insuficiente para apartar el derecho imperativo de la ley sucesoria objetivamente aplicable¹¹².

20. Llegados a este punto y en vista de la evolución que ha experimentado la libertad de testar, es preciso reformular las preguntas con las que iniciábamos este apartado para inquirir si la libertad de testar incide verdaderamente sobre la autonomía conflictual del causante, y, en caso de ser así, de qué modo lo hace. A fin de responderlas, debe tenerse presente que, cuando –ya bien entrada la segunda mitad del siglo XX– el debate sobre la admisión y delimitación de la autonomía conflictual de las partes alcanza al Derecho de sucesiones, una de las preocupaciones de los expertos es el sostén teórico de esta idea en un campo como el hereditario tan distinto del contractual, que, en principio, constituye su entorno genuino. En este sentido, los primeros valedores de la *erbrechtliche Rechtswahl* apelan a la libertad de testar como *fundamento último* de la figura, pero apenas invierten tiempo en justificar su posición, porque les basta con presuponer que este vínculo es una suerte de correlación natural: a la libertad de testar en el orden interno le corresponde en DIPr la *professio iuris*¹¹³. Sin embargo, tampoco han faltado autores que, con argumentos atendibles, han cuestionado esta base dogmática bien a partir de las diferencias existentes entre el Derecho de contratos y el de sucesiones, que explican la dispar proyección de la que goza la autonomía privada en sus respectivos dominios¹¹⁴; bien, más recientemente, desde planteamientos apoyados en la lógica y en la sistemática jurídicas¹¹⁵.

¹¹² Que, en el pensamiento de Laurent, el *de cuius* posee una autonomía exclusivamente material se colige de las restricciones que le reconoce el propio jurista belga, al afirmar que «*la volonté de l'homme n'est pas absolue, ni quand il contracte, ni quand il dispose à cause de mort*» (F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. VI, p. 249), añadiendo, más adelante, que «*la succession testamentaire ... dépend absolument de la volonté de l'homme quant au fond, sauf le droit de réserve qu'il doit respecter*» (p. 291), y debe hacerlo porque la «*réserve*» es «*un droit fondé sur un devoir, et ce devoir a pour conséquence de rendre les biens indisponibles. En théorie, on pourrait dire que la quotité des biens dont il est permis de disposer tient au droit de tester, et dépend par conséquent de la volonté de l'homme, volonté qui ne connaît point de limites de territoire. Cela est vrai en tant que les lois n'ont pas restreint la faculté de disposer; mais pour les biens indisponibles, la transmission n'est pas réglée d'après la volonté de l'homme; elle l'est, malgré sa volonté, par la loi*» (p. 261). Por lo demás, que Laurent no trascienda el plano sustantivo de la autonomía es lo esperable si tenemos en cuenta que cuando escribe todavía faltan casi veinte años para que Zitelmann disocie por vez primera la faceta conflictual de la material (*supra*, nota 11).

¹¹³ En este apartado merecen citarse los trabajos pioneros de H. DÖLLE [«Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 30 (1966), pp. 218-219 y 222] y K. P. HOTZ (*Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis*, Zürich, Schulthess, 1969, p. 107). G. BEITZKE [*Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1981, p. 67] sintetiza en una sola frase la esencia y simplicidad del mensaje: «*die erbrechtliche Parteiautonomie [darstelle] lediglich eine Parallele zum Institut der Testierfreiheit im internen Recht*».

¹¹⁴ El primero en poner en duda la idoneidad de la invocación de la libertad de testar como *ultima ratio* de la elegibilidad de la *lex successiois* ha sido G. KÜHNE (*Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, Gieseking, 1973, pp. 56-61). Para motivar esta impugnación, el profesor alemán ha comparado la autonomía material que, en derecho interno, hay en el ámbito contractual y en el sucesorio, llegando a la conclusión que si bien, en el primero, las partes disfrutaban de una doble libertad –la de constituir relaciones contractuales y la de determinar su contenido–, en el derecho de sucesiones no concurre sino la primera de ellas –la libertad de destinar *mortis causa* el patrimonio–, mas no la segunda –la libertad de configurar el contenido de dicha atribución–, lo que es debido a la naturaleza eminentemente dispositiva del derecho de contratos, frente a un carácter mayormente imperativo del derecho de sucesiones. En esta misma línea de razonamiento, K. FIRSCHING [«Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts», en G. BEITZKE (ed.), en *Vorschläge... op. cit.* en nota anterior, pp. 221-222; *Internationales Erbrecht (Art. 24-26 EGBGB)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. EGBGB*, p. 5-1, *Internationales Privatrecht*, vol. IV-1, 10ª/11ª edición, Berlin, Sellier-de Gruyter, 1981, pp. 92-93], para justificar que la autonomía contractual no pueda exportarse al campo sucesorio –ni en la esfera material ni en la conflictual–, contrapone la homogeneidad comparada del derecho de contratos, su índole dispositiva y la bilateralidad negocial en la que se sustenta con la diversidad de las regulaciones civiles sucesorias, su componente muchas veces obligatorio y el tenor unilateral de las disposiciones testamentarias.

¹¹⁵ Contraria a la *professio iuris* y a su asiento hipotético en la libertad de testar, M. GORÉ («“De la mode” ... dans les successions internationales: contre les prétentions de la *professio juris*», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 195-196; *L'administration des successions en droit international privé français*,

21. Con la aprobación del Reglamento 650/2012, esta controversia, todavía viva en la doctrina de hace una década¹¹⁶ y aun a raíz de la Propuesta¹¹⁷, parece haber desaparecido de los foros científicos. Es sintomático que, en los comentarios al instrumento, este tema sea poco mencionado¹¹⁸; siéndolo, a veces, desde una perspectiva totalmente distinta de la adoptada hasta entonces. Si se toma como modelo el libro de Bonomi y Wautelet –que probablemente se ha convertido en la principal obra de referencia sobre el Reglamento– debe remarcarse que la expresión «*liberté testamentaire*»¹¹⁹ –u otra equivalente¹²⁰– casi no aparece en el texto¹²¹, y lo hace en una única ocasión en el capítulo concerniente a la elección de la ley sucesoria¹²². Esta falta de presencia, que podría creerse intrascendente, deja de parecerlo cuando la misma se combina con el tenor de algunas de las reflexiones vertidas al respecto, las cuales, en nuestra opinión, apuntan a una inversión del orden en el que hasta ahora se han venido articulando los conceptos implicados. Para desarrollar esta idea partiremos de las palabras de Bonomi cuando, acerca de la orientación tomada por el instrumento europeo, asevera que «[*Les solutions consacrées dans le Règlement sont ... généralement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties [comme] [l]admission du choix de la loi applicable à l'article 22 [en] témoigne ouvertement*»¹²³. De esta

Paris, Economica, 1994, pp. 275-282) incorpora dos motivos suplementarios de reflexión: por una parte, la condición circular de una argumentación que hace emanar la libertad de disposición de la ley y que tolera que, en ejercicio de esa libertad, se pueda designar la ley sucesoria que precisamente ha de delimitar la libertad de disposición; por otra parte, la incoherencia que supone pretender que la autonomía conflictual resulte de la autonomía interna cuando los sistemas de *common law*, en los que el causante tiene una amplia libertad de disposición, no admiten en su normativa conflictual la elección del derecho rector de la sucesión.

¹¹⁶ En la literatura del decenio anterior a la Propuesta de Reglamento, aún pueden encontrarse ejemplos de especialistas que, en el debate sobre la aceptación o el rechazo de la profesión de ley, recurren, como punto de refuerzo o de fragilidad de su tesis, a la analogía de la elección de la *lex successionis* con la libertad de testar. Entre otros, merecen ser reseñados K. DREHER (*Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt am Main, 1999, Lang, pp. 31-32 y 34-35), B. VON DAUMILLER (*Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, pp. 39-40), E. VASSILAKAKIS («La *professio juris* dans les successions internationales», en M.-N. JOBARD/P. MAYER (dir.) *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 812) y H. DÖRNER *et al.* («Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 25 (2005), p. 5), que se adscriben a los que conceptúan la autonomía conflictual de *de cuius* como el correlato de la libertad de disposición sustantiva; por contra, niegan este orden de cosas, V. HEUZÉ («La volonté en droit international privé», *Droits*, 28 (1999), pp. 121-123), P. KEMP (*Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Köln, Heymanns, 1999, pp. 40-41), S. BILLARANT (*Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 340-341) y L. ABADIE (*Essai sur l'introduction de la *professio juris* en droit international privé successoral français*, tesis doctoral, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2007, pp. 43-44, 55-63, 107, 298 y 569).

¹¹⁷ En su análisis crítico de la PR, el Instituto Max Planck abona la tesis de que la libertad de determinar el derecho sucesorio es una prolongación de la libertad de testar, al afirmar: «*Giving testators the freedom to choose the law governing their succession may be seen as an expansion of the freedom to testate into the area of private international law*» (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW, *loc. cit.* en nota 96, p. 608).

¹¹⁸ Una excepción a esta escasa atención lo constituye el estudio de D. STAMATIADIS [«Article 22», en H. P. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Athens, Nomiki, 2017, pp. 219-221], quien, tras recordar las posturas tradicionales sobre el particular, busca la manera de superarlas tanto dogmática como metodológicamente colocando la libertad de elección en el centro de un moderno sistema de DIPr, el cual «*should be characterized by its humanistic perspective and thus the absolute respect of the fundamental right for individuals to freely unfold their personality*».

