

EL FUTURO DE LA LEGÍTIMA: ANÁLISIS COMPARADO Y UNA PROPUESTA ALEMANA¹

Juan Pablo Murga Fernández

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

TITLE: *The future of the compulsory portion system in succession law: a comparative analysis and a german proposal*

RESUMEN: El presente estudio realiza un análisis de Derecho comparado sobre los modelos de protección imperativa de la familia en el ámbito sucesorio, con el objetivo de reflexionar sobre una futura reforma del sistema legitimario del Código Civil español. Se examinan críticamente los diversos modelos de protección imperativa de la familia existentes a nivel internacional, utilizando como eje la denominada «Propuesta Zimmermann» de Alemania (elaborada por el grupo de trabajo del Prof. Zimmermann), que aboga por reemplazar la legítima alemana (*pars valoris*) por un sistema basado en la continuación *post mortem* de la obligación de alimentos. Se analiza, en primer lugar, el modelo de libertad absoluta de testar (propio de EEUU), explorando cómo mecanismos correctores como la doctrina de la «influencia indebida» y la «preterición no intencional» cuestionan su aparente autonomía y generan una notable litigiosidad e inseguridad jurídica. A continuación, se examinan los modelos de participación mediante una cuota fija en la herencia (la legítima continental), distinguiendo entre su configuración como *pars bonorum* o *pars valoris*, y se ponen en valor instrumentos de flexibilización como la mejora o la legítima colectiva. Asimismo, el estudio profundiza en los sistemas de participación mediante una cuota flexible, que incluyen las *family provisions* anglosajonas, caracterizadas por una amplia discrecionalidad judicial para fijar una «provisión razonable». También se aborda su variante en los sistemas de alimentos *post mortem* (prevalentes en México y Centroamérica). Finalmente, se analizan los modelos híbridos o de «legítima alimenticia» (característicos de Cuba, Luisiana), que condicionan la

¹ Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. El estudio ha sido posible gracias a la estancia desarrollada entre finales del 2024 y principios del 2025 en el *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo, con una beca de investigación concedida por este mismo Instituto. Debo manifestar mi agradecimiento al Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, a la Prof^a. Dr^a. Anne Röthel y al Dr. Jan Peter Schmidt por las valiosas observaciones realizadas sobre la temática aquí estudiada en distintos encuentros desarrollados durante mi estancia en Alemania. También al Prof. Gregor Christandl, por su extraordinaria ayuda en relación con el Derecho austríaco, origen de la legítima de crédito. Muchas gracias igualmente mi maestro, el Prof. Manuel Espejo Lerdo de Tejada, reconocido experto en materia de legítimas, por las múltiples conversaciones que han servido como fuente de inspiración a este trabajo y sus siempre atinadas aportaciones; sirva este trabajo como humilde homenaje a su magisterio.

A lo del trabajo se manejan numerosas fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales extranjeras. Las traducciones de dichos textos son propias del autor, quien asume la plena responsabilidad por cualquier eventual imprecisión que pudieran contener.

atribución de una cuota fija a la existencia de un estado de necesidad. El análisis comparado de las virtudes y debilidades de cada sistema proporciona un conjunto de reflexiones críticas destinadas a informar una futura reforma del sistema legitimario de Derecho civil común español.

ABSTRACT: *This paper conducts a comparative law analysis of the models of mandatory family protection in succession law, with the aim of reflecting on a future reform of the system of compulsory portions in the Spanish Civil Code. The various models of mandatory family protection existing at the international level are critically examined, using as a reference point the so-called 'Zimmermann Proposal' from Germany (drafted by Prof. Zimmermann's working group), which advocates the replacement of the German compulsory portion system (pars valoris) with a system based on the post-mortem continuation of the maintenance obligation. First, the model of absolute freedom of testation (typical of the United States) is analysed, exploring how corrective mechanisms such as the doctrine of 'undue influence' and 'unintentional preterition' challenge its apparent autonomy and generate considerable litigation and legal uncertainty. Next, models of participation through a fixed share in the inheritance (the continental compulsory portion) are examined, distinguishing between their configuration as pars bonorum or pars valoris, and instruments that provide flexibility, such as enhancement or collective compulsory portions, are highlighted. The study also delves into systems of participation through a flexible share, which include Anglo-Saxon family provisions, characterised by broad judicial discretion to set a 'reasonable provision'. Its variant in post-mortem alimony systems (prevalent in Mexico and Central America) is also addressed. Finally, it analyses hybrid or 'legitimate maintenance' models (characteristic of Cuba and Louisiana), which make the allocation of a fixed share conditional on the existence of a state of need. The comparative analysis of the strengths and weaknesses of each system provides a set of critical reflections intended to inform a future reform of the legitimary system in Spanish common civil law.*

PALABRAS CLAVE: Protección imperativa de la familia en derecho de sucesiones, legítimas, derecho de alimentos, libertad de testar.

KEY WORDS: *Mandatory protection of the family in succession law, compulsory portions, maintenance rights, freedom to make a will.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MODELOS DE PROTECCIÓN IMPERATIVA DE LA FAMILIA EN DERECHO SUCESORIO: PRECISIONES SISTEMÁTICAS EN UNA APROXIMACIÓN GENERAL Y COMPARADA. 2.1. *Modelo de absoluta libertad de disposición mortis causa e inexistencia de protección imperativa (A).* 2.2. *Modelos de protección imperativa de la familia (B): participación mediante una cuota fija en la herencia (Submodelo B1).* 2.3. *Instrumentos que flexibilizan los modelos de participación mediante una cuota fija en la herencia: la mejora y la legítima colectiva.* 3. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN MEDIANTE UNA CUOTA FLEXIBLE EN LA HERENCIA (SUBMODELO B2): *FAMILY PROVISIONS* Y DERECHO DE ALIMENTOS POST MORTEM. 3.1. *Las family provisions: de Nueva Zelanda a Inglaterra.* 3.2. *Los sistemas de alimentos post mortem: en particular, los Derechos de Centroamérica y México.* 3.3. *Sistemas híbridos de «legítima alimenticia» (Submodelo B3): Cuba y Luisiana como modelos paradigmáticos.* 4. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA «REFORMA ZIMMERMANN»: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGÍTIMA EN LA ALEMANIA Y SU «APARENTE» BLINDAJE CONSTITUCIONAL. 5. LA «PROPUESTA ZIMMERMANN»: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS, INTERROGANTES Y RECEPCIÓN DOCTRINAL. 6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha revitalizado el ya clásico debate sobre las legítimas en Derecho

sucesorio². La Orden de 4 de febrero de 2019 del Ministerio de Justicia³ ha propiciado, sin lugar a duda, la reactivación de esta discusión: se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, como se sabe, el estudio de posibles cambios en la legislación sobre las legítimas y la liquidación de las deudas hereditarias. La controversia en materia de legítimas no es nada nueva, como acaba de apuntarse, y así lo confirman los argumentos que se emplean, muy similares a los ya manejados en el proceso de codificación civil. Se trata, además, de una discusión que puede calificarse como «universal», pues pocos temas se debaten con carácter más recurrente en los distintos sistemas jurídicos (no solo en los que pertenecen a la tradición continental, sino también a la tradición de *common law*)⁴.

El propósito del presente estudio no consiste en revisar los distintos argumentos que se esgrimen en favor y en contra de la legítima (que no por clásicos, o incluso manidos, no dejan de ser siempre interesantes y necesitados de atenta reflexión). Una argumentación, por otra parte, que suele caracterizarse por hacerse en abstracto, sin conexión con el posible impacto que una eventual reforma sobre esta materia pueda tener en las bases del sistema sucesorio. Esta crítica⁵, que es denominador común en la generalidad de las discusiones desarrolladas

² Así lo evidencian los múltiples trabajos recientes centrados en esta materia; entre otros, cabe destacar los siguientes: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020; VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022; VIVES VELO DE ANTELO, P., *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., «Libertad de testar, legítimas y persona unida en análoga relación a la conyugal: asincronías familiares en el Código Civil», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, Madrid, 2024, pp. 433-453; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, pp. 179-203; MAGARIÑOS BLANCO, V., «Defensa de la libertad de testar», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, Madrid, 2024, pp. 165-177; MAGARIÑOS BLANCO, V., *Libertad para ordenar la sucesión*, Dykinson, Madrid, 2022; GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020.

³ Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, accesible en el siguiente enlace: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019_por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comi_sio.PDF (fecha de consulta: 15 de enero de 2025)

⁴ Como indica MUSCHELER, K., *Erbrecht*, Tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 238: «[I]m Konflikt zwischen Testierfreiheit und Pflichtteil spiegelt sich ein grundlegender, dauerhafter und immer wieder neu auszufechtender Konflikt einer jeden rationalen Erbrechtsordnung wieder» (el conflicto entre la libertad de testar y la legítima refleja un conflicto fundamental y duradero de todo derecho sucesorio racional que debe ser combatido una y otra vez). Del mismo modo, SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik», en MUSCHELER, K. (Editor), *Hereditare - Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 2021, p. 2, destaca que «[W]ohl kein Aspekt des Erbrechts hat die Rechtsvergleichung stärker und häufiger interessiert als die Beschränkung der Testierfreiheit durch unentziehbare Rechte naher Angehöriger» (probablemente ningún otro aspecto del derecho de sucesiones ha suscitado un interés más frecuente e intenso en el derecho comparado que la limitación de la libertad testamentaria mediante los derechos forzosos de los parientes cercanos).

⁵ Así la apunta con gran claridad GALICIA AIZPURUA, G., «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 14, p. 4/31: «La tarea de indicar cuáles son las

no solo en España⁶, se ha superado en Alemania con ocasión de una interesantísima propuesta de reforma llevada a cabo por un grupo de investigación liderado por el Profesor Reinhard ZIMMERMANN en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Comparado de Hamburgo (en adelante «Propuesta Zimmermann»)⁷. La reforma planteada no solo se limita a argumentar su posición («revolucionaria», como se verá), sino que elabora una propuesta detallada *de lege ferenda* consistente en la supresión de la Sección quinta del Libro V del BGB en materia de legítimas, la modificación de diversos preceptos del Libro IV en sede de alimentos, así como de otras disposiciones concordantes del propio BGB y la legislación concursal. La propuesta plantea esencialmente la mutación del modelo de legítimas alemán a un sistema de alimentos *post mortem*.

Tomando como pretexto esta sugerente propuesta de reforma se pretende realizar un análisis crítico en clave comparada de los modelos de protección imperativa de la familia, destacando así sus principales efectos y defectos. Nótese que se emplea en este punto la expresión «protección imperativa de la familia»⁸, que no suele ser habitual en la doctrina

fallas e inadaptaciones del sistema legitimario del Código español es desde luego imprescindible y necesaria. Sin embargo, resulta insuficiente. Pues, una vez hecho el diagnóstico, han de formularse alternativas de solución, esto es, propuestas concretas de modificación mediante las que se solventen las susodichas inadaptaciones».