¹¹⁹ Tras una lectura atenta, no hemos sabido encontrar la locución «*liberté de tester*» en ninguna página del volumen.

¹²⁰ Como «*liberté de disposer*», de la que habla la versión francesa del art. 23.2.h RS (*Journal officiel de l'Union européenne*, L 201, du 27 juillet 2012, p. 121).

¹²¹ De la decena de evocaciones, prácticamente la mitad se concentra en la glosa del artículo 35, atinente al orden público (A. BONOMI, «Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 589, 592, 599 y 600).

¹²² Salvo error u omisión por nuestra parte, en el comentario del art. 22 RS, únicamente hemos hallado una alusión a la libertad de testar, y es para poner de manifiesto, a propósito del *common law*, que los amplios márgenes de disposición que permiten los derechos de este ámbito son un estímulo para que los nacionales de los países en donde aquéllos imperan los escojan para gobernar su sucesión al amparo del Reglamento 650/2012 (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 343).

¹²³ Esta frase, ya citada *supra*, nota 42, puede leerse en A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 39. El profesor de Lausana la reitera en su comentario del art. 35 RS: «*[Les solutions proposées sont ... largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties. Si l'admission du choix de la loi applicable ... témoigne ouvertement de cette orientation, elle n'en constitue pas la seule manifestation*» («Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 592).

sentencia se desprende un cambio significativo en la relación que mantienen las dimensiones –material y conflictual– de la autonomía del causante, porque al decírsenos que la designación de ley favorece la libertad de testar no solamente se está pasando por alto cualquier referencia a la segunda como sustrato teórico de la primera, sino que se nos está sugiriendo justamente lo contrario, a saber, que *la libertad testamentaria es posible gracias a la profesión de ley*, la cual ya no trae *causa* de la libertad de disposición al ser ésta la que deviene *consecuencia* de aquélla; dicho de otro modo, *la professio iuris deja de ser corolario de la libertad de testar para tornarse premisa de la misma*¹²⁴.

22. Si, como resulta perceptible, la libertad de testar no ha desempeñado ningún papel relevante a la hora de introducir la opción de derecho en el Reglamento 650/2012, ¿cuál es el argumento determinante que suele invocarse para justificar que el instrumento regule la figura? Parece claro que, al margen de consideraciones de gran valor científico, pero de reducida repercusión práctica¹²⁵, el principal activo de la designación de la ley sucesoria «*est d'assurer la prévisibilité de la loi applicable et de promouvoir, par ce biais, la sécurité du droit*»¹²⁶. De entrada, es indudable que, en contraste con la conexión objetiva –que siempre depende de la solución que siga el tribunal ante el que se litigue–, la elección de la *lex hereditatis* brinda al causante mucha más seguridad jurídica, pues le permite saber con antelación el ordenamiento que regirá su sucesión, facilitándole la organización de la misma y la toma de decisiones patrimoniales hasta su muerte¹²⁷. No obstante, esta apreciación necesita ser matizada por partida doble: por un lado, el aumento de la certidumbre que proporciona la profesión de ley se ha desvanecido en el Derecho comunitario al haberse unificado dentro de la Unión Europea *todas* las normas de DIPr en

¹²⁴ En realidad, el cuadro completo es más complejo y funciona como un juego de espejos. La autonomía de la voluntad, tronco común del que emanan tanto la libertad de testar como la profesión de ley, es la que posibilita la interacción de los dos círculos. Una persona tiene *siempre* una concreta libertad de disposición *mortis causa*, pero, *en una situación transfronteriza*, su determinación ha de pasar previamente el filtro de la normativa conflictual que señala el ordenamiento al cual deberán acomodarse las últimas voluntades. Si un sistema de DIPr permite que el causante elija –más o menos limitadamente– la *lex successionis*, se está dejando en sus manos la fijación del margen de libertad de que va a disponer. Este tránsito de un plano al otro –del material al conflictual y de éste nuevamente al material– es sólo aparente, puesto que la libertad testamentaria nunca deja de desenvolverse en el terreno sustantivo.

¹²⁵ Una de las máximas aportaciones de la doctrina internacionalprivatista de la segunda mitad del siglo XX ha sido el trasplante a nuestra disciplina de la metodología propia de la «jurisprudencia de intereses», ante todo realizado por G. KEGEL («Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», en *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288). En consonancia con las pautas establecidas por Kegel, en la reglamentación del tráfico privado externo deben tenerse en cuenta, junto con los intereses de DIPr y los de Derecho público, los intereses de Derecho privado material, que, en un tema como el que nos ocupa, cobran una importancia decisiva. Pues bien, como ya pusiera de relieve P. H. NEUHAUS [«Recensión del libro de G. Kühne “Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht”», *RabelsZ*, 39 (1975), p. 600], en un marco de intereses contrapuestos –el testador presto a disponer de su patrimonio con la mayor libertad posible y los legitimarios preocupados por recibir lo que esperan (según la ley en la que han fundado sus expectativas)–, un sistema conflictual, en lugar de dar preferencia a los intereses del causante –acogiendo una autonomía conflictual ilimitada– o de priorizar los intereses de sus familiares más allegados –negando la intervención de la autonomía localizadora en las sucesiones internacionales–, puede optar por la solución materialmente más neutra, que no es sino la *professio iuris*, pues ésta, en tanto que elección limitada, tiene la virtud de representar el punto medio entre la elección libre y la no elección –entre la absoluta libertad de disposición del testador y la cerrada salvaguarda de los derechos de los herederos forzosos–.

¹²⁶ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 326. En términos generales –o sea, comprendiendo tanto la conexión objetiva como la subjetiva–, la primacía de la certeza jurídica se refleja en el cdo. 37 RS, al proclamar éste que, «[p]ara que los ciudadanos puedan aprovechar, respetando en todo momento la *seguridad jurídica*, las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitirles conocer cuál será la legislación aplicable a su sucesión. Además, deben introducirse normas armonizadas en materia de conflicto de leyes para evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que la sucesión se rija por una ley *previsible*, con la que guarde una estrecha vinculación. Por motivos de *seguridad jurídica* y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1009-1010, énfasis nuestro].

¹²⁷ La creencia de que, por lo común, la *designatio iuris* aporta certidumbre jurídica ya fue compartida por los pioneros en la reivindicación de la figura (H. DÖLLE, *loc. cit.* en nota 113, pp. 219, 229-231 y 233; A. E. VON OVERBECK, *loc. cit.* en nota 30, p. 1100; K. P. HOTZ, *op. cit.* en nota 113, pp. 107 y 116; G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 114, pp. 56, 78-79 y 85) y, con las precisiones que se quiera, actualmente no es puesta en cuestión por nadie. Para una aproximación a la idea de seguridad en relación con la elección de la ley sucesoria en el Reglamento Europeo, véase, por todos, A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 326-327.

materia sucesoria¹²⁸; por otro lado, *no siempre* la institución es una garantía de mayor seguridad jurídica, por cuanto ésta puede fluctuar en función de la ley escogida –depara mucha más certeza designar la legislación correspondiente al Estado de la nacionalidad poseída por el testador en el momento de la opción que la hecha a favor del ordenamiento propio de un país la ciudadanía del cual el disponente pretende adquirir antes de su fallecimiento– y del lugar en donde se dirima el pleito –cuyo derecho puede desaprobarse la *optio iuris* o aprobarla con requisitos diversos a los cumplidos por el profesante, quien corre el riesgo de que su designación verificada al abrigo del Reglamento devenga ineficaz–¹²⁹. Dados estos reparos, parece indiscutible que sólo puede aprovechar el potencial de seguridad jurídica que otorga la *professio iuris* sucesoria *der «gut beratene Erblasser»*¹³⁰, aquél que, de la mano de sus asesores legales –sobre todo, abogados y notarios–, 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.

23. Con respecto a la profesión de derecho, el Reglamento 650/2012 ha comportado, como acabamos de constatar, la admisión de la figura en el espacio judicial europeo y la unificación dentro del mismo de su régimen jurídico. El incremento de la seguridad que de ello debiera resultar puede, sin embargo, verse comprometido si, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado que sigue, los criterios interpretativos sobre las condiciones de ejercicio de la elección de ley no terminan de homogeneizarse y se abre la puerta a la aparición de disparidades e incongruencias entre los tribunales de los Estados miembros a la hora de aplicar el instrumento. Además, esto puede revestir especial gravedad en un modelo regulatorio como el instaurado por el Reglamento, que ha apostado por garantizar la certidumbre jurídica en detrimento de otras consideraciones potencialmente atendibles como el favorecimiento de la libertad de testar¹³¹. Con todo, no parece que esta jerarquía de valores haya sido del agrado de nuestra jurisprudencia registral, que, como trataremos de demostrar a continuación, se ha encargado de subvertirla.

IV. La jurisprudencia registral en materia de *professio iuris*

24. Desde que, para gobernar la sucesión de las personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015, cabe aplicar íntegramente el Reglamento 650/2012 sólo era cuestión de tiempo que, a la hora de llevar a la práctica sus disposiciones, se suscitara las primeras dudas interpretativas. Ahora bien, teniendo en cuenta que su aparición requería que, tras la apertura de una sucesión, surgieran diferencias acerca de la adjudicación de los bienes relictos que ya hubieran sido resueltas por una autoridad competente en la materia, puede sorprender que, dados los plazos de tramitación de las herencias y los ritmos usualmente morosos de la justicia, todo este proceso culminara, en España, en menos de un año. Con todo, la prontitud de los pronunciamientos concernientes al Reglamento 650/2012 hasta ahora habidos en España –en lo que aquí nos interesa, cuatro resoluciones dictadas el 15 de junio de 2016, el 4 de julio de 2016, el 10 de abril de 2017 y el 2 de marzo de 2018¹³²– se explica por su origen, ya que proceden de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Centro Directivo que, luego de la inclusión en la

¹²⁸ A la vista de problemas exegéticos como los que examinarán, *infra*, en el apartado IV, no es superfluo recordar que, con el Reglamento 650/2012, en Europa, se ha producido una uniformización de las reglas, pero no –mientras no se pronuncie el Tribunal de Justicia (TJ)– de su interpretación.

¹²⁹ Acerca de estas puntualizaciones en torno al margen de seguridad que ofrece la profesión de ley, véase J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 28, pp. 266-268.

¹³⁰ H. HANISCH, «Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil», en B. DUTOIT *et al.* (ed.), *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, Professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, Lausanne, Payot, 1985, p. 477.

¹³¹ Véase, *supra*, párrafo 15 *in fine*.

¹³² Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 (*BOE*, núm. 175, 21 de julio de 2016, pp. 51281-51285), Resolución de la DGRN de 4 de julio de 2016 (*BOE*, núm. 194, 12 de agosto de 2016, pp. 59066-59071), Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2017 (*BOE*, núm. 99, 26 de abril de 2017, pp. 32424-32431) y Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2018 (*BOE*, núm. 69, 20 de marzo de 2018, pp. 51281-51285).

Ley Hipotecaria de una regulación pormenorizada de los recursos contra las calificaciones registrales¹³³, se ha caracterizado por la diligencia con la que resuelve los que se le presentan. En cambio, para contar con decisiones judiciales españolas sobre el Reglamento, ha habido que esperar hasta bien avanzado 2018¹³⁴, cuando ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado repeditamente¹³⁵.

25. En estas Resoluciones de la DGRN, aparte de otras cuestiones como el reenvío o las disposiciones de derecho transitorio del Reglamento 650/2012, lo que básicamente se discute es si, en el testamento, el causante ha llevado a cabo –o no– una elección implícita de la ley aplicable a su sucesión. Para abordar el tema adecuadamente, hay que tomar un poco de perspectiva, porque con los problemas planteados por la profesión tácita se han topado todos los sistemas de DIPr que llevan tiempo conviviendo con la institución. En este sentido y aun reflejando realidades normativas y jurisprudenciales distintas, tanto el Derecho suizo como el alemán son excelentes ejemplos. En Suiza, en donde la *professio iuris* tiene un siglo largo de existencia, la indefinición de la legislación de 1891¹³⁶ y la reglamentación incompleta de la hoy vigente¹³⁷, han obligado a los tribunales helvéticos a definir el régimen formal de la opción de ley, cosa que han hecho con una amplitud de miras que ha posibilitado el paulatino acogimiento de la designación tácita; siendo decisivas, al respecto, la Sentencia de 22 de diciembre de 1983¹³⁸, aún pronunciada bajo el imperio de la normativa decimonónica, y la Sentencia de 3 de septiembre de 1998¹³⁹, ya amparada en la Ley de 1987, que ha reafirmado la predisposición favorable del sistema a la opción

¹³³ Recogida en su Título XIV, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 313, 31 de diciembre de 2001, pp. 50601-50603).

¹³⁴ La primera decisión jurisdiccional dictada en nuestro país acerca del Reglamento 650/2012 ha sido, a nuestro conocimiento, el Auto (núm. 175/2018) de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de julio de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4133A), que, ante una solicitud de medidas cautelares para evitar que un certificado sucesorio europeo emitido en Letonia desplegara efectos en España, confirma el veredicto del Juez de Primera Instancia de no adoptarlas, porque la Audiencia entiende –a nuestro parecer, correctamente– que «los tribunales españoles no pueden entrar a valorar la validez o no del certificado sucesorio europeo dictado en otro Estado miembro», lo cual sólo pueden hacer, de acuerdo con el art. 71 RS, la autoridad emisora del mismo o, eventualmente, por vía del recurso previsto en el art. 72 RS, los órganos judiciales del país al cual pertenece dicha autoridad; sin que, mientras tanto, proceda estimar con relación a los bienes hereditarios situados en territorio español un hipotético *periculum in mora*, puesto que la Sala tiene constancia de que, antes de resolver la apelación, un juzgado de Riga ya había acordado, en virtud del art. 73 RS, la suspensión de la validez del certificado (FJ 2).

¹³⁵ En la esfera comunitaria, el TJ ha dictado hasta la fecha tres sentencias sobre el Reglamento 650/2012: en la primera [Sentencia de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Kubicka* (ECLI:EU:C:2017:755), comentada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *La Ley Unión Europea*, núm. 55, enero-2018, pp. 1-21], la Corte europea acuerda que las autoridades de un Estado miembro cuya legislación no conoce el legado vindicatorio no pueden, sobre la base de la exclusión de los derechos reales del campo de aplicación del Reglamento de Sucesiones, negarse a reconocer en su territorio los efectos de dicha figura, admitida por la ley aplicable a la sucesión, ya que, en el supuesto, se discute no la naturaleza del derecho real de propiedad, sino una forma de transmisión *mortis causa* del mismo, la cobertura *ratione materiae* del cual corresponde al instrumento sucesorio; en la segunda [Sentencia de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138), que, con el título «Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado», hemos reseñado en *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio-2018, pp. 1-23], el TJ falla que está incluido en el ámbito material del Reglamento 650/2012 un precepto como el parágrafo 1371.1 del Código civil alemán, que dispone, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias obtenidas constante matrimonio mediante un incremento de la parte alcuota del cónyuge viudo en la herencia del premuerto; en la tercera [Sentencia de 21 de junio de 2018, C-20/17, *Oberle* (ECLI:EU:C:2018:485), el Tribunal de Luxemburgo interpreta de manera extensiva la aplicación de las reglas de competencia judicial del RS para que también abarquen la expedición de certificados sucesorios nacionales.

¹³⁶ Véase, *supra*, nota 30.

¹³⁷ Véase, *supra*, nota 88. La LSDIP mantiene el silencio respecto de las profesiones de ley verificadas por extranjeros residentes en Suiza; por contra, para las opciones de suizos expatriados, la regla es más estricta y fuerza a una declaración expresa de elección del derecho domiciliario.

¹³⁸ Uno de los párrafos de la decisión [*Wernli: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts/Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse* (BGE/ATF), 109-II (1983), pp. 403-407], especifica que «[n]on è necessario, dunque, che il testatore si pronunci 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» (p. 406).

¹³⁹ Sobre esta resolución [*B. v. A.: BGE/ATF*, 125-III (1998), pp. 35-41], de gran importancia en la lectura que el Derecho suizo hace en la actualidad de las declaraciones tácitas de voluntad en los negocios *mortis causa*, volveremos más adelante (*infra*, párrafo 26 y notas 153 y 167).

implícita, siempre y cuando se demuestre su existencia. En Alemania, desde que, a raíz de la reforma del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)* de 1986, su DIPr autónomo tolera, siquiera parcialmente, la *erbrechtliche Rechtswahl*, se ha venido admitiendo la validez de la elección realizada de modo concluyente¹⁴⁰; y los jueces, cuando han participado en el debate, se han sumado, sin apenas discrepancias¹⁴¹, a esta apreciación¹⁴² con argumentos similares a los de sus colegas suizos¹⁴³.

26. Sabedor de los problemas de interpretación que la reglamentación de la forma de la *professio iuris* había generado en el Convenio de La Haya¹⁴⁴, el legislador europeo ha tratado de evitarlos con una redacción lo más diáfana posible. Si la Propuesta era, con la excepción de la versión española¹⁴⁵, meridiana en el rechazo a la elección tácita de la ley sucesoria¹⁴⁶, el Reglamento, en sentido opuesto al de su precursora, también lo es al dar carta de naturaleza, además de a la designación expresa, a la implícita¹⁴⁷. Ahora bien, una cosa es que el instrumento acoja indiscutiblemente esta modalidad de opción y otra bien distinta que en él se precise con nitidez cuando la misma se estima verificada. Conforme al Preámbulo, se reputará que ha existido una elección tácita de ley cuando «el causante ha hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley»¹⁴⁸; dicho de diversa forma, «[l]a référence du disposant à des dispositions de la loi nationale constitue sans doute un élément de poids (...) [et i]l en va de même lorsque le disposant se réfère à des notions ou institutions propres à sa loi nationale ou inconnue de la loi de sa résidence habituelle»¹⁴⁹. No obstante, el considerando referido únicamente contiene dos muestras ilustrativas de hipótesis en las cuales puede entenderse que el *de cuius* ha consumado un señalamiento implícito de la *lex successionis*, pero son imaginables casos semejantes¹⁵⁰, en los que las circunstancias

¹⁴⁰ La doctrina alemana se proclama unánimemente favorable a la eficacia de la *schlüssige Rechtswahl*, por todos, véase H. DÖRNER, *Art 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2007, pp. 277-278, núm. 535.