⁶ OTTE, G., «Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 2002, núm. 202, p. 349, apunta a este respecto, que los partidarios de los sistemas alternativos a la legítima basados exclusivamente en la atención a las necesidades, optan por la vía fácil al quedarse en el plano abstracto y no abordar las difíciles cuestiones de su aplicación.

⁷ ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht. Ein Reformvorschlag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022. La reforma ha sido publicada en abierto por la editorial y puede consultarse en el siguiente enlace: https://viewer.content-select.com/pdf/viewer?id=1&id_type=isbn&identifiers=9783161617096&signature=06ca2f3d6f8064e39433402478426cafc7cbe737&session=00000000-0000-0000-0000-000000000000 (fecha de la consulta: 15 de enero de 2025). El Prof. Zimmermann es uno de los máximos referentes doctrinales en el estudio comparado del Derecho sucesorio y viene liderando distintos proyectos e importantes obras desde hace años; en particular, en materia de legítimas, pueden destacarse las siguientes: ZIMMERMANN, R. (Editor), *Freedom of Testation / Testierfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁸ Tomamos la expresión de la obra más señera publicada sobre el particular a nivel comparado: REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection...*, cit. SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., cit., pp. 3 y 4, explica que el grupo de investigación sobre «Comparative succession law» liderado por el Prof. Zimmermann discutió largo y tendido acerca del título más idóneo que debía emplearse para ese tercer volumen de la serie sobre derecho sucesorio comparado: «[A]ls Mitglied einer internationalen Forschungsgruppe zum vergleichenden Erbrecht konnte ich kürzlich aus eigener Anschauung erleben, dass die Antwort auf diese Frage keineswegs trivial ist. Nachdem sich diese Gruppe in einer ersten Gemeinschaftspublikation dem Thema der Testamentsformen gewidmet hatte und in einer zweiten dem der gesetzlichen Erbfolge, stand zuletzt eben das Thema Pflichtteilsrecht im Fokus, und die Frage, über die fast am meisten diskutiert wurde, war die, nach dem englischsprachigen Titel des Buches. Die Entsprechung zum 'Pflichtteil' wäre die 'compulsory portion', aber diese Terminologie wäre aus den genannten Gründen zu sehr von der deutschen Perspektive her gedacht. Ein anderer gängiger Begriff im Englischen ist 'forced heirship', aber dieser würde schon für das deutsche Recht nicht passen, weil der Pflichtteilsberechtigte hierzulande eben nicht 'heir', also Erbe im technischen Sinne wird. Es wurde dann als Titel etwas wie 'Mandatory

española, con objeto de manejar una categoría «neutral» que pueda abarcar —sin inducir a equívocos, ni a ideas preconcebidas— los principales sistemas existentes a nivel comparado (no solo los estrictamente «legitimarios» propios de la tradición continental, como se verá)⁹. Para acometer esta tarea, se comenzará dando una panorámica general de los principales modelos de protección imperativa de la familia existentes a nivel comparado (apartado 2). A continuación, se desarrollará el modelo que venimos a calificar como de «participación flexible en la herencia», con sus dos posibles modalidades de «*family provisions*» y «alimentos *post mortem*» (apartado 3). Seguidamente, para lograr un entendimiento más completo de la «Propuesta Zimmermann», se expondrán sus antecedentes, lo cual exige adentrarse en el estudio del sistema legitimario alemán actualmente vigente y su aparente «blindaje» constitucional tras la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005 (apartado 4). Finalmente, se destacarán las características esenciales de la «Propuesta Zimmermann» y se concluirá con unas reflexiones finales a la vista de una futura reforma sobre la materia en Derecho civil común español (apartados 5 y 6, respectivamente).

Con todo ello, además, se estaría dando cumplimiento a una de las directrices ofrecidas por la Orden ministerial de 4 de febrero de 2019: tomar en consideración todas aquellas propuestas que «puedan parecer merecedoras de estudio por los expertos», así como «los trabajos ya realizados en el ámbito comparado interno e internacional para realizar la necesaria modernización de la mejor manera posible».

Participation of Family Members' vorgeschlagen, also 'zwingende Nachlassteilhabe von Familienangehörigen', aber da meldeten sich Kollegen aus England und Australien und sagten: Das passt für uns nicht, denn bei uns steht die Beteiligung im richterlichen Ermessen. Nach langen Hin und Her einigten sich die Herausgeber schließlich auf den Begriff 'Mandatory Family Protection'. Se debía, de este modo, descartar el empleo de categorías tales como «Pflichtteil» (legítima), idónea únicamente para los sistemas que acogen la «legítima» continental; así como el término «heredero forzoso» que sería equívoco para los sistemas legitimarios como el alemán donde la legítima se concibe como un derecho de crédito y el legitimario no tiene por qué asumir la condición de «heredero». Es igualmente la categoría que se ha empleado en la traducción al español de distintos trabajos del Prof. Zimmermann en la materia editados por Espejo Lerdo de Tejada y Murga Fernández: ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2023.

⁹ SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., *cit.*, p. 3, advierte que uno de los grandes «pecados mortales» de la comparación consiste precisamente en realizar una aproximación exclusivamente formalista, centrada en un determinado concepto o institución que pueden ser sólo representativos de determinados sistemas jurídicos y no de otros: «Denn das Pflichtteilsrecht illustriert in besonderer Weise die Gefahren einer formalistischen, allein auf bestimmte Begriffe oder Rechtsinstitute fixierten Betrachtungsweise.6 Bislang habe ich ganz unbefangen vom 'Pflichtteil' oder dem 'Pflichtteilsrecht' gesprochen und mich damit an sich dem Verdacht einer rechtsvergleichenden Todsünde ausgesetzt».

2. MODELOS DE PROTECCIÓN IMPERATIVA DE LA FAMILIA EN DERECHO SUCESORIO: PRECISIONES SISTEMÁTICAS EN UNA APROXIMACIÓN GENERAL Y COMPARADA

Al afrontar la compleja tarea¹⁰ de realizar un estudio comparado de los modelos de protección imperativa de la familia en el Derecho de sucesiones¹¹, suele ser habitual el manejo de distintos tópicos que en muchos casos son excesivamente reduccionistas y dan lugar a importantes imprecisiones: su calificación como «sistemas legitimarios»¹² (ya se ha justificado antes que descartamos el empleo de esta terminología por no ser comprensiva del conjunto de modelos existentes a nivel comparado); trazar una línea divisoria entre los sistemas llamados de «libertad de testar» y aquellos con la existencia de la «legítima» donde tal libertad se ve limitada¹³; apelar a una clasificación que distinga entre los modelos «con legítima», propios del *civil law* y aquellos pertenecientes a la familia del *common law* inspirados en la libertad de testar¹⁴ —sobre la base, además, de una selección un tanto

¹⁰ Así lo subrayaba VALLET DE GOYTISOLO, J., *Las limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo I, Vol.1, Madrid, 1974, pp. 57 y 61: «Los sistemas legitimarios que nos ofrece el Derecho de sucesiones en sus panoramas histórico y comparatista son numerosos y complejos. Ello se debe fundamentalmente al diverso influjo de las estructuras sociales, el medio físico, la orientación política, el grado de moralidad predominante, la mayor o menor ductilidad de los juristas, el grado de rigidez o flexibilidad de la norma, que han influido en cada momento e influyen según las circunstancias en la solución adoptada en los diversos tiempos y lugares. [...] La complejidad que presenta la clasificación de los sistemas legitimarios impone, como única posibilidad de captarlos a la vez en extensión y en profundidad, la de examinarlos desde distintos ángulos y contemplar sus diversos perfiles».

¹¹ Como seguidamente se verá, la inclusión del término «familia» también puede llegar a no ser representativo en la deriva adoptada por algunos sistemas de corte anglosajón donde el círculo de beneficiarios que pueden reclamar una *family provision* trasciende a toda persona que llega incluso a tener alguna relación de mera dependencia económica con el causante, al margen de la existencia o no de parentesco.

¹² Así lo hacen, entre otros, VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., pp. 259 y ss., quien emplea la categoría «modelos de legítima».

¹³ Esta dicotomía es precisamente la empleada en el punto 3 de la Orden de 4 de febrero de 2019: «Es bien conocido que el Código civil español adoptó un sistema de legítima castellana que, no siendo de vinculación absoluta de los bienes del causante, está bastante alejado de los que se inspiran en la conocida como libertad de testar, en los cuales el causante puede disponer libremente de sus bienes para después de su muerte. [...] Muchas son las voces que se han levantado en nuestra literatura jurídica sobre la necesidad de modificar en profundidad este sistema; incluso no han faltado las que directamente reclaman un sistema de libertad de testar absoluta, con supresión total de las legítimas. [...] A la hora de abordar esta reforma y tomando en consideración lo mucho que se ha escrito sobre la materia y los precedentes que se acaban de mencionar, se puede partir de dos posiciones contrapuestas: la de mantenimiento del actual sistema legitimario del Código civil en sus líneas básicas, añadiendo los retoques que el paso del tiempo haya hecho convenientes o imprescindibles, por un lado, y la de la absoluta libertad de testar, por otro. Razones para optar por aquel o por este no faltan en ninguno de los dos sectores doctrinales». También se deja entrever en VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., pp. 259 y ss.

¹⁴ Son muy sugerentes las apreciaciones realizadas por VAQUER ALOY, A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2015, núm. 3, p. 7/40, acerca del significado de la expresión «libertad de testar», defendida por el autor como un «principio fundamental del Derecho de sucesiones»: «En realidad, con la expresión 'libertad de testar' se hace referencia a dos cuestiones diversas, y es en ellas donde de verdad se manifiesta su distinto alcance en cada ordenamiento jurídico que se someta a

arbitraria de sistemas que suelen tenerse por los más representativos en la escena comparada—¹⁵; o realizar una distribución entre las grandes «familias jurídicas» del Derecho comparado, sin que dicho criterio resulte especialmente clarificador ni ilustrativo en esta materia¹⁶. Con ello, se realizan clasificaciones que centran su atención únicamente en la persona del testador y que quizá silencien los complejos detalles que caracterizan a los distintos modelos de protección imperativa de la familia existentes en Derecho sucesorio: ¿qué hay de la legítima material frente a la meramente formal? ¿La legítima como *pars bonorum* o como *pars valoris*? ¿Una legítima meramente asistencial frente a otra que prescinda de la necesidad? ¿Son sinónimos los modelos de *family provisions* y aquellos de alimentos *post mortem*? Las respuestas a estas cuestiones quedan desdibujadas partiendo de los tópicos antes señalados. De ahí que se entienda más apropiada una sistematización que no sólo incida en la libertad de disposición *mortis causa* que ostente el causante, sino también en los derechos que los beneficiarios correspondientes puedan reclamar sobre al caudal hereditario. Bajo esta perspectiva y acudiendo a la clarificadora ordenación acuñada por SCHMIDT¹⁷, cabría distinguir dos grandes modelos generales y dentro de ellos, distintos submodelos en el sentido que se detalla a continuación:

Modelo A: Modelo de absoluta libertad de disposición *mortis causa* e inexistencia de protección imperativa.