¹⁴¹ La disidencia se concentra en la Sentencia del *Landgericht Frankfurt am Main*, de 29 de julio de 1997 (*Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr)*, 1997, núm. 122, pp. 232-235), y resulta no tanto de la aceptación de la profesión implícita –que no se cuestiona– como de la falta de acuerdo con lo dicho por otros tribunales en cuanto a los indicios que deben delatarla.

¹⁴² Deben mencionarse en este punto las Sentencias del *Landgericht Hamburg*, de 12 de febrero de 1991 (*IPRspr*, 1991, núm. 142, pp. 264-275), del *Oberlandesgericht Zweibrücken*, de 28 de mayo de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 116, pp. 280-286), del *Landgericht Stuttgart*, de 11 de septiembre de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 119, pp. 290-291), del *Landgericht München*, de 5 de febrero de 2007, (*IPRspr*, 2007, núm. 94, pp. 282-284) y del *Oberlandesgericht Hamm*, de 22 de julio de 2014 (<https://openjur.de/u/728979.html>).

¹⁴³ De estos argumentos hablaremos, *infra*, notas 153 y 167.

¹⁴⁴ Por mucho que, con el beneplácito generalizado de la doctrina (véase, por todos, T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erfolge anzuwendende Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 304), D. W. M. WATERS avale que en el texto sólo cabe la elección expresa, pues «[l]a désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention» [«Rapport explicatif/Explanatory Report»], en *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé, Seizième session*, t. II, *Successions – loi applicable*, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1990, p. 556], el comienzo del art. 5.2 CLH89 [«La citada designación se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, pp. 256-257)] no recoge en modo alguno esta limitación, antes bien, «laisse le champ libre aux interprétations» [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.* (ed./coord.), *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 19], la más plausible de las cuales da por bueno que, además de la designación explícita, el Convenio contempla, como se ha sostenido aisladamente [P. KINDLER, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995», *RabelsZ*, 61 (1997), p. 272], la posibilidad de la opción tácita.

¹⁴⁵ El texto castellano del art. 17.2 PR (véase, *supra*, nota 92) incurría en un error de traducción, ya que, a diferencia de los redactados en otras lenguas oficiales, que reclamaban al unísono que la *professio iuris* se hiciera expresamente, el escrito en español se contentaba con indicar que la elección «se expresará», en el sentido genérico de «se manifestará» o «se exteriorizará», con lo que estaba dando amparo no solamente a la opción expresa, sino también a la tácita. Para el desarrollo de esta problemática, reenviamos a nuestro estudio sobre el particular: «La forma...» *cit.* en nota 92, pp. 137-139.

¹⁴⁶ Que el texto de la Propuesta excluía la profesión implícita fue la *communis opinio* de los comentaristas que entraron a valorar el tema (véase, *per omnia*, H. DÖRNER, *loc. cit.* en nota 74, p. 226).

¹⁴⁷ Este extremo es completamente pacífico. Véase, por todos, A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 347).

¹⁴⁸ Cdo. 39 RS [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1010].

¹⁴⁹ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 348.

¹⁵⁰ A juicio de los tratadistas [véase, representativamente, M. GORÉ, «La professio juris», *Defrénois*, 2012-15/16, p. 765;

permiten inferir un ejercicio tácito de la autonomía por parte del testador. Mientras Bonomi incluye *«le fait que les dispositions à cause de mort aient été instrumentées par un notaire de l'État dont le de cujus a la nationalité, en respectant le style et la systematique caracteristiques des dispositions de dernière volonté dans la pratique notariale de cet État»*¹⁵¹; Dutta añade situaciones como *«wenn der Erblasser zu einem Zeitpunkt testiert hat, zu dem sich die Frage, ob ausländisches Recht anwendbar sein könnte, nicht ernsthaft stellte, weil keine Berührungspunkte zum Ausland bestanden (...) wenn der Erblasser später seinen gewöhnlichen Aufenthalt wechselt»*, también *«wenn die vom Erblasser errichtete Verfügung von Todes wegen nach dem objektiv bestimmten Erbstatut unzulässig oder unwirksam wäre»*, así como en el supuesto de *«eine negative Rechtswahl (Abwahl des nach Art. 21 Abs 1 eigentlich anwendbaren Aufenthaltsrecht)»*¹⁵². Estos ejemplos, de algunos de los cuales hay precedentes jurisprudenciales en los países en donde la *professio iuris* lleva tiempo implantada¹⁵³, permiten hacerse una idea de las enormes dificultades que, en ocasiones, puede entrañar la acreditación de una selección implícita de la ley sucesoria al igual que de la inseguridad jurídica resultante. Para tratar de remediarla, los expertos

A. DAVI y A. ZANOBETTI, «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea», *CDT*, 5 (2013-2), p. 46; D. SOLOMON, «Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)», en A. DUTTA/S. HERRLER (ed.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung. Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, München, Beck, 2014, pp. 41-42; E. CASTELLANOS RUIZ, «Article 22», en A.-L. CALVO CARAVACA et al. (ed.), *op. cit.* en nota 58, p. 349; D. STAMATIADIS, *loc. cit.* en nota 118, pp. 232-233] el uso de un idioma determinado en el otorgamiento del testamento no entraría *por sí solo* en este grupo, bien que junto a otros elementos que fueran en la misma línea, sí lo haría. Como apunta el último de los autores citados, *«In this context, it would be meaningful to take into consideration whether the deceased was able to use a different language from the one in which he actually established the will. A multilingual testator for instance might have many reasons to use a specific language, not necessarily linking it to a specific choice of law, but rather due to his belief that that specific language can be understood by all heirs»*.

¹⁵¹ Siempre que este indicio cuente con el respaldo de otros convergentes (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAULETEL, *op. cit.* en nota 42, p. 349; igualmente, A. DAVI y A. ZANOBETTI, *loc. cit.* en nota anterior, p. 46; y E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 348-349).

¹⁵² A. DUTTA, «Art. 22 EuErbVO», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, J. VON HEIN (red.), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 7ª ed., München, Beck, 2018, p. 1894, núm. 14. Las directrices que Dutta plantea (la disposición otorgada cuando la situación privada no alberga ningún elemento de extranjería cambiando luego la residencia del testador, la inadmisibilidad o invalidez de la disposición del causante con arreglo a la legislación objetivamente aplicable o la realización de una elección en negativo, esto es, manifestando el *de cuius* que no desea que a su sucesión se le aplique de la ley llamada a regirla según el art. 21 RS) son puro producto de la especulación científica de los que no constan precedentes en sistema nacional alguno. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que otros juristas hayan abogado por la ponderación de la primera (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAULETEL, *op. cit.* en nota 42, p. 350; A. DAVI y A. ZANOBETTI, *loc. cit.* en nota 150, p. 46; E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota 150, pp. 347-348), la segunda [M. SCHAUER, «Art 22 EuErbVO», en A. DEIXLER-HÜBNER/M. SCHAUER (ed.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Wien, MANZ'sche, 2015, p. 188; C. HERTEL, «Art 22 EU-ErbVO», en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, vol. V, KSÜ, *EU-ErbVO, HUnStProt 2007, Rom III-VO*, 4ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 306, núm. 29] o la tercera de ellas [T. TRAAAR, «Art 22 EuErbVO», en A. BURGSTALLER et al. (ed.), *Die EU-Erbrechtsverordnung*, Wien, LexisNexis, 2016, p. 207].

¹⁵³ En Suiza, la Sentencia del Tribunal Federal de 3 de septiembre de 1998 (a la que regresaremos, *infra*, en la nota 167), a la hora de pronunciarse, toma en consideración, entre otros elementos, que *«[I]nsieme 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»* [BGE/ATF, 125-III (1998), p. 41]. Por su parte, en Alemania, las decisiones citadas en las notas 140 y 141 dirimen pleitos en los que para esclarecer si, con relación a los bienes inmuebles sitos en la República Federal un causante extranjero ha llevado a efecto una *konkludente Wahl* del *Bürgerliches Gesetzbuch*, se hace acopio de datos indiciarios –los disponentes y sus cónyuges, con una larga residencia en el país del foro, formalizan su disposición *mortis causa* ante un fedatario alemán, en lengua alemana, en Alemania, y lo hacen sirviéndose de una figura típica del Derecho alemán, como es el *gemeinschaftliches Testament*–, que para la mayoría de tribunales son concluyentes, con la salvedad del *Landgericht Frankfurt am Main*, el cual, en su resolución de 1997, los juzga insuficientes al destacar que *«[d]er Umstand, daß in deutscher Sprache in Deutschland ein für hiesige Verhältnisse typisches Ehegattentestament errichtet wurde, reicht nicht aus, einen Willen dahin gehend zu erkennen, daß deutsches Recht gewählt wird»* (IPRSpr, 1997, p. 233). Digno de reseñar es que, en su veredicto de 2007, el *Landgericht München* estima decisivo que la disposición *mortis causa* afectada maneje instituciones alemanas, pues razona que *«[d]ie im Testament verwendeten Rechtsbegriffe und Rechtsfiguren, wie zum Beispiel "gemeinschaftliches Testament", "Vor-, Nach-, Schluss-, unz Ersatzerven", "Testamentsvollstreckung", "Ausschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB" und "Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB" sprechen dafür, dass ein Testament nach deutschem Recht erstellt werden sollte, soweit dies rechtlich möglich ist»* (IPRSpr, 2007, p. 283).