Modelo B: Modelo de protección imperativa.

- *Submodelo B1:* participación mediante una cuota fija en la herencia.
- *Submodelo B2:* participación mediante una cuota flexible en la herencia.

consideración. En términos más amplios, libertad de testar significa la facultad que se reconoce a las personas de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza el legislador, que opera entonces como ordenación subsidiaria de la sucesión. La libertad de testar e la libertad para otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil —entonces, habría que buscar una expresión más amplia como libertad de destinar *mortis causa*— para regular la sucesión por causa de muerte, y, por lo tanto, para evitar el reparto igualitario que es la base de la sucesión intestada. En todos los ordenamientos jurídicos se reconoce esta libertad de testar, incluso en aquellos de ideología comunista. Cosa distinta es la libertad para decidir el contenido del testamento. Aquí sí que se evidencia la mayor o menor extensión de la libertad de testar. El causante puede ver restringida esta libertad por la existencia de legítimas o de deberes alimenticios respecto de determinados familiares, o gozar de la posibilidad de destinar incluso todos sus bienes para personas o fines ajenos a su círculo familiar más próximo».

¹⁵ Esto es lo que puede constatar en VIVES VELO DE ANTELO, P., *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación...*, cit., pp. 147 y ss.

¹⁶ Este es el criterio acogido por RENTERÍA AROCA, A., «La libertad de testar en Derecho comparado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, núm. 726, pp. 2095-2128; y seguido por GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil...*, cit., pp. 100 y ss.

¹⁷ Cfr. SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., cit., p. 5.

Estos submodelos abarcan, a su vez, distintas categorías que se irán detallando al afrontar su estudio. Baste decir ahora que dentro del Submodelo B1 cabe distinguir entre los sistemas de participación «en dinero» (*pars valoris*) o valor de la herencia, y aquellos de participación en los propios bienes de la herencia (*pars bonorum*). Mientras que en el Submodelo B2 es muy relevante trazar una ulterior distinción entre los sistemas denominados de *family provisions* y aquellos de continuación *post mortem* del derecho de alimentos. Por último, cabría añadir un submodelo ulterior que fusiona de alguna manera los modelos anteriores: atribuyen, así, una cuota fija sobre la herencia, aunque basada estrictamente en una situación de necesidad del sujeto beneficiario (lo calificaremos como *Submodelo mixto B3*).

2.1. Modelo de absoluta libertad de disposición *mortis causa* e inexistencia de protección imperativa (A)

Lejos de lo que a veces se piensa, son excepcionales los Ordenamientos que se adscriben a este primer modelo de libertad absoluta de disposición *mortis causa* con inexistencia de protección imperativa de determinados parientes. Sólo cabe mencionar dos casos históricos en el ámbito del Derecho romano y el Derecho inglés (con importantes matices), EEUU, uno de los pocos casos vigentes en los que se potencia la libertad de disposición *mortis causa* en mayor medida, así como el caso ciertamente singular (y más extremo, dicho sea de paso) del «Fuero de Ayala».

Comenzando con el Derecho romano¹⁸, hay que remontarse al período pre-clásico en el que se permitía a un testador desheredar a sus hijos sin indicar los motivos y sólo se exigía que esta desheredación se hiciera explícitamente¹⁹. Se trataba de lo que ha venido a denominarse como una «legítima formal» que se halla aún presente en el Derecho civil de Navarra (si bien, con los añadidos en el caso navarro de la atribución de alimentos a los hijos y descendientes del causante en los términos contemplados por la Ley 272; así como la amplia protección de la que siempre ha dispuesto el cónyuge viudo mediante el pretérito «usufructo de fidelidad»²⁰

¹⁸ Téngase en cuenta la precisión señalada por ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 25, acerca de la propia noción de «Derecho romano»: «Lo que más llama la atención sobre esto es el hecho de que no existe «el» Derecho romano. Lo que nosotros podemos reconstruir es una larga historia de desarrollo, en el curso de la cual surgieron una serie de estratos legales».

¹⁹ ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 26. Lo detalla en términos similares MIQUEL, J., *Instituciones Derecho privado romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, p. 169: «El *ius civile* establece un principio muy claro a la libertad testamentaria: *sui heredes aut instituendi aut exheredandi sunt* (= hay que instituir o desheredar a los herederos sui; Reg. Ulp. 22, 14). Cuando el testador contraviene este principio no instituyendo, ni tampoco desheredando a los *sui*, se produce el fenómeno de la preterición, que provoca la nulidad del testamento».

²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., «Legítima material y legítima formal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2009, núm. 49, p. 498, destaca que «[c]uriosamente el Derecho navarro contiene una amplia protección *post mortem* del cónyuge a través del usufructo de fidelidad. [...] La legítima foral navarra protege frente a los errores y las imprevisiones del testador respecto de sus hijos. El llamado usufructo de fidelidad, que

—actualmente denominado «usufructo de viudedad»— sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento, conforme a la vigente Ley 253)²¹. Con ello, como puede verse, no se consagra una libertad absoluta para el testador²², sino limitada al menos por esta exigencia de carácter formal (que llega a ser ciertamente material, si hay cónyuge).

Por lo que respecta al Derecho inglés, a diferencia de lo que suele pensarse, la plena libertad de disposición *mortis causa* sólo existió durante un período de tiempo relativamente breve en términos históricos: entre 1891 y 1939²³. La correcta comprensión de la evolución experimentada en Derecho inglés, sobre el que volveremos más adelante con mayor detalle al referirnos a los modelos de participación mediante una «cuota flexible en la herencia», exige hacer una breve mención a sus antecedentes históricos. El punto de partida es la distinción que los anglosajones hacían entre la propiedad mobiliaria e inmobiliaria a la hora de suceder²⁴. En efecto, desde el Siglo XIII, a la hora de hacer un testamento²⁵, se distinguía

es un usufructo universal, también debe computarse en esta protección a la familia. En Navarra, por tanto, no existe legítima material de los hijos, pero existe a favor del cónyuge viudo una legítima material muy extensa [...]».

²¹ La Ley 267 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973 de 1 de marzo), define la legítima navarra en los términos siguientes: «La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de «cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles», no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero. La atribución de la «legítima navarra» con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal». Como explica CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y el Derecho sucesorio», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2022, 2ª Edición, p. 51: «Navarra conserva, no obstante, el concepto romano de ‘legítima formal’, por lo que es precisa la mención de los legitimarios para apartarlos de la sucesión, de manera que se protege la voluntad del testador frente a errores de conocimiento sobre la existencia de descendientes mediante el mecanismo de la preterición (Ley 271); cumplido este requisito, la legítima no tiene contenido patrimonial o material (Ley 267). El límite a la libertad de testar para proteger a los hijos matrimoniales de primeras nupcias (que establecía la anterior Ley 272) ha desaparecido en la reforma operada por la Ley Foral 21/2019, la cual ha introducido en cambio *ex novo* un derecho de alimentos que cualesquiera hijos y descendientes del causante que los necesiten pueden reclamar a los sucesores de éste en ciertas circunstancias y, en particular, a falta de usufructo de viudedad vigente (nueva Ley 272) [...]».

²² Así lo advierte el propio ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 26, refiriéndose a la libertad de testar en Derecho romano: «[L]a libertad de testar nunca fue completamente irrestricta».

²³ KERRIDGE, R., «Family Provision in England and Wales», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 384.

²⁴ Sobre esta evolución seguimos la exposición realizada en mi obra MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, pp. 35 y ss.

²⁵ Originariamente, los testamentos no debían reunir formalidad alguna y eran típicamente orales: una voluntad testamentaria expresada normalmente en los últimos días de vida a modo de confesión comunicada al sacerdote de la parroquia. Vid. a este respecto KERRIDGE, R., «Testamentary formalities in England and Wales», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., *Comparative Succession Law*, Vol. I (*Testamentary Formalities*), Oxford

entre la propiedad mueble (*personalty*²⁶) y la inmueble (*realty*), ya que sólo los muebles podían ser objeto de disposición testamentaria. Además, el poder de disposición *mortis causa* sobre la *personalty* no era ni mucho menos absoluto: sólo comprendía un tercio de los bienes, pues de los dos tercios restantes, uno estaba destinado a la viuda y otro a los hijos del causante. La *realty*, por el contrario, sólo podía ser enajenada mediante transmisiones *inter vivos*, de forma que, fallecido el propietario, pasaba automáticamente por vía imperativamente intestada a su heredero (el primogénito varón, si lo tenía)²⁷. La indisponibilidad *mortis causa* de la *realty* fue el germen de los denominados *uses*, antecedente de los actuales *trusts*, con los que se lograba sortear dicha restricción transmitiendo los bienes a personas distintas del heredero. Los *uses* presentaban, además, una ventaja adicional: no estaban sujetos a tributación feudal. Esta circunstancia provocó la intervención de Enrique VIII, quien en 1535 impulsó la aprobación del *Statute of Uses*, cuyo propósito principal fue limitar la efectividad de los *uses* y sujetarlos al sistema tributario de la corona. La tramitación parlamentaria de esta ley no estuvo exenta de polémica, pues los miembros del Parlamento inglés eran grandes propietarios de inmuebles, de modo que no vieron con buenos ojos la iniciativa legislativa auspiciada por el conocido monarca²⁸. Enrique VIII, conocedor de esta realidad, cinco años más tarde, como contrapartida, permitió la aprobación del *Statute of Wills* de 1540, con el que se extendió el poder de disposición *mortis causa* a la *realty*²⁹. Progresivamente y en términos desiguales a nivel territorial, la libertad de

University Press, Oxford, 2011, p. 308: «There was no formalities for testaments which could be, and usually were, oral, and which were usually made shortly before death. (...) It would often be the parish priest who was at a dying man's bedside when he chose to make his oral testament (...)».

²⁶ La noción de «*personalty*» incluía no solo los bienes muebles, sino también los *leases* sobre inmuebles (una suerte de arrendamiento de naturaleza jurídico-real); KERRIDGE, R., «Testamentary formalities in England and Wales»..., *cit.*, p. 308: «*Realty* was property which could be recovered by real action, and the main form of *realty* was freehold land. *Personalty* was property which could not be recovered by real action and included not only moveables, but also leasehold land». Ello explica que preferimos emplear el término original *personalty* y *realty*, en lugar de su imprecisa traducción por bienes muebles e inmuebles, respectivamente.

²⁷ KERRIDGE, R., «Testamentary formalities in England and Wales»..., *cit.*, p. 308: «(...) By the thirteenth century it had been accepted, as far as will-making was concerned, that there was a distinction between *realty* and *personalty*. (...) Litigation relating to *realty* was conducted in the common law courts and it became established by the thirteenth century that it was not possible for someone who owned *realty* to pass it by will, to «devise» it, on death. It was possible to transfer it *inter vivos*, but on the owner's death it passed automatically to his heir, his eldest son if he had one. By contrast, it was established that the owner of *personalty* could, generally, bequeath it as he chose on his death. He could do this by making testament».