sugieren que los «*Erblasser, die eine konkludente Rechtswahl, „verhindern“ wollen, sollten deshalb in ihrer Verfügung von Todes wegen ausdrücklich klarstellen, keine Rechtswahl treffen zu wollen*»¹⁵⁴; o sea, aconsejan a los testadores que recurran a declaraciones expresas de «inelección», de no haber realizado una elección¹⁵⁵, pues, aun cuando «*cette déclaration ne peut pas valoir comme choix de la loi applicable au sens du Règlement*»¹⁵⁶, sí que servirá para eliminar toda sospecha de una designación tácita de la *lex hereditatis*. De no contener el testamento una cláusula preventiva de esta índole, que facilitaría mucho las cosas ante una eventual controversia sobre la existencia o inexistencia de una designación tácita de la normativa sucesoria, habrá que fiarlo todo a la interpretación que los órganos jurisdiccionales competentes hagan de las disposiciones de última voluntad concernidas. La hermenéutica testamentaria, que es una cuestión clásica del Derecho de sucesiones¹⁵⁷, ofrece en el asunto que nos incumbe un perfil propio, que deriva de la peculiar dicción del art. 22.2 RS. Efectivamente, este precepto, a diferencia de otros equivalentes contenidos en instrumentos comunitarios sobre conflictos de leyes, tiene un redactado en apariencia más restrictivo, ya que, cuando introduce la posibilidad de una elección implícita, detalla que la misma «habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo [disposición *mortis causa*]»¹⁵⁸. Salta a la vista que, en contraste con el tenor del segundo inciso del art. 3.1 del Reglamento «Roma I» –que exige que la elección resulte «de los términos del contrato o de las *circunstancias del caso*»¹⁵⁹– o del art. 14.1.2 del Reglamento 864/2007 («Roma II») –que reclama, de igual manera, que la designación resulte «de manera inequívoca de las *circunstancias del caso*...»¹⁶⁰–, la dicción del art. 22.2 RS no es la misma. Salvando las distancias, puestas ya de relieve¹⁶¹, la comparación es particularmente oportuna con respecto a las obligaciones contractuales –en las que la articulación entre el contrato y el *pactum de lege utenda*, formado éste usualmente parte de aquél, es parangonable a la que hay entre el testamento, como negocio dispositivo por causa de muerte, y la *professio iuris*, en tanto que declaración de voluntad autónoma que suele estar inserta en la disposición testamentaria¹⁶²–, visto que el Reglamento «Roma I» acepta que, para el reconocimiento de una elección tácita de la *lex contractus*, se tengan en cuenta todos los indicios probatorios de la voluntad de la partes, con independencia de si son propios del convenio o externos al mismo, siempre y cuando lo contextualicen¹⁶³; mientras que el Reglamento 650/2012 solamente parece reparar en la información que se desprende del contenido de la disposición *mortis causa*. Dado este estado de cosas y a la espera de que los jueces –europeos y nacionales– se definan, la doctrina especializada se ha bifurcado en dos direcciones: para un sector, partidario de una interpretación estricta del art. 22.2 RS, «*le choix de la loi applicable doit résulter directement et seulement du contenu même de l'acte [c'est pourquoi] [t]oute référence à des éléments extrinsèques doit être écartée*»¹⁶⁴; para otro,

¹⁵⁴ A. DUTTA, *loc. cit.* en nota 152, p. 1894, núm. 14. De la misma opinión es C. HERTEL (*loc. cit.* en nota 152, p. 306, núm. 31).

¹⁵⁵ Hay que distinguir esta declaración negativa (de no haber escogido la *lex successionis*, que puede evitar la apreciación de una opción tácita) de la aludida, *supra*, en la nota 152 (la «deselección» de la legislación objetivamente aplicable, que cabría entender como una designación implícita).

¹⁵⁶ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 347-348.

¹⁵⁷ Sobre la misma, centrándola en las legislaciones civiles españolas, pero con continuas incursiones en el Derecho comparado, A. VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Madrid, Reus, 2008; en especial, pp. 75-101.

¹⁵⁸ Como se ha consignado, *supra*, en la nota 93, el art. 22.2 RS establece que «[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

¹⁵⁹ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1133, énfasis nuestro.

¹⁶⁰ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1244-1245, énfasis nuestro.

¹⁶¹ Véase, *supra*, nota 114.

¹⁶² Mas no tiene por qué estarlo, ya que la *professio iuris* puede manifestarse al margen de una disposición por causa de muerte. Ciertamente es que, como se ha observado debidamente (H. DÖRNER, *op. cit.* en nota 140, p. 277, núm. 535), cuesta pensar en una *konkludente isolierte Rechtswahl*, pero ésta no es imposible, pues la misma puede darse, por ejemplo, cuando el testador en un acto de última voluntad hace la partición de su herencia siguiendo fielmente las pautas de un determinado ordenamiento o cuando en un codicilo designa o modifica los beneficiarios de un seguro de vida en consonancia con el orden de suceder *ab intestato* que estatuye una legislación en concreto (véase nuestro trabajo citado en nota 28, pp. 218-219).

¹⁶³ Para una interpretación exhaustiva de la segunda frase del art. 3.1 del Reglamento 593/2008, véase, por todos, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 112-116.

¹⁶⁴ M. GORÉ, *loc. cit.* en nota 150, p. 765, énfasis nuestro. En un sentido parecido, E. CASTELLANOS RUIZ (*loc. cit.* en nota 150, p. 345) apoya que «[t]he tacit choice of law must arise solely and exclusively from the terms of a will, joint will or agreement as to succession and should be clear and unequivocal»; y C. HERTEL (*loc. cit.* en nota 152, p. 305, núm. 26), sostiene que

a pesar de que la letra de la ley impide que la elección tácita se pueda deducir de las circunstancias del caso, ello «*n'exclut pas ... que lorsque la professio juris transparaît du texte de l'acte de dernière volonté de manière incomplète, des éléments extrinsèques puissent également être pris en considération pour interpréter, appuyer ou corroborer une indication contenue dans le texte*», situación en la cual «*il devrait alors être possible de tenir compte de circonstances extérieures à la disposition*»¹⁶⁵. Es difícil no compartir este punto de vista, pues, si bien es obvio que el «*assessment [of all factors and evidence related to a disposition of property upon death] is not to be considered as identical to that of Regulation Rome I Article 3(1), taking into account that interpretation or assessment of all relevant elements take place after the testator's death in the framework of succession*»¹⁶⁶, el recurso a la prueba extrínseca puede ser, como ha demostrado la práctica judicial suiza¹⁶⁷, un complemento necesario para, ante la precariedad o incompletud de los elementos indiciarios intrínsecos, acreditar fuera de toda duda la existencia de una verdadera designación –tácita– de la *lex successionis*.

27. En medio de este rico diálogo, las decisiones –y sobre todo las argumentaciones– de la DGRN dejan mucho que desear. Ahora bien, antes de entrar a analizarlas, procede presentar los casos que han dado pie al dictamen del Centro Directivo, los cuales, pese a sus diferencias, tienen en común que versan sobre la herencia de un causante extranjero residente habitualmente en España fallecido después del 17 de agosto de 2015, pero que, con anterioridad a dicha fecha, había otorgado, ante notario español, un testamento¹⁶⁸ del que parece desprenderse que, para el pautado de su sucesión, el *de cuius*

«*[d]ie konkludente Rechtswahl muss sich aus dem Text der Verfügung von Todes wegen selber ergeben; bloße andere Umstände außerhalb des Textes der Verfügung genügen nicht*».

¹⁶⁵ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 349. Todo hace prever que, con los matices que acompañan su posicionamiento, D. STAMATIADIS (*loc. cit.* en nota 118, p. 231) también se inclina por esta visión amplia al defender que, para afirmar la presencia de una designación tácita, «*one should assess all factors and evidence related to a disposition of property upon death*».

¹⁶⁶ D. STAMATIADIS, *loc. cit.* en nota 118, p. 231.

¹⁶⁷ En la reiteradamente citada Sentencia de 3 de septiembre de 1998 (*supra*, párrafo 25 y nota 153), el Tribunal fédéral ha gozado de una oportunidad inmejorable para fijar los criterios que deben regir la interpretación testamentaria cuando se discute la existencia de una *professio iuris* tácita. En un fallo «*très soigneusement motivé [qui] restera pour de longues années fondamentale dans la pratique des successions internationales*» [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, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 9 (1999), p. 353], el Bundesgericht helvético admite una elección implícita del derecho de Alemania por parte de una ciudadana de dicho Estado, basándose en un cúmulo de pruebas intrínsecas y extrínsecas de la disposición *mortis causa*, que le permite discernir la voluntad real de la testadora. Como dice la resolución, «*[i]l testatore può quindi riferirsi al diritto del paese d'attinenza anche in maniera tacita, purché il testo dell'atto contenga indizi sufficienti per ammettere che tale fosse la sua volontà. Se quest'ultima appare in maniera non equivoca, ma incompleta dal testo della disposizione di ultima volontà, si dovrà procedere all'interpretazione dell'atto ... facendo capo, ai fini del chiarimento delle indicazioni in esso contenute, anche ad elementi, prove e circostanze estrinseci*»; lo que proyectado al litigio en cuestión posibilita que los factores intrínsecos de la disposición de última voluntad relacionados en la nota 153 deban ser interpretados con el refuerzo de «*ogni altro elemento o circostanza estrinseci (...) [che] sono parecchi e assai importanti. Innanzi tutto 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 1/2 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*» [B. v. A.: BGE/ATF, 125-III (1998), pp. 35-41; los párrafos reproducidos están en las pp. 39 y 41].