²⁸ MAITLAND, F. W., *Equity. A course of lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 1909, p. 35, acerca del *Statute of Uses* comenta de forma muy descriptiva que su implantación fue forzada a un Parlamento extremadamente poco dispuesto por un rey de voluntad inquebrantable: «[f]orced upon an extremely unwilling parliament by an extremely strong-willed king».

²⁹ Ello no se traduciría en una plena equiparación en el plano sucesorio entre la *personalty* y la *realty*, antes bien, seguían existiendo diferencias sustanciales entre ambos tipos de bienes: los tribunales competentes para los asuntos sucesorios eran distintos en cada caso (en el caso de la *personalty*, los competentes eran los tribunales eclesiásticos, mientras que los tribunales de *Common Law* eran los responsables para la *realty*) —así lo apunta HELMHOLZ, R. H., *The Oxford History of the Laws of England*, Vol I (The History of the Canon Law and Ecclesiastical

disposición *mortis causa* sobre la *personalty* fue ampliándose hasta ser plena en 1724 al llegar finalmente a Londres, último territorio que aún contemplaba partes reservadas para la viuda y los hijos del causante. Sólo a partir de este momento puede hablarse de una plena libertad de disposición *mortis causa* referida al conjunto del patrimonio del causante. No obstante, debe hacerse una precisión sobre el particular: por lo general, la titularidad de las tierras se ostentaba mediante *trusts* durante varias generaciones, de modo que el propietario se hallaba en una posición similar a la de un arrendatario vitalicio. Sólo después de que estas vinculaciones desaparecieran en gran medida hacia finales del siglo XIX, se puede hablar de una libertad testamentaria sin restricciones, tanto en un aspecto formal cuanto material³⁰. Libertad plena que se desvaneció en 1938 con la importación de las «family provisions» procedentes de Nueva Zelanda, como seguidamente se verá.

El caso de EEUU es ciertamente singular en el panorama comparado de Derecho vigente, ya que con los matices que ahora se dirán (y con la salvedad de Luisiana, donde sí existe la «legítima»), proclaman una absoluta libertad de disposición *mortis causa*. Así lo afirma el *American Law Institute* en el *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers*: «El principio organizador del Derecho estadounidense en materia de transmisiones a título gratuito es la libertad de disposición. Los propietarios tienen el derecho prácticamente ilimitado de disponer de sus bienes como les plazca»³¹. Se trata de un principio de gran raigambre histórica, asentado socialmente, que se ve reforzado por la sólida concepción estadounidense del derecho de propiedad propia de LOCKE³² y el individualismo de JEFFERSON. En efecto, al tiempo de la independencia estadounidense el Derecho inglés, como acaba de verse, consagraba una absoluta libertad de testar. Es un principio que apenas ha

Jurisdiction 597-1649), Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 388: «[E]nglish law made a basic division between succession to chattels and succession to land. Only jurisdiction over the former was held by the ecclesiastical courts. That division was not called for by the *ius commune*, it could never be maintained strictly in probate practice, and it complicated the administration of many estates»—. Y el procedimiento a seguir para testar también variaba. En efecto, el testador sólo podía disponer de la *realty* mediante un testamento por escrito, que no debía ser autenticado ante los tribunales, de forma que con la apertura de la sucesión pasaban directamente a manos del sucesor designado (*beneficiary*, también conocido como *devisee*, dado que la disposición *mortis causa* de la *realty* se conocía como *devise*); de no existir testamento, al igual que sucedía con anterioridad a la entrada en vigor del *Statute of Wills* de 1540, la *realty* se transmitía al único heredero. La *personalty*, por el contrario, podía ser objeto de testamento que no estaba sujeto a ningún requisito formal, si bien debía ser probado y autenticado ante el tribunal eclesiástico competente, labor encomendada a los *executors* designados en testamento, o a los *administrators* (en caso de renuncia del *executor* o imposibilidad de su aceptación, así como en ausencia de testamento).

³⁰ SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., *cit.*, p. 6.

³¹ American Law Institute, *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers*, 2003, §10.1 cmt a, c: «[t]he organizing principle of the American law of donative transfers is freedom of disposition. Property owners have the nearly unrestricted right to dispose of their property as they please»; así lo destaca SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 534.

³² LOCKE, J., *Two Treatises of Government* (Edited by Peter Laslett), Cambridge University Press, Cambridge, 1960.

experimentado modulaciones en el Derecho sucesorio, de ahí que siga siendo perfectamente posible excluir a un hijo de la sucesión, incluso aunque sea menor de edad³³.

Son distintos los argumentos que se emplean para defender esta robusta libertad de testar y que pueden ser ilustrativos para el debate sobre las legítimas en clave española. Se estima que la posibilidad de disponer libremente de los propios bienes para después de la muerte es un derecho natural inherente al propio derecho de propiedad³⁴; constituye, además, un incentivo para «la industria y el ahorro», pues la posibilidad de transmitir los bienes de forma libre propicia su acumulación, lo cual acaba redundando además en interés de la sociedad en su conjunto. Propicia que los potenciales sucesores se vean alentados a proporcionar los cuidados adecuados al testador; y es la opción más adecuada desde un punto de vista práctico, ya que su limitación daría lugar a que los individuos exploraran medios alternativos (y en muchos casos menos eficientes) de distribuir su patrimonio. La práctica totalidad de los padres se preocupa por asistir adecuadamente a sus hijos menores y los casos de desheredación suelen ir referidos a los hijos mayores de edad, por razones que suelen estar más que justificadas. Finalmente, si los hijos no dan por hecha su participación en la futura herencia se preocuparán por esforzarse para ser independientes económicamente y se entiende que habrán recibido ya en vida lo necesario. Existe, por otra parte, una tendencia a designar como único heredero al cónyuge viudo, particularmente en los casos de matrimonios de cierta edad, para garantizar el sostenimiento de los gastos médicos; lo cual redundará previsiblemente en beneficio de los hijos, pues el cónyuge sobreviviente empleará el caudal en asistirlos en lo necesario³⁵.

Bajo estas premisas puede imaginarse la lectura que se hace de los modelos con participación obligatoria de los familiares en la herencia a modo de la legítima continental: se entiende que constituyen sistemas poco eficaces que no respetan suficientemente la libertad y autonomía

³³ SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 538.

³⁴ HIRSCH, A. J. y WANG, W. K. S., «Qualitative Theory of the Dead Hand», *Indiana Law Journal*, 1992, Vol. 68: Iss. 1, p. 6: «Perhaps oldest is the notion that testators have a natural right to bequeath. Having created wealth by the sweat of her brow, the testator is naturally free to do with it as she pleases-including passing it along to others. Locke and Grotius, among other philosophers, took this view, which after centuries in eclipse has lately drawn flickers of judicial support» (Quizá la más antigua sea la noción de que los testadores tienen un derecho natural a transmitir su patrimonio por herencia. Habiendo creado riqueza con el sudor de su frente, el testador es naturalmente libre de hacer con ella lo que le plazca, incluida la transmisión a otros. Locke y Grocio, entre otros filósofos, adoptaron este punto de vista, que tras siglos en el olvido ha recibido últimamente apoyo jurisprudencial).

³⁵ Todo esta batería de argumentos a favor de la libertad de testar se detallan con gran claridad por SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, pp. 535-537 y allí cfr. mayores referencias.

individual³⁶. La libertad de testar promueve, por el contrario, una planificación más inteligente del patrimonio que las normas rígidas sobre sucesión forzosa³⁷.

No obstante, la exposición del modelo estadounidense resultaría incompleta sin hacer una mención a la posición del cónyuge viudo (en particular, desde la óptica del régimen económico matrimonial), a las consecuencias prácticas ligadas en la generalidad de los casos a los testamentos en los que se desheredan a los hijos, así como al instituto de la preterición (no intencional).

Comenzando con la posición del cónyuge viudo, es obligatorio aludir a los regímenes económico-matrimoniales que rigen en los distintos Estados. En algunos (los más apegados a la tradición continental por razones históricas, un total de nueve³⁸), rige un sistema comunitario, donde todos los bienes adquiridos durante el matrimonio procedentes del trabajo se consideran copropiedad de ambos cónyuges, con independencia de a nombre de quién estén. De este modo, con el fallecimiento de uno de los cónyuges el viudo adquiere la mitad de los bienes comunitarios. En los restantes Estados rige un sistema de estricta separación de bienes, si bien en la generalidad de los casos (en cuarenta de los cuarenta y un Estados con régimen de separación³⁹) se reconoce algún tipo de derecho de protección conyugal para garantizar que el cónyuge supérstite no pueda quedar desamparado a la muerte de aquél que percibiera mayores ingresos. Este derecho se conoce como *elective share* y permite que el cónyuge viudo se acoja al testamento del difunto, o «elija» oponerse al testamento y recibir un porcentaje o una cantidad de la herencia del difunto concedida por ley, que resulta considerablemente variable en los distintos Estados⁴⁰.

Otra cuestión espinosa del régimen estadounidense de plena libertad de disposición *mortis causa* del patrimonio concierne las frecuentes contiendas sobre la validez del testamento

³⁶ Como indica NATHAN, M., «Assault on the citadel: rejection of forced heirship», *Tulane Law Review*, 1977, núm. 52, p. 19: «[w]hen a parent cares enough to write a will, the parent more often than not will know better how to dispose of his property than will the state by imposing an inflexible blanket rule. In other words, while most testators will probably want to preserve equality of heirship, in any given situation the parent himself will generally know better how to distribute his property among his heirs than does the state by making inalterable rules that apply to everyone virtually without exception» (Cuando un padre se preocupa lo suficiente como para redactar un testamento, la mayoría de las ocasiones sabrá mejor cómo disponer de sus bienes que el Estado imponiendo una norma general inflexible. En otras palabras, aunque es probable que la mayoría de los testadores quieran preservar la igualdad de los herederos, en una situación determinada el propio padre sabrá mejor cómo distribuir sus bienes entre sus herederos que el Estado, que impone normas inalterables que se aplican a todos prácticamente sin excepción).

³⁷ SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 537.

³⁸ Arizona, California, Idaho, Luisiana, Nevada, Nuevo México, Texas, Washington, y Wisconsin.

³⁹ El único Estado con un régimen de separación que no reconoce la *elective share* al viudo es Georgia.