¹⁶⁸ Conviene poner de relieve que, en tres de los cuatro casos considerados –en los cuales los disponentes son ciudadanos británicos–, los testamentos otorgados son «parciales» o *simpliciter*, o sea, se circunscriben a los bienes –inmuebles– del causante sitos en territorio español. Siendo habitual el recurso a esta clase de actos de última voluntad [véase, A. RIPOLL SOLER, *loc. cit.* en nota 87, pp. 42 y 44-47; F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, «Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 92 (2016), núm. 754, p. 987], la DGRN estima, en su Resolución de 15 de junio de 2016, que «*[c]onforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del artículo 23) por lo que estas disposiciones testamentarias simpliciter, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015*» [FJ 9.2 (BOE, 2016, p. 51285)]. Este punto de vista, ratificado por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 28 de julio de 2016 (BOE, núm. 228, 21

había designado tácitamente la ley de Estado correspondiente a su nacionalidad; opción que, con arreglo a las reglas de Derecho transitorio del Reglamento 650/2012¹⁶⁹, es perfectamente válida. El tenor de las disposiciones *mortis causa* implicadas –de las que lógicamente sólo tenemos la transcripción que hacen las resoluciones– es ligeramente distinto, mas, en todas ellas, aparece la misma problemática de derecho sustantivo: aun cuando tiene hijos, el testador instituye heredera –en tres de los supuestos– a su esposa y –en uno– a una amiga, por lo que, según la legislación española –cuya aplicación precisamente se discute–, restaría la obligación de satisfacer, con cargo al patrimonio relicto, los derechos de los herederos forzosos. La respuesta que los testamentos referidos dan a esta cuestión es bien distinta, pues, en tanto que los tres primeros establecen sustituciones vulgares a favor de los hijos –salvando expresamente la legítima el más antiguo¹⁷⁰, en contraste con el intermedio¹⁷¹, e imputando a la misma, el más moderno, ciertas atribuciones *inter vivos* del causante a su hija¹⁷²–, el cuarto no dice nada sobre el particular¹⁷³. Con todo, la singularidad de este último caso va más allá de la falta de mención de los hijos del causante en el testamento, porque, ahondando en una mala comprensión de cómo ha de ser forma de la elección de ley –ya apuntada en la RDGRN de 13 de agosto de 2014¹⁷⁴–, el Centro Directivo parece contradecirse

de septiembre de 2016, pp. 67690 y 67705, FJ 6.1), ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, que lo ha tildado de «oscuro» [S. SÁNCHEZ LORENZO, «Aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012 a ciudadanos británicos», *AEDIPr*, XVII (2017), p. 1276] y le ha reprochado la mezcla que hace entre el ámbito de aplicación de la ley sucesoria y el ámbito material de la disposición testamentaria [A. YBARRA BORES, «La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España», *Bitácora Millennium DIPr*, 4 (2016-2), p. 18; *id.*, «La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012», *CDT*, 10 (2018-1), p. 479], porque, una vez es asumido que «unidad sucesoria no equivale a unidad de título» [I. ESPÍNEIRA SOTO, «El testamento *simpliciter*», *Revista de Derecho Civil*, IV (2017-4), p. 292], se vislumbra claramente que esta «modalidad testamentaria territorialmente limitada» no puede *por sí sola* contravenir el principio de unidad regulatoria de la sucesión –pues la *lex hereditatis* continuará siendo precisada, para la totalidad de los bienes relictos, por las normas de conflicto del Reglamento, sin que el testamento parcial introduzca en ese régimen escisión alguna, al no presuponer la aplicación del derecho español– ni atentar contra una pretendida unidad del título sucesorio –dogma inexistente en España, en donde el Derecho civil patrio conoce diversas maneras de «dividir» las atribuciones *mortis causa*– (R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, «¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?», *Diario La Ley*, núm. 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 5-7).

¹⁶⁹ Para el examen del precepto habilitante de esta posibilidad [art. 83.2 RS: «Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1140)], remitimos, por todos, a P. WAUTELET, «Article 83», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 964-974.

¹⁷⁰ De conformidad con la RDGRN de 15 de junio de 2016, en el acto «[el testador] ordenaba lo siguiente: por la primera cláusula, “instituye heredera en todos sus bienes situados en España a su esposa, M. E. O”; por la segunda cláusula, “ nombra sustitutos en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la citada heredera, a partes iguales, a sus tres hijos (...) [omisión original]. Con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes”. Además deja a salvo los “posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos”» (BOE, 2016, p. 51283). Sobre esta Resolución, véase, aparte de la bibliografía citada en la nota 168, E. HIJAS, «La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos», *El Notario del Siglo XXI*, 69, septiembre-octubre, 2016, pp. 22-25; M. DEL A. IGLESIAS VÁZQUEZ, «A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo», *El Notario del Siglo XXI*, 69, septiembre-octubre, 2016, pp. 142-145.

¹⁷¹ Mucho más lacónica, la Resolución de 4 de julio de 2016 únicamente nos informa de que «el causante ... fallece bajo testamento otorgado ... ante Notario español, a doble columna en lengua española e inglesa conforme al cual respecto de sus bienes existentes en España instituye heredera universal a su esposa y la sustituye sin expresión de caso por sus dos hijos comunes con sustitución a su vez en sus estirpes» (BOE, 2016, p. 59068).

¹⁷² Con arreglo a esta RDGRN, «[e]n su testamento, otorgado el día 22 de septiembre de 2014, manifiesta [el disponente] su estado civil de viudedad y la existencia de una hija habida de un matrimonio anterior, y ordena su sucesión instituyendo heredera universal a la ahora recurrente, manifestando que su hija recibió en vida ciertas propiedades sitas en Nueva York» (BOE, 2017, p. 32427). Ahora bien, este testimonio, que recoge el FJ 1.1, es incompleto, porque, en el apdo. II de los Hechos, se nos adjunta la nota de calificación de la registradora que dice: «Dicho causante otorgó testamento el 22 de septiembre de 2014 (...) en el que instituyó heredera de todos sus bienes a su amiga C. G. C., a la que sustituyó vulgarmente para el caso de premoriencia, por la hija del testador M. N., manifestando el testador que designa heredera de todos sus bienes a dicha señora G. porque su hija recibió en vida del testador un Hotel y un Panteón familiar sitos en la ciudad de Nueva York –Estados Unidos–» (BOE, 2017, p. 32424).

¹⁷³ En este supuesto, el causante no nombra en ninguna de sus disposiciones *mortis causa* a los hijos, de los cuales únicamente se tiene constancia por la información que «resulta de dicho testamento» (BOE, 2018, p. 31410).

¹⁷⁴ En esta RDGRN (BOE, núm. 242, 6 de octubre de 2014, pp. 79821-79827), para cuyo estudio detallado enviamos a los trabajos de A. YBARRA BORES (*supra*, *loc. cit.* en nota 168, respectivamente, pp. 7-11 y 471-473), el Centro Directivo, apoyándo-

embrollando los términos del debate. En efecto, no puede interpretarse de otro modo que, en el FJ 2.5 de la Resolución de 2 de marzo de 2018, se nos indique que «[e]n el supuesto planteado, ... cabe entender que el causante ha realizado *professio iuris*, en su testamento autorizado en España en 2004, a doble columna en lenguas inglesa y española, en el que afirmaba que se otorgaba conforme a su ley personal»¹⁷⁵; mientras que, un poco más adelante, en el FJ 5.1, se concluya que «admitida la *professio iuris* en período transitorio (tácita, ya que entonces no podría ser expresa, al no ser admitida por la ley española) carece de relevancia que la escritura calificada no realice una evaluación de la vida del causante a fin de establecer su residencia habitual...»¹⁷⁶. Del primer pasaje transcrito, se colige que el *de cuius* hace una profesión expresa –pues afirma, en español e inglés, que otorga su testamento de conformidad con su ley nacional–, que no se puede convertir en tácita, como se infiere del segundo¹⁷⁷, de resultas de regirse por un régimen de Derecho transitorio. En verdad, lo que pasa es que la DGRN confunde la forma de la profesión de ley con la admisibilidad de la misma, dado que supedita el reconocimiento de la elección expresa a que el DIPr del foro acoja la figura de la *electio iuris* en general, cuando son cuestiones que no están vinculadas entre sí por una relación de dependencia, ya que una normativa conflictual –como la existente en España antes de que estuviera en vigor el Reglamento 650/2012– puede desaprobado la *professio iuris* –y, obviamente, esta censura impide hablar de sus modalidades formales–, pero, también, un sistema de DIPr puede aceptar la institución y, en esta hipótesis, cabe que lo haga ora accediendo a que el profesante exteriorice su voluntad explícita o implícitamente –como estipula el art. 22.2 RS– ora tolerando únicamente la designación verificada *expressis verbis* –como preveía el art. 17.2 PR¹⁷⁸–.