⁴⁰ El análisis detallado de cada uno de los porcentajes y cuantías garantizados en los distintos Estados excedería de los límites del presente trabajo. Una relación de las distintas normas que regulan la materia en los distintos Estados puede verse en SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, pp. 542 y ss.

basadas en la falta de capacidad del testador o la falta de plena libertad en la emisión del consentimiento ante la existencia de dolo o eventuales influencias indebidas. En los casos en que el testador adopte decisiones que se aparten de lo que resultaría esperable en relación con sus familiares más próximos (particularmente, los hijos), es práctica habitual que se impugne la validez del testamento ante los tribunales y existe abundante jurisprudencia que acaba estimando estas reclamaciones⁴¹. Como indica SCALISE, la simpatía por los hijos desheredados y la animadversión hacia los testadores egoístas y crueles desempeñan sin duda un importante papel en muchos casos⁴². Con ello, se da lugar a una modificación de la voluntad testamentaria por vía judicial y con un resultado final impredecible.

Uno de los institutos que ha experimentado una mayor tendencia expansiva en la realidad sucesoria estadounidense ha sido el de la «influencia indebida»⁴³. Ello explica que haya recibido una importante atención por parte del *American Law Institute* a través del *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* de 2003. En efecto, en un principio, la apreciación de influencia indebida exigía fuerza física o engaño manifiesto, si bien a lo largo del S. XXI se prescinde de estos presupuestos y acaba consolidándose por el mero hecho de que «la mente y la voluntad del testador hayan sido dominadas y sometidas a la voluntad de otro; de modo que, aunque el testador pareciera manifestarlo de forma voluntaria e inteligente, en realidad se tratara de la voluntad de otro»⁴⁴. Esta es la línea acogida precisamente por el actual *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* de 2003, donde se define la influencia indebida en términos bastante amplios como el supuesto en que «el infractor ejerza tal influencia sobre el donante que anule su libre voluntad y propicie que realice una liberalidad que, de otro modo, no habría realizado»⁴⁵.

⁴¹ SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 545, subraya: «Wills that unreasonably omit the natural objects of a testator's bounty, such as children of the deceased, are more susceptible to challenges based upon lack of mental capacity, fraud, or undue influence» (Los testamentos que omiten injustificadamente los beneficiarios naturales de la liberalidad del testador, como los hijos del difunto, son más susceptibles de impugnación por falta de capacidad mental, dolo o influencia indebida).

⁴² SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 546; para mayores referencias jurisprudenciales sobre esta materia puede verse la extraordinaria exposición realizada por el mismo autor (pp. 545 y ss.).

⁴³ Para un estudio detallado de la doctrina sobre la influencia indebida en Derecho sucesorio cfr. SCALISE, R. J., «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, Vol. 19, núm. 1, pp. 41-106.

⁴⁴ SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 546.

⁴⁵ American Law Institute, *Restatement (Third) of Property...*, *cit.*, § 8.3: «[T]he wrongdoer exerted such influence over the donor that it overcame the donor's free will and caused the donor to make a donative transfer that the donor would not otherwise have made».

Como puede observarse, se trata de definiciones necesariamente genéricas abocadas a un enorme casuismo e inevitable discrecionalidad judicial⁴⁶.

Para superar esta incerteza, los tribunales estadounidenses han desarrollado (sin éxito) un test para determinar la existencia de influencia indebida, que demuestra ser ciertamente inútil; se basa en la prueba de cuatro elementos: a) el testador debe ser susceptible de dicha influencia; b) el que ejerce la influencia debe tener la oportunidad de ejercerla efectivamente; c) el que ejerce la influencia debe tener la disposición de hacerlo; d) y el que ejerce la influencia indebida debe lograr el resultado deseado⁴⁷.

Sobre estas premisas, la jurisprudencia y el propio *Restatement* anteriormente citado ha acabado aplicando verdaderas presunciones de influencia indebida ante la concurrencia de un conjunto de circunstancias que se califican como «objetivas» (aunque seguidamente se verá que no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados que pueden dar lugar igualmente a un casuismo que dista de ofrecer certeza): la existencia de una «relación de confianza» entre el causante y el que presuntamente ejerce la influencia indebida; así como la concurrencia de otras «circunstancias sospechosas». En cuanto a la relación de confianza, se dice que esta abarca no sólo las relaciones jurídicas propiamente fiduciarias, como las de abogado-cliente o médico-paciente, sino también las relaciones familiares, como las de padre-madre-hijo, o marido-mujer. De hecho, se llega a sugerir que la prueba de la «relación de confianza» es tan amplia que incluiría a «cualquier tipo de relación entre dos seres humanos en la que las partes actúen con independencia la una de la otra... si una de las partes muestra algún tipo de confianza en la otra». Junto a la relación de confianza en los términos expuestos, deben darse otras «circunstancias sospechosas» para que se presuma la existencia de influencia indebida. Al igual que en el caso anterior, la prueba de estas circunstancias es muy amplia e incluye: a) casos en los que el causante se encuentre en un estado físico o mental debilitado; b) situaciones en las que exista una «discrepancia decisiva» entre un nuevo testamento y uno anterior; c) y ejemplos en los que «la disposición de los bienes es tal que una persona razonable la consideraría antinatural, injusta o injusta, por ejemplo, si la

⁴⁶ Como acertadamente apunta SCALISE, R. J., «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis»..., *cit.*, p. 43, acerca de las dificultades insuperables de la concreción del concepto o contenido de influencia indebida: «The concept of undue influence in American law is a notoriously difficult one, and any attempt to define undue influence often degenerates into nothing more than platitudes about 'substituting one's volition for another' and generalities concerning whether a testator is 'susceptible' to a kind of influence considered 'undue' by the law» (El concepto de influencia indebida en el derecho estadounidense es notoriamente difícil, y cualquier intento de definir la influencia indebida a menudo se reduce a tópicos sobre «sustituir la voluntad propia por la ajena» y generalidades sobre si un testador es «susceptible» a un tipo de influencia considerada «indebida» por la ley).

⁴⁷ SCALISE, R. J., «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis»..., *cit.*, p. 55; de ahí que el propio autor califique dicho test como «impreciso» y «poco útil», apreciaciones con las que ciertos tribunales también coinciden: «As pervasive as this test is, it is often vague and unhelpful. Some courts have characterized it as 'almost totally meaningless' and containing elements that 'beg[] the question».

disposición deshereda de forma abrupta y sin motivo aparente a un familiar que es fiel y merecedor de la herencia»⁴⁸. A todo ello se añade, que como bien apunta MADOFF, nos encontramos ante pruebas puramente circunstanciales en la medida en que conciernen el estado mental de una persona fallecida al tiempo en que se deben apreciar⁴⁹.

En definitiva, la determinación de lo que sea la influencia indebida se traduce en lo que estime el juez sobre la justicia del caso concreto. De ahí que haya autores tales como MADOFF que lleguen a concluir que la influencia indebida protege a los descendientes hasta tal punto que la omisión de los miembros de la familia nuclear del causante sólo se admite cuando haya hecho algo para «merecer» ser desheredado⁵⁰. Esta conclusión, si se piensa, evoca a categorías propias de las legítimas de los Códigos civiles continentales más representativos: hay que acudir al instituto de la «desheredación» justa para excluir a los familiares más cercanos de la sucesión.

De la misma forma, mención especial merece el instituto de la «preterición», que suele pasar inadvertido en las exposiciones sobre la configuración del sistema estadounidense, si bien desempeña un papel de gran relevancia toda vez que supone apartarse del testamento reduciendo así el alcance de la libertad del testador. El estudio detallado de esta materia excedería los límites de este trabajo, basta aquí apuntar algunos aspectos reseñables que evidencian nuevos límites (no aparentes) a la proclamada libertad de testar.

En la generalidad de los Estados se contemplan disposiciones sobre preterición (no intencional, como no podría ser de otra forma tratándose de un sistema de libertad de testar)⁵¹, particularmente dirigidas a los supuestos de nacimientos o adopciones de hijos posteriores al otorgamiento del testamento (considerados, por ello, como testamentos «obsoletos» o «prematureos»). Este es el supuesto de hecho consagrado precisamente en el *Uniform Probate Code* de EEUU⁵², que ha inspirado de una u otra forma la legislación de veintidós Estados. El fundamento de este modelo se cifra en el carácter «obsoleto» del testamento ante un cambio esencial de las circunstancias. En seis Estados, por su parte, la preterición alcanza a hijos nacidos antes del otorgamiento de testamento, rememorando la

⁴⁸ SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 547.

⁴⁹ MADOFF, R. D., «Unmasking Undue Influence», *Minnesota Law Review*, 1997, Vol. 81:571, p. 582: «Under the dominant paradigm, the existence of undue influence is a question about the state of mind of a person who is dead at the time of inquiry. Thus, it is not surprising that it can be proved only by circumstantial evidence».

⁵⁰ MADOFF, R. D., «Unmasking Undue Influence»..., *cit.*, p. 591.

⁵¹ Salvo en el caso del Estado de Wyoming donde las reglas sobre preterición vienen determinadas por la jurisprudencia, en los restantes Estados existen disposiciones normativas que regulan expresamente la materia. Una relación detallada de las regulaciones existentes en los distintos Estados con reflexiones comparativas de gran valor puede verse en HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills», *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2015, Vol. 50, núm. 2, pp. 175-266.

⁵² Sección 2-302 del Uniform Probate Code (tras la última revisión operada en 2019).

legítima formal del Derecho romano⁵³, aunque con un alcance desigual. En este último caso se apela al «error» del testador, o del abogado que redacta el testamento (*scrivener*), como fundamento de la preterición. De hecho, la preterición no intencional en EEUU encuentra su origen en pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales ingleses en los que se invocaba la regla romana con carácter expreso. El primer caso que suele citarse es el de *Overbury v. Overbury* de 1693 donde el tribunal inglés determinó que, si un testador otorgaba testamento disponiendo de sus bienes muebles y posteriormente tenía un hijo, el testamento quedaba revocado, con cita de la regla justiniana sobre el *inofficiosum testamentum*⁵⁴. La cita es imprecisa, en la medida en que la regla romana se aplicaba en todo caso en relación con los hijos omitidos en el testamento al margen del tiempo del nacimiento (no solo posterior, sino también anterior al otorgamiento del testamento). Esta doctrina jurisprudencial se extendió desde 1771 también a las disposiciones testamentarias sobre bienes inmuebles y se acogió por el *common law* estadounidense de forma generalizada. Pronto comenzaron a dictarse normas específicas sobre el particular de la mano del auge de la actividad legislativa en los nuevos territorios independientes. La primera norma sobre hijos preteridos fue la dictada en la provincia de Massachusetts Bay en el año 1700, donde se consagró fielmente la regla romana por la que se protegía a cualquier hijo no mencionado expresamente en el testamento, aunque sin revocar por completo el testamento atribuyéndole lo que le correspondiera por sucesión intestada⁵⁵. Este modelo, con pequeñas variaciones, fue el recogido en todas las leyes sobre preterición de hijos en EEUU hasta mitad del S. XX. En la actualidad, como ya se ha anticipado, sólo se consagra en los seis Estados mencionados. Es importante considerar el contexto social que caracterizaba al testador medio en los tiempos en que se dictaron estas leyes en EEUU: típicamente, los testamentos se otorgaban en el lecho de muerte de los testadores, de ahí que resultara más factible apoyarse en el error como base de las normas sobre preterición. Esta no es la realidad actual, de ahí que el modelo mayoritario circunscriba la preterición a casos de hijos nacidos o

⁵³ Se trata de los Estados de Arkansas (§ 28-39-407 (b) Arkansas Code Annotated), Nevada (§§ 133.160, 133.170 y 133.180, Nevada Revised Statutes), New Hampshire (§ 551:10 New Hampshire Revised Statutes), Oklahoma (§§ 84-131, §84-132 Oklahoma Statutes), Vermont (Título 14, §§ 332 y 333 Vermont Statutes) y Wisconsin (§ 853.25 (1) y (2) Wisconsin Statutes & Annotations).

⁵⁴ La cita se toma de HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 179 y allí mayores referencias. Puede encontrarse un extracto del caso en la web del Commonwealth Legal Information Institute (<https://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1794/1216.pdf>; fecha de consulta: 6 de julio de 2025): «[i]f a man make his will and dispose of his personal estate amongst his relations, and afterwards has children and dies, that this is a revocation of his will, according to the notion of the civilians, this being an *inofficiosum testamentum*».

⁵⁵ HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 180, nota n. 24 y allí mayores referencias.

adoptados después del testamento, dejando escaso margen para el «error» y apoyándose mayoritariamente en el carácter «obsoleto» del testamento⁵⁶.

Este supuesto mayoritario de preterición basado en la obsolescencia del testamento entraña, no obstante, numerosísimos problemas interpretativos en la práctica; entre otros: ¿en qué condiciones debe el legislador presumir que un testamento ha quedado obsoleto, a pesar de que el testador no haya llegado a revocarlo o revisarlo expresamente? ¿En qué preciso momento debe prevalecer la denominada «intención implícita» del testador en aplicación de las disposiciones legales sobre preterición frente al propio testamento? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador? Las respuestas son ciertamente complejas y exigen delimitar un conjunto de categorías heterogéneas que engloban a hijos matrimoniales, hijos concebidos y no nacidos, hijos concebidos y nacidos *post mortem* mediante técnicas de reproducción asistida, hijos adoptados (y las consecuencias sucesorias planteadas en relación con la familia biológica)⁵⁷. Para evidenciar estas dificultades merece la pena tomar como modelo paradigmático el consagrado en el *Uniform Probate Code*. En la Sección 2-302, rubricada «hijos omitidos», se contemplan dos supuestos principales: aquél en que la relación paternofilial se determina después del otorgamiento del testamento [apartado (a)], y el caso del hijo dado por fallecido por el testador [apartado (b)].

Comenzando con el apartado (a) de la Sección 2-302, se determina que «Si el testador se convierte en padre de un hijo después de la formalización del testamento y no lo incluye en el mismo, el hijo omitido recibirá una parte de la herencia de la siguiente manera:

- (1) Si el testador no tenía hijos vivos en el momento de otorgar el testamento, el hijo omitido recibirá una parte de la herencia igual al valor que habría recibido si el testador hubiera fallecido sin testamento, a menos que el testamento haya dado en herencia la totalidad o la mayor parte de su patrimonio hereditario a otro progenitor del hijo omitido y que dicho progenitor sobreviva al testador y tenga derecho a heredar en virtud del testamento.
- (2) Si el testador tenía uno o más hijos vivos en el momento de otorgar el testamento, y el testamento destinaba bienes o derechos sobre bienes a uno o más de los hijos vivos en ese momento, el hijo omitido tiene derecho a participar en la herencia del testador de la siguiente manera: (A) La parte de la herencia del testador a la que

⁵⁶ Así lo apunta con gran claridad HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, pp. 184-187.

⁵⁷ Cfr. HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, pp. 189-216.

tiene derecho el hijo omitido se limita a las disposiciones hechas a favor de los hijos vivos del testador en el momento de otorgar el testamento. (B) El hijo omitido tiene derecho a recibir la parte de la herencia del testador, con la limitación establecida en el apartado (A), que habría recibido si el testador hubiera incluido a todos los hijos omitidos junto con los hijos a los que dejaron bienes en virtud del testamento y hubiera otorgado una parte igual de la herencia a cada hijo. (C) En la medida de lo posible, los derechos otorgados al hijo omitido en virtud de este apartado deberán ser de la misma naturaleza (...) que los otorgados por el testador a los hijos que estaban vivos en el momento de la formalización del testamento. (D) En la satisfacción de la participación prevista en este apartado, los bienes asignados a los hijos del testador que estaban vivos cuando se formalizó el testamento se reducirán proporcionalmente. Al reducir las asignaciones testamentarias de los hijos vivos en ese momento, el tribunal preservará en la medida de lo posible el carácter del plan testamentario adoptado por el testador».

Lo dispuesto en el apartado (a) apenas transcrito no resulta de aplicación en los casos en que pueda deducirse del testamento que la omisión haya sido intencional, así como en los casos en que se hayan realizado atribuciones a favor del hijo omitido fuera del testamento, de las que quepa deducir razonablemente que son sustitutivas de lo que habría recibido por testamento [apartado (b)].

Finalmente, el apartado (c) extiende la aplicación de las reglas anteriores a los hijos omitidos que vivan al tiempo de otorgar testamento, pero que el testador creyera fallecidos.

Como puede comprobarse, el *Uniform Probate Code* centra su atención específicamente en hijos preteridos que nacen o se adoptan con posterioridad al otorgamiento del testamento, así como en los ya nacidos entonces que se dan por fallecidos erróneamente. También es destacable que la protección del hijo omitido se establece a modo de presunción, pues cabe desvirtuarse si puede demostrarse el carácter intencional de la preterición, a lo que cabe añadir los casos de atribución del patrimonio hereditario al progenitor sobreviviente (todo, o gran parte) y las atribuciones equivalentes hechas al margen del testamento. La exclusión por atribución del patrimonio al cónyuge viudo sigue una tendencia característica del ideario estadounidense en materia familiar y sucesoria consistente en presumir que el progenitor sobreviviente es quien puede tener mejor criterio para proteger a los hijos⁵⁸. Se entiende que,

⁵⁸ En la versión originaria del *Uniform Probate Code* no se recogía esta excepción por atribución del patrimonio (o gran parte del mismo) al progenitor sobreviviente. La regla se incorporó con la revisión del Uniform Probate Code operada en 1990, con base en la siguiente justificación: «Empirical studies support the increase in the surviving spouse's intestate share, reflected in the revisions of this section. The studies have shown that testators in smaller estates (which intestate estates overwhelmingly tend to be) tend to devise their entire estates to their surviving spouses, even when the couple has children» (Uniform Probate Code, Final Act with

en estos casos, si el testador que tiene hijos matrimoniales al tiempo del testamento deja todo (o gran parte) a su cónyuge es porque ha decidido proveer indirectamente a los hijos. Se estima que la misma conclusión debe extenderse a los hijos nacidos después del testamento⁵⁹.

Las dudas planteadas, en cualquier caso y como se ha anticipado, son múltiples. Entre otras muchas cabe destacar que el tiempo que media entre el otorgamiento del testamento y el nacimiento o adopción del hijo no es un criterio determinante en las normas sobre preterición. Es algo sorprendente, ya que no es comparable la situación de un hijo que nace pocas semanas después del testamento y la apertura de la sucesión, que aquél que lo hace transcurridos veinte años⁶⁰. Esta es una crítica extensiva al conjunto de regulaciones existentes en los distintos Estados. La ponderación del transcurso del tiempo como factor determinante solo halla su marco de aplicación en aquellas legislaciones que, a semejanza del *Uniform Probate Code*, conciben la preterición como una presunción *iuris tantum* de olvido por parte del testador. Dicha presunción, por su naturaleza, admite prueba en contrario destinada a acreditar la voluntad deliberada de excluir al hijo. Es precisamente en la articulación de esta prueba donde el lapso temporal puede ser esgrimido como un indicio de la intencionalidad del causante. Así se confirma por parte de algunas sentencias dictadas por los tribunales en EEUU⁶¹.

Otro aspecto controvertido viene determinado por las incoherencias que cabe deducir de la comparación entre el régimen de la preterición y el de sucesión intestada: hay supuestos de hecho con respuestas dispares en uno y otro ámbito que deberían resolverse de forma semejante. En efecto, si se piensa, tanto en la sucesión intestada cuanto en el régimen sobre preterición se aplican reglas determinadas por el legislador donde se presume la voluntad del testador (el fundamento de las reglas sobre sucesión intestada es harto discutible, como se

Comments, January 21, 2025, p. 32; disponible en la web de la Uniform Law Commission de EEUU: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-78?CommunityKey=35a4e3e3-de91-4527-aeec-26b1fc41b1c3>, fecha de consulta 6 de julio de 2025).

⁵⁹ HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 190.

⁶⁰ Este aspecto se critica enormemente por , A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, pp.192 y 193; el autor propone la consagración de presunciones temporales y no permanentes en materia de preterición.

⁶¹ Así se afirma en el caso *Froehlich v. Minwegen* (136 N.E. 669, 671, Ill. 1922): «The fact that the testator allowed his will thus made to remain unrevoked and unchanged till his death [around three decades after childbirth] is a fact that must have weight in determining his intention as expressed in his will [...]»; también en *Bowdlear v. Bowdlear* (112 Mass. 184, 186, 1873), en relación con un hijo adoptado: «The testator lived more than eleven years [...] and the proper inference from the fact that he made no change in his will would seem to be that he had already made all the provision [...] he intended to make»; tomados de HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, pp. 193, nota n. 77.

sabe, aunque la «presunta voluntad» es un argumento clásico y extendido⁶²⁾ y comporta la protección incuestionable de la familia (en este caso, de los hijos, beneficiarios principales de la sucesión intestada en todos los sistemas). Esta reflexión desvela una paradoja fundamental en el debate sobre las legítimas: si el régimen de la sucesión intestada se cimienta en la protección del núcleo familiar más próximo (basada únicamente en el parentesco y con independencia de su situación de necesidad o de la calidad del vínculo afectivo con el causante), ¿en virtud de qué criterio se desestima este mismo fundamento por anacrónico cuando se defiende la vigencia de la sucesión forzosa?