28. Apartada la Resolución del presente año del eje de nuestra actual reflexión por el motivo expuesto, todavía quedan tres –las dos de 2016 y la de 2017– en relación con las cuales es menester discernir si, en las disposiciones por causa de muerte que dan lugar a la controversia, el *de cuius* efectúa realmente una elección tácita de su derecho nacional. La DGRN detecta en los dos primeros testamentos la concurrencia de una *professio iuris* implícita que, a su parecer, en el tercero no se da; pero, ni en un caso ni en el otro, aporta el Centro Directivo argumento de peso alguno que respalde su apreciación¹⁷⁹. Tal como, a propósito de la Resolución de 4 de julio de 2016, ha puesto en evidencia la doctrina que más ha profundizado en el tema, la Dirección General se ha posicionado en un sentido o en otro «sin realizar ningún tipo de valoración en relación al contenido de la disposición testamentaria»¹⁸⁰. Esta afirmación, en nuestra opinión totalmente acertada, es fácilmente demostrable sometiendo los asuntos dilucidados ante la DGRN al «test de indicios» que propone Castellanos para probar la existencia –o no– de una opción tácita¹⁸¹. De acuerdo con la clasificación hecha por esta autora, tienen carácter determinante los *sufficient indicators* (aquellos factores que, por sí solos, acreditan la consumación de una verdadera

se en el cdo. 39 RS, mantiene que, según el Reglamento 650/2012, la declaración de opción en favor de la legislación nacional «ha de ser explícita» (FJ 3.2, p. 79824), lo que, a juicio de la DRGN, no acontece, por cuanto «la facultad de elección de ley aplicable en que se consiste la citada “*professio iuris*” no aparece ejercitada por el causante y testador en el presente caso» (FJ 3.3 *in fine*, p. 79824). Sin contar con que el cdo. 39 RS –y el art. 22.2 RS– dice exactamente lo contrario de lo que el Centro Directivo cree entender, lo cierto es que, en el testamento, aparece recogida la nacionalidad del *de cuius*, pero, para la DGRN, esta mención no basta, al no haber «expresa declaración de sometimiento a su ley nacional» (FJ 3.2, p. 79824).

¹⁷⁵ BOE, 2018, p. 31413.

¹⁷⁶ BOE, 2018, p. 31414.

¹⁷⁷ Idea que la Resolución repite en el FJ 6.1, al acabar enfatizando que «[l]a aplicación de la *professio iuris* tácita transitoria al supuesto, hace por último irrelevante la referencia en el expositivo I del título calificado al domicilio del causante en el momento del fallecimiento» (BOE, 2018, p. 31415).

¹⁷⁸ Véase, *supra*, nota 92.

¹⁷⁹ Si se repasan detenidamente las Resoluciones de 2016, que avalan la existencia de una profesión de ley, la única razón que invocan –la de julio transcribiendo los fundamentos jurídicos de la del mes anterior– es que la designación del Derecho inglés se deriva «de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos» [FJ 6.5, *in fine* de la RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE, 2016, p. 51284); FJ 3 de la RDGRN de 4 de julio de 2016, (BOE, 2016, pp. 59069-59070)]. A su vez, la Resolución de 2017, que niega que el causante haya efectuado una *designatio iuris*, solamente dice, de paso, que la elección «indubitada en sus términos –... no ocurre–», sin que de la nacionalidad del disponente quepa «inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria» [FJ 4.6 y 4.7 de la RDGRN de 10 de abril de 2017 (BOE, 2017, p. 32429)].

¹⁸⁰ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 16 y 476, respectivamente.

¹⁸¹ E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota 150, pp. 348-349.

elección), entre los que, según ella, deben incluirse la mención en el testamento de categorías o conceptos jurídicos propios del derecho correspondiente al Estado de la nacionalidad del causante sin equivalente en la legislación vigente en el país de su residencia habitual y el otorgamiento por su parte de un contrato sucesorio o un testamento mancomunado conforme a su ley nacional cuando la del lugar de residencia no reconoce estos negocios *mortis causa*. Ninguna de estas circunstancias asoma, empero, en los supuestos que nos interesan, porque los disponentes otorgan testamentos abiertos típicamente españoles que no contienen referencias a instituciones extranjeras, más bien todo lo contrario, pues, en ellos, aparecen figuras como el heredero universal, el legitimario o la sustitución vulgar¹⁸² que pueden hallarse a diario en disposiciones de última voluntad sujetas a una normativa hispana. En este sentido, no deja de resultar llamativo el esfuerzo que, en la Resolución de 15 de junio de 2016¹⁸³, se hace para hilvanar conexiones entre el acto dispositivo y el Derecho inglés, al tratar, por un lado, de compaginar la voluntad del testador de respetar los «posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos» con los parámetros del *common law*, apelando para ello a las *family provisions* –por más que la DGRN sea consciente de las dificultades que conlleva una equiparación de esta índole–; por otro lado, de traer a toda costa a colación instituciones angloamericanas, como el *executor*, que en el testamento «[n]o se designa» –como si fuera hermenéuticamente correcto educir el referente jurídico bajo el que se ha redactado un documento por lo que en él *no* aparece–. En un segundo nivel de fiabilidad, están, según este esquema, las *insufficient indications* (elementos que, para ser tenidos en cuenta como expresión de una voluntad implícita de selección, precisan ser completados por otros), entre las que cabe encuadrar el empleo de un idioma en concreto a la hora de disponer por causa de muerte y el otorgamiento de últimas voluntades ante un fedatario perteneciente al notariado del Estado cuya nacionalidad detenta el *de cuius* siguiendo el estilo y las formalidades que son característicos del sistema notarial de ese país. Tampoco estos rasgos distintivos aparecen en los testamentos sobre los que se pronuncia el Centro Directivo, ya que tales disposiciones testamentarias se otorgan ante notarios españoles y en lengua castellana –sin perjuicio de que en algún caso se utilice asimismo el inglés¹⁸⁴–. Si ninguno de los índices inventariados emerge de los testamentos litigiosos, ¿en qué se basa, entonces, la Dirección General para acordar la existencia de una profesión tácita? Pues en el «simple hecho de que el disponente organizó su sucesión sin tener en cuenta el sistema de legítimas del Derecho español; es decir, ateniéndose a lo que le permitía la ley de su nacionalidad, la ley inglesa»¹⁸⁵. Podría pensarse que la exégesis de la DGRN, imbuida de «flexibilidad y benevolencia»¹⁸⁶, va en la línea defendida por un importante sector doctrinal, que se muestra partidario de dar por buena la elección implícita «cuando la disposición por causa de muerte otorgada por el causante sería inadmisibles o ineficaz de

¹⁸² Aunando su estudio con el de la cuestión de si la elección tácita requiere una «*choice consciousness*» [esto es, ¿el causante debe darse cuenta de la existencia de un conflicto de leyes y de que puede resolverlo eligiendo entre ellas? En relación con la *Rechtswahlbewußtsein*, hay unanimidad en la doctrina en que no es exigible, pues «*la volonté réelle et prouvée du disposant de soumettre sa succession à son droit national devrait suffire pour admettre l'existence d'un choix, même si celle n'est pas accompagnée de la conscience de l'existence d'un conflit de lois*» (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 350)], E. CASTELLANOS RUIZ (*loc. cit.* en nota 150, pp. 347-348) no adscribe el hecho de que el testamento aluda a reglas específicas del derecho nacional del disponente ni a los indicios que son suficientes ni a los que no lo son para inferir una *optio iuris* implícita, a pesar de que el cdo. 39 RS lo pone como ejemplo de elección que resulta de los términos de una disposición *mortis causa*. En los casos que nos incumben, este criterio no habla en favor de la designación, puesto que, aun cuando ningún precepto es identificado por su número, no es muy difícil descubrir en las cláusulas transcritas la impronta de los dos apartados del art. 774 del Código civil español, el primero en la RDGRN de 15 de junio de 2016 –cuando se prevé la sustitución «en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la heredera» (BOE, 2016, p. 51283)–, y el segundo, todavía de manera más literal, en la RDGRN de 4 de julio del mismo año –al establecerse una sustitución «sin expresión de caso» (BOE, 2016, p. 59068)–.

¹⁸³ FJ 3.2 (BOE, 2016, p. 51283).

¹⁸⁴ Así sucede en el testamento que da pie a la Resolución de 4 de julio de 2016 (véase, *supra*, nota 171), que no constituye, sin embargo, un episodio excepcional, como lo prueba la Resolución de 2 de marzo de 2018 (véase, *supra*, párrafo 27).

¹⁸⁵ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 16 y 476, respectivamente. Es cierto que la frase reproducida está escrita a propósito de la Resolución de 4 de julio de 2016, pero es, igualmente, aplicable a la de 15 de junio de 2016, en la que, aún más genéricamente, la DGRN reputa que una disposición de última voluntad en la cual el «causante se ajusta a disponer de su patrimonio conforme a lo que le permite su ley nacional, debe ser considerada suficiente (...) para entender que ha existido *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad» (A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 13 y 474).