Volviendo a la preterición en EEUU, hay tres supuestos que evidencian la incoherencia apuntada. En primer lugar, el caso de los descendientes del hijo preterido que no sobrevive al causante: ¿opera una suerte de derecho de representación respecto de los mismos que les haga merecedores de la protección operada por las reglas sobre preterición? El *Uniform Probate Code* parece rechazarlo, en su definición de «child» (con remisión a la normativa sobre *Parentage* desde 2019), solo contempla a los hijos en sentido estricto (descendientes en primer grado), excluyendo a los nietos y descendientes más remotos⁶³. De la misma forma, se plantean importantes dudas acerca del alcance del régimen de preterición sobre el hijo no nacido al tiempo del otorgamiento del testamento, pero ya concebido. Hay distintos Estados que ofrecen una respuesta afirmativa sobre el particular, si bien el *Uniform Probate Code* al igual que gran cantidad de legislaciones estatales no ofrecen respuesta alguna. En el caso del *Uniform Probate Code* que estamos tomando como referencia, sólo indica que la preterición se aplica a hijos «nacidos después del otorgamiento del testamento». Atendiendo a una interpretación literal podría concluirse que la regla sobre preterición también puede aplicarse así a los concebidos al tiempo del testamento, ya que nacen después del fallecimiento del testador. Ahora bien, autorizadas voces doctrinales alcanzan un resultado contrario haciendo una lectura sistemática: el Código sí menciona expresamente al concebido y no nacido,teniéndolo por nacido a efectos de la sucesión intestada, de forma que su omisión en clave

⁶² Sobre el fundamento de las reglas sobre sucesión intestada en clave comparada cfr. REID, K. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., «Intestate succession in historical and comparative perspective», en REID, K. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R. (Editores), *Comparative Succession Law, Vol. II (Intestate Succession)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 445-448, donde se expone la «presunta intención» del testador como fundamento del régimen sobre sucesión intestada y se evidencian las insuficiencias de este planteamiento: «Of course, the value of this explanation can easily be questioned. If presumed intention is so important, it might be asked, why is evidence of actual intention- of letters, reports of conversations, even an unsigned will - so scrupulously ignored? And why is so little account taken of individual circumstances, of whether the deceased was young or old, rich or poor, or whether relatives are needy or affluent, deserving or undeserving? At their highest, the rules of intestate succession can represent no more than the will of some of the people some of the time. Even so, certain succession rules might be left out. In particular, few of those who die intestate would wish their estate to pass to a remote relative whom they might not have met and of whom they might never have heard; fewer still would be happy for it to fall to the state».

⁶³ Cfr. la sección 2-302 (a), punto 5 del Uniform Probate Code, que remite a su vez al Uniform Parentage Act de 2017 y las correlativas legislaciones sobre «parentage» dictada por los distintos Estados.

de preterición deba llevar a proclamar la exclusión de su ámbito de aplicación. Se entiende, además, que quizá sea la solución más razonable sobre la base del carácter obsoleto que subyace como fundamento en el régimen de la preterición: el testador que conoce el hecho de la concepción al otorgar testamento es consciente de la posibilidad del nacimiento posterior, de ahí que su silencio quepa interpretarse como preterición intencional⁶⁴. Finalmente, algo semejante se plantea en relación con los hijos concebidos después del fallecimiento del testador mediante técnicas de reproducción asistida. En estos casos, las reglas sobre sucesión intestada ofrecen respuestas variopintas en los distintos Estados: algunos los consideran herederos abintestato, otros les deniegan tal condición y un tercer grupo consagra una solución casuística basada en la prueba de la intención perseguida por el testador. El *Uniform Probate Code* acoge esta última solución, aunque nada dice en materia de preterición. La lógica que informa la preterición no intencional conduce a afirmar que si la técnica de reproducción (en particular, la congelación del material reproductivo), se inició con posterioridad al otorgamiento del testamento, debería aplicarse el régimen sobre preterición (siendo la solución contraria cuando la técnica se iniciara una vez otorgado el testamento). Aunque partiendo de presunciones, siempre cabría probar la intención contraria en cualquiera de los casos por parte del testador⁶⁵.

Por lo que respecta a los Estados minoritarios que acogen la legítima formal típicamente romana, el caso más llamativo es el del Estado de Arkansas, donde la omisión de cualquier hijo vivo al tiempo del otorgamiento del testamento da lugar a un supuesto de preterición y el preterido tiene derecho a recibir lo que le corresponda por sucesión intestada⁶⁶. No se plantea como una presunción sobre la que quepa prueba en contrario acerca de la intencionalidad de la preterición como sucede en los restantes Estados que admiten la

⁶⁴ HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 199. Este es también el razonamiento seguido por algunos tribunals en sistemas en los que cabe romper la presunción de preterición no intencional en atención del conocimiento del hecho de la concepción al tiempo de otorgar testamento: tal fue lo sucedido en el caso *King v. King* (59 S.W.2d 510, 513, Tenn. 1933): «The court is of opinion that the preservation of her will by [the testator] for this long period [twelve years after childbirth] [...] leads unavoidably to the conclusion that she intended her land to go as provided in her will and thereby to disinherit her son». Cita tomada de HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 200, nota n. 104.

⁶⁵ Así lo destaca HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 202, revelando el papel que puede jugar en su caso el cuestionario que las clínicas de reproducción suelen exigir a los depositantes de esperma.

⁶⁶ Cfr. § 28-39-407 (b) Arkansas Code de 1897: «If, at the time of the execution of a will, there is a living child of the testator, or living child or issue of a deceased child of the testator, whom the testator shall omit to mention or provide for, either specifically or as a member of a class, the testator shall be deemed to have died intestate with respect to the child or issue. The child or issue shall be entitled to recover from the devisees in proportion to the amounts of their respective shares, that portion of the estate which he or she or they would have inherited had there been no will».

preterición sobre hijos nacidos después del testamento (más allá del supuesto residual de los hijos dados por fallecidos al modo del *Uniform Probate Code*).

Como puede comprobarse, en todos los Estados se recogen disposiciones sobre preterición que, al margen de su alcance desigual, no dejan de implicar la protección de los hijos por imperativo legal, desvirtuando a este respecto lo dispuesto por testamento. Como indica Hirsch, cabría realizar una interpretación más «oscura» de las disposiciones sobre preterición como instrumentos para limitar subrepticamente la libertad para testar de los padres. En efecto, las normas que protegen a los hijos omitidos pueden calificarse como instrumentos para impedir la desheredación filial, no prohibiéndola, sino haciendo que sea más difícil de conseguir. Con una paradoja que pone de manifiesto una nueva insuficiencia del sistema de libertad absoluta de testar: los testadores pobres, y por lo tanto mal asesorados, quedarán atrapados por la aplicación de las normas sobre preterición, mientras que aquellos que puedan permitirse un asesoramiento cualificado seguirán viendo cumplidos sus deseos. Solo una norma imperativa que reconozca la participación en la herencia por parte de los hijos al modo de las legítimas continentales puede proteger a los hijos sin discriminar a los testadores por motivos socioeconómicos⁶⁷. Lo anterior se demuestra en la propia experiencia estadounidense donde es precisamente en el Estado de Luisiana donde no existe previsión alguna acerca de la preterición no intencional, lo cual se justifica por la existencia de un sistema de legítimas (de carácter asistencial, como se verá con detalle).

Para concluir esta aproximación al primero de los modelos sobre absoluta libertad de testar e inexistencia de protección imperativa de la familia en clave comparada, merece hacer una breve mención al caso que se ha calificado como «ciertamente singular y más extremo», del «Fuero de Ayala». En efecto, conforme al art. 89.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco actualmente vigente⁶⁸, se consagra la regla de la absoluta libertad de testar: «Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho». Se trata, sin duda, del ejemplo vigente donde la libertad de disposición *mortis causa* del patrimonio se configura en términos más amplios con la posibilidad de «apartamiento». No obstante, existen escasas evidencias que sirvan para evaluarlo, dado su limitadísimo ámbito de aplicación personal/territorial⁶⁹.

⁶⁷ HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills»..., *cit.*, p. 183.

⁶⁸ La Sección cuarta de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, comprensiva de los arts. 88 a 95, lleva precisamente por título «De la libertad de testar en el valle de Ayala en Álava».

⁶⁹ El art. 88.1 concreta el ámbito de aplicación territorial de este singular régimen: «el Derecho civil propio del valle de Ayala rige en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santacoloma y Sojoguti del municipio de Artziniega». GALICIA AIZPURUA, G., «En torno a la revisión

Son distintas las conclusiones que pueden extraerse de la exposición de estos modelos históricos y vigentes de absoluta libertad de testar. En primer lugar, se trata de un modelo ciertamente excepcional en términos históricos y comparados. En todos los casos, además —salvo el supuesto residual del Fuero de Ayala—, la libertad de testar proclamada en términos aparentemente absolutos acaba desencadenando en la implementación de mecanismos que la restringen y modulan en la práctica: así aparecen los orígenes de las legítimas en Derecho romano, las *family provisions* en sistemas de *common law*, la doctrina de la influencia indebida americana como pretexto para justificar una modificación judicial de la voluntad testamentaria, sin olvidar el rol tan relevante que juega la preterición no intencional en EEUU. En otros términos, la experiencia demuestra que la «absoluta libertad de testar» es impracticable e insostenible como posible modelo a seguir. De la misma forma, no puede realizarse una evaluación de un sistema de protección imperativa de la familia (o de su aparente ausencia), fijando la vista exclusivamente en el Derecho sucesorio: debe acudir necesariamente al Derecho de familia, tal y como demuestra el modelo estadounidense donde la protección del cónyuge viudo se colma precisamente a través del régimen económico. Esta visión sistemática es siempre necesaria en Derecho y, particularmente por cuanto respecta al Derecho sucesorio, donde se superponen distintas instituciones estrechamente vinculadas a diversas áreas del Derecho privado (en el caso de la protección de los familiares, como no, el Derecho de familia). Esta última reflexión es especialmente provechosa para el Derecho civil común español en la que suele ser crítica común la «débil» legítima del cónyuge viudo: esta apreciación no sería del todo ajustada si no se tiene presente que el régimen económico que opera por defecto es el de gananciales (tras cuya liquidación por el fallecimiento de uno de los cónyuges, la mitad de la masa ganancial irá a manos del

de las legítimas: casos vasco y estatal»..., *cit.*, p. 15/31, destaca las razones para el mantenimiento de la libertad de testar en la Tierra de Ayala como régimen singular que se mantiene en el nuevo Derecho civil vasco instaurado con la Ley 5/2015, de 25 de junio: «[E]l nuevo régimen general no es absolutamente uniforme, ya que coexiste con dos especialidades: la absoluta libertad de testar ayalesa y la troncalidad vizcaína. El mantenimiento de la primera, que ya venía contemplada en la Compilación de Vizcaya y Álava de 1959 (art. 62) y en la LDCV de 1992 (art. 134), era, atendido el prudente uso que de ella han hecho siempre los vecinos ayaleses, la única solución posible. Desde luego, habría constituido un absurdo lógico que el actual legislador vasco hubiese sustituido este principio por un sistema de legítimas (siquiera por uno tan flexible como el de la LDCV), ya que de esta guisa habría pasado a erigirse en una especie de «curador» de los pobladores de la Tierra de Ayala. Pero es que, además, su conservación se aparecía estratégicamente imprescindible por razón de una eventual ampliación de su ámbito de vigencia a toda Euskadi en un futuro más o menos próximo». Como puede apreciarse, se invoca el «prudente uso» que de la libertad de testar se ha hecho históricamente del Derecho singular de la Tierra de Ayala, lo cual quizá justifique (unido al reducido núcleo de población al que se aplica efectivamente, como ya se ha destacado) que no se hayan planteado problemas semejantes a los relatados con la experiencia de EEUU.

viudo) y que existen un conjunto de disposiciones propias del régimen primario que deben tomarse en consideración para configurar la posición del cónyuge viudo⁷⁰.