¹⁸⁶ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 13 y 474.

acuerdo con la ley sucesoria determinada objetivamente»¹⁸⁷, pero no hay rastro de este argumento ni en las Resoluciones de 2016—donde, con muchos matices, podría llegar a sopesarse— ni en la «sorprendente»¹⁸⁸ Resolución de 2017; habida cuenta de que, en ésta, frente al criterio de la Registradora, coherente con la posición mantenida hasta el momento por el Centro Directivo, de valorar «que el título testamentario del causante, fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional»¹⁸⁹, la Dirección General, sirviéndose injustificadamente del art. 26.1.d) RS¹⁹⁰, rechaza dicha posibilidad alegando que, a falta de elección indubitada, del hecho que el disponente sea ciudadano extranjero no «cabe inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria»¹⁹¹. En realidad, la DGRN —a diferencia de órganos jurisdiccionales de países con más experiencia en el tema¹⁹²— no indaga cuál es la verdadera voluntad del testador¹⁹³, ni procede, para llegar a desentrañarla, a examen alguno de los elementos interpretativos tanto intrínsecos como —si fuera preciso para completar los anteriores— extrínsecos de la disposición de última voluntad, sino que se guía movida por un principio —o, si se quiere, un *prejuicio*— de derecho material: dado que el *common law* se fundamenta en la libertad de testar, si el causante es inglés, ha escogido sin duda su legislación nacional para regir la transmisión *mortis causa* de su patrimonio; en cambio, cuando el *de cuius* es alemán, la protección de los derechos de sus herederos forzosos no le ha impelido a elegir su ley nacional, porque, si bien el *BGB* conoce la legítima y la regula ampliamente, para lograr dicho objetivo ya le basta el ordenamiento español. Esta manera de actuar de la Dirección General comporta, como mínimo, tres consecuencias remarcables: en primer lugar, una confusión de los planos del debate, al abordarse una cuestión de orden conflictual desde una perspectiva material, con el riesgo añadido de transmutar el problema controvertido (convirtiendo, por ejemplo, una preterición en una elección tácita de la ley sucesoria); en segundo término, una alteración de la posición que la libertad de disposición ocupa en su relación con la *optio iuris*, pues, si para los primeros valedores de ésta¹⁹⁴—, aquélla era su principal sostén teórico, la DGRN recurre —inconscientemente— a la autonomía sustantiva como argumento determinante para confirmar el ejercicio por parte del profesante de su autonomía de DIPr (pasando la libertad testamentaria, así, de ser la *ultima ratio* a ser la *ratio decidendi* en materia de *professio iuris*, al menos de la tácita); en última instancia, una inversión de los valores que están detrás de la designación de la *lex successionis*, ya que, en contraste con la fórmula acogida por el instrumento europeo, que da preferencia a la seguridad jurídica sobre las consideraciones de derecho sustantivo¹⁹⁵, la doctrina de la DGRN prima la libertad de disposición a costa de menoscabar —¡y de qué manera!— la seguridad jurídica (excepto que por ésta entendamos la «certeza» que parece haberse instalado en nuestra jurisprudencia registral de que todo acto de última voluntad otorgado por una persona que tenga la nacionalidad de un país en cuyo Derecho impere el principio de la libertad de testar incorpora una profesión implícita en provecho de dicho ordenamiento).

¹⁸⁷ A. DUTTA, *loc. cit.* en nota 152, p. 1894, núm. 14.

¹⁸⁸ A. YBARRA BORES, «La sucesión...» *cit.* en nota 168, p. 476.

¹⁸⁹ *BOE*, 2017, p. 32426.

¹⁹⁰ Que el art. 26.1.d) RS no puede ser utilizado para estos fines resulta bastante evidente. El art. 26.1 RS no hace más que enumerar las cuestiones que se han de reputar incluidas dentro de la validez material de las disposiciones *mortis causa*, la cual, tratándose de un testamento no recíproco, está subordinada a la ley que designe el art. 24 RS [de ahí que S. SÁNCHEZ LORENZO («*Professio iuris* testamentaria. Prueba del Derecho extranjero», *AEDIPr*, XVII –2017–, p. 1308) observe que la DGRN «confunde el número del artículo», que no es otra que la «ley sucesoria anticipada», a saber, la que «habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición», a menos que el disponente haya elegido como normativa aplicable a dicha validez «aquella que el artículo 22 le permite elegir» [art. 24.1 y 2 RS (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1024)]. Es por ello que el art. 26 no puede condicionar, por vía de interpretación testamentaria, el reconocimiento de una *professio* tácita, sino que, por el contrario, sería la acreditación de una elección implícita la que comportaría una nueva *lex hypothetici successionis* que tendría bajo su autoridad la interpretación de la disposición por causa de muerte (en este sentido, A. YBARRA BORES, «La sucesión...» *cit.* en nota 168, pp. 477-478).

¹⁹¹ FJ 4.7 (*BOE*, 2017, p. 32429).

¹⁹² Véase, *supra*, párrafos 25 y 26, y notas 141, 142, 143, 153 y 167.

¹⁹³ Parece más bien que la presuma, pero, como se ha insistido oportunamente, «[*u*]n choix tacite n'est pas un choix purement hypothétique ou présumé»; en particular, «l'établissement d'une disposition à cause de mort remplissant les conditions prévues par la loi nationale que le de cuius aurait pu choisir conformément à l'article 22 ne permet pas, à lui seul, de conclure à un choix tacite de cette loi» (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 348).

¹⁹⁴ Véase, *supra*, párrafo 20 y nota 113.

¹⁹⁵ Véase, *supra*, párrafo 15 *in fine*.

Estas disfunciones del sistema ideado por el Reglamento 650/2012 nos reafirman en la creencia, expresada en un artículo escrito –pensando en otras realidades jurídicas– a raíz de la Propuesta de 2009¹⁹⁶, de que una admisión precipitada de la *professio* tácita podía suponer una fuente potencial de problemas –el más grave de ellos, el quebranto de la seguridad jurídica¹⁹⁷–, como, por desgracia, la práctica extrajudicial española se está encargando de demostrar.

V. Consideraciones finales

29. Dado que la limitada libertad de designación de la *lex hereditatis*, llegada al DIPr europeo de la mano del Reglamento 650/2012, es una de las mayores novedades que, en los últimos tiempos, se ha introducido en la regulación conflictual de las sucesiones con elemento extranjero, es lógico preguntarse por el origen y la justificación de la figura. En tal sentido, parecería natural que esta modalidad de arbitrio privado resultara de la libertad de disposición existente en mayor o menor grado en todos los sistemas de derecho civil. Sin embargo, aun siendo ambas –libertad de testar y libertad de seleccionar la ley sucesoria– manifestaciones de la autonomía de la voluntad, cada una de ellas tiene características propias y, lo que es más importante para el objeto del presente trabajo, una no presupone ni condiciona la otra, como prueba el trato dispar que les dispensa el *common law*. La inclusión de la *professio iuris* en el Reglamento de sucesiones ha supuesto el espaldarazo definitivo para la consagración de la institución, la cual, con todo, en el instrumento comunitario, no parece estar orientada tanto a favorecer la libertad testamentaria del *de cuius* como a auspiciar una seguridad jurídica, que, no obstante, puede verse cuestionada, sobre todo en casos de elección tácita, como ha puesto de manifiesto la actual doctrina de la DGRN.

30. En su jurisprudencia reciente, el Centro Directivo ha tenido que resolver recursos atinentes a asuntos hereditarios, en los que los títulos sucesorios controvertidos han sido testamentos otorgados en España por disponentes extranjeros residentes en nuestro país respecto de los cuales se ha discutido si, en los mismos, el testador había llevado a cabo una profesión de ley implícita en favor del derecho del Estado cuya nacionalidad poseía. Con criterios dudosos y pobres argumentos, la DGRN adopta decisiones aparentemente contradictorias, en las que, en función del margen de libertad de disposición que tolera la normativa civil vigente en el país de la nacionalidad del causante, aprueba o desaprueba *profesiones iuris* tácitas que quizás nunca existieron. Por medio de este razonamiento y sin necesidad de recurrir a explicaciones adicionales, la Dirección General concede a la libertad testamentaria (material) el poder (conflictual) de determinar la ley aplicable a la sucesión. De este modo de proceder se deriva una clara perjudicada, la seguridad jurídica, noción que, en las Resoluciones de la DGRN, cobra un nuevo significado: la certidumbre de que, en la disposición *mortis causa* otorgada por una persona que ostente la nacionalidad de un Estado en donde rige como principio fundamental de su Derecho de sucesiones la libertad de testar, figura una apelación implícita a dicha legislación para que gobierne su herencia. Lo cual, así expuesto, sin el sustento de una construcción más elaborada, carece de todo rigor. De cara a futuras aplicaciones del Reglamento 650/2012 por parte de las autoridades españolas, el hecho de que algunas de nuestras primeras decisiones sobre el instrumento adolezcan de notables deficiencias técnicas no es un buen augurio.

¹⁹⁶ J. M. FONTANELLAS MORELL, *loc. cit.* en nota 92, pp. 140-143.

¹⁹⁷ En efecto, las divergencias de criterio entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a la hora de apreciar la existencia –o no– de una profesión tácita pueden arruinar uno de los grandes objetivos del Reglamento 650/2012, que no es otro que el de asegurar que, si el causante así lo pretende, la ley del Estado de su nacionalidad, en tanto que *lex successiois*, devenga un «*statuto legale permanente*» [A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «*Professio juris* e regolamento successorio europeo», en I. PRETELLI *et al.* (ed.), *Tui Memores. La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Genève, Schulthess, 2017, p. 146].