2.2. Modelos de protección imperativa de la familia (B): participación mediante una cuota fija en la herencia (Submodelo B1)

Pasamos ahora a estudiar los regímenes que pueden reputarse como abrumadoramente mayoritarios en la escena comparada, a saber, los que sí confieren una protección imperativa a la familia, comenzando con aquellos sistemas que lo hacen mediante la atribución de una cuota fija en la herencia.

Este es el modelo propiamente de la denominada «legítima»⁷¹ seguido en la generalidad de los sistemas europeos continentales, si bien con lógicas diferencias que van referidas a distintos extremos cuyo detalle excedería de los límites del presente trabajo: fundamentalmente, los familiares beneficiados —legitimarios—, las cuantías asignadas, el título de atribución de la legítima, el sistema de cálculo de la legítima, las causas legales para privar de la legítima a los legitimarios, así como la naturaleza jurídica o configuración de estas asignaciones⁷². También es importante destacar que el análisis comparado se hará tomando como referencia esencialmente al colectivo de descendientes, en la medida en que es el más representativo al abarcar a un mayor espectro de sistemas legitimarios (el cónyuge viudo en

⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Implicaciones sucesorias de los regímenes económicos matrimoniales», *La Buhaira*, 2024, núm. 35, pp. 63-67, destaca, entre otras disposiciones, la importancia del art. 1321 CC, en el que se establece que «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber». Esto es, al margen de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable, los bienes relacionados en el precepto expuesto siempre irán a parar a manos del cónyuge viudo.

⁷¹ Debe aclararse que desde esta aproximación comparada que llevamos a cabo nos referiremos a la legítima en su sentido «exclusivamente material», no formal, al margen de que en muchos casos los sistemas de atribución de la legítima en sentido material también contemplen la legítima en sentido «formal», tal y como sucede en España (con instituciones de defensa del heredero forzoso, como la preterición «no intencional», que sólo se explica bajo la óptica de la legítima formal). La importancia acerca de la distinción entre la legítima material y formal se destaca con enorme claridad por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., «Legítima material y legítima formal»..., *cit.*, p. 500: «La legítima material es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por eso herederos forzosos (art. 806 CC). [...] La legítima formal está representada por la carga de mencionar a los hijos en el testamento para claridad de la voluntad del testador respecto de ellos o, si se quiere, para dejar constancia de que usa la libertad de testar teniéndolos en cuenta con independencia de si les hace o les ha hecho atribuciones patrimoniales. Se manifiesta en la sanción de la preterición no intencional. Es posible que la terminología «legítima material-legítima formal» no sea afortunada, pero los conceptos responden a funciones diversas que es preciso perfilar. [...] Ni la preterición ni la colación se identifican con la protección de la legítima material».

⁷² VAQUER ALOY, A., «La libertad de testar y sus límites», en PARRA LUCÁN, M^a. A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 178-180, destaca que hay una multiplicidad de aspectos a considerar en relación con los distintos sistemas legitimarios: la cuantía de la legítima, el carácter individual o colectivo de la legítima, la naturaleza de la legítima, el número de familiares legitimarios, el sistema de cálculo de la legítima, el mayor o menor abanico de causas legales para privar de la legítima a los legitimarios y la admisión de las cautelas compensatorias de la legítima.

muchos sistemas ostenta una posición peculiar⁷³ y existe una tendencia a excluir a los ascendientes de la consideración de legitimarios en las distintas reformas sucesorias más recientes⁷⁴).

Este último aspecto, desde un punto de vista técnico-jurídico, sin duda, es uno de los más interesantes en clave comparada (con no pocas consecuencias prácticas, como ahora se verá). Ya se ha anticipado que cabe configurar la legítima como *pars valoris*, esto es, como un derecho de crédito para reclamar su valor económico sobre la herencia (con carácter general, atendiendo al valor neto de la herencia⁷⁵, o tomando en consideración lo que corresponda en aplicación de las reglas sobre sucesión intestada⁷⁶ y a través de cualquier título de atribución: *inter vivos*, *mortis causa*, a título universal o particular, etc.); o como *pars bonorum*, es decir, cuando el legitimario tiene derecho a percibir el valor de su legítima en bienes de la misma herencia del causante (en este caso, también al margen del título de atribución con que se satisfaga)⁷⁷.

⁷³ En el Código Civil español, como se sabe, ostenta un derecho de usufructo de cuantía variable; también es el caso del Código civil holandés de 2003.

⁷⁴ Así ha sucedido en Holanda (con su nuevo Código civil de 2003), Francia (con la Ley de 23 de junio de 2006), en Austria (tras la reforma operada por la Ley 87/ 2015), en Bélgica (tras la Ley 13 de julio de 2017); y en clave española, los ascendientes tampoco tienen la consideración de legitimarios en Aragón, Navarra, Galicia y País Vasco (en el caso de Cataluña y Baleares, solo los padres) —cfr. el ilustrativo cuadro comparativo elaborado por CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y el Derecho sucesorio»..., *cit.*, p. 52—.

⁷⁵ Es lo que se sostiene en Derecho civil común español.

⁷⁶ Es lo que sucede en Derecho alemán; cfr., § 2303(1), segundo párrafo BGB.

⁷⁷ En este punto dejamos al margen la referencia a dos posibles tipologías atinentes a la naturaleza de la legítima, que no dejan de ser variantes o corolarios de las dos grandes categorías indicadas (*pars valoris* y *pars bonorum*). Nos referimos a la consideración de la legítima como *pars valoris bonorum*, cuando el legitimario tiene un derecho de crédito garantizado mediante una afección real de todos los bienes de la herencia a su satisfacción; o como *pars hereditatis*, cuando el legitimario no solo tiene derecho a percibir su legítima mediante bienes de la herencia, sino además a título de heredero (aquí, además, se añade el debate sobre el título de atribución de la legítima y la posición jurídica del legitimario, aspectos de gran interés y muy discutidos sobre los que entraremos por exceder los límites de este trabajo). Sobre esta cuestión, vid. el fantástico trabajo de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 217 y ss., 360 y ss. También puede verse una exposición muy clara de las distintas posiciones acogidas en la doctrina española acerca de la controvertida naturaleza jurídica de la legítima en RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017 (versión electrónica, BIB 2017\4431). En mi trabajo sobre la posición de los legitimarios en la comunidad hereditaria concluimos que ya se trata de una *pars hereditatis*, o *pars bonorum*, tendrán la consideración de sujetos integrantes de la comunidad; cfr. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2024, pp. 27 y ss.

La rica experiencia española acoge ambos modelos en los distintos sistemas sucesorios (particularmente en relación con la legítima de descendientes): Cataluña⁷⁸, Galicia⁷⁹ y País Vasco (salvo el caso excepcional ya expuesto de la Tierra de Ayala)⁸⁰ acogen un modelo de legítima de crédito, mientras que el Derecho civil común, siguiendo la interpretación mayoritaria acoge una legítima como *pars bonorum*⁸¹.

Fuera de España, sin ánimo de ser exhaustivos y centrándonos en los modelos más representativos, puede decirse que la legítima como *pars valoris* se origina en el ABGB

⁷⁸ Cfr. el art. 451-1 del CC de Cataluña: «La legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma». Sobre la legítima en Cataluña, vid. con mayor detalle VAQUER ALOY, A., «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», en TORRES GARCÍA, T. F., *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 471-515.

⁷⁹ Cfr. los arts. 240, 243 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.; concretamente, el art. 243 relativo a la legítima de los descendientes dispone: «Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes». Sobre la legítima de crédito tras la reforma operada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, vid. el trabajo de DÍAZ TEJERO, C., *La legítima de los descendientes en la Ley de derecho civil de Galicia*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2018.

⁸⁰ Cfr. el art. 48.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: «La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo». Ante las dudas existentes acerca de la naturaleza de la legítima en el País Vasco, aplicable a todo su territorio a excepción de la Tierra de Ayala, puede verse la importante Sentencia del TSJ del País Vasco, de 10 de junio de 2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:1186), en la que se afirma lo siguiente: «A la luz de todo lo expuesto, debemos determinar que la legítima de los descendientes en el Derecho civil vasco debe caracterizarse como de *pars valoris*, como una cuota ideal de la herencia, de forma que los eventuales derechos del legitimario frente al heredero se configura como un crédito personal abonable con bienes de la propia herencia o ajenos a la misma». Acerca de la legítima en el País Vasco tras la reforma operada por la Ley 5/2015 puede verse con mayor detalle el trabajos de GALICIA AIZPURUA, G., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 5, pp. 77-124; y con anterioridad a la reforma, vid. GIL RODRÍGUEZ, J., «La sucesión forzosa en el País Vasco», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, pp. 2173-2232. GALICIA AIZPURUA, G., «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2024, núm. 125 (versión electrónica), al igual que la Doctrina de la DGSJFP, precisan, no obstante, que nos encontramos realmente ante una legítima configurada como *pars valoris bonorum*, esto es, con afección real de los bienes de la herencia a su satisfacción; Galicia Aizpurua lo justifica en los términos siguientes (p. 6/11): «[H]abía de reconocerse irremediamente la existencia de una afección real de los bienes relictos como garantía de su satisfacción, ya que así vendrían a demostrarlo, de un lado, el art. 43.5 LDCV cuando, en sede de fiducia, exige la autorización de los legitimarios para que el comisario que sea a la vez representante y administrador del caudal pueda disponer a título oneroso de los bienes relictos que allí se enumeran (inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos) y, de otro, el art. 53.2 LDCV cuando establece, para las hipótesis de conmutación de un derecho legitimario menor como es el usufructo correspondiente al viudo o pareja supérstite, que, mientras no se realice el pago de su parte, «estarán afectos [al mismo] todos los bienes de la herencia» (cfr. art. 839 CC). Pues, entonces, ¿cómo no iban a estarlo también en los supuestos de conversión a metálico de la parte reservada en plena propiedad a los descendientes?».

⁸¹ Cfr. el art. 806 CC.

austríaco⁸², que acaba inspirando la legítima del BGB alemán⁸³; y las reformas más recientes operadas en los Derechos sucesorios europeos apuntan a este modelo de legítima de crédito: así sucede con los Códigos Civiles de Francia⁸⁴, Holanda⁸⁵, o Bélgica⁸⁶ (también ha sido un modelo implementado con reformas más o menos recientes en los Derechos civiles de España, tales como señaladamente el Derecho del País Vasco o Galicia). Por lo que respecta a la legítima como *pars bonorum*, fue el modelo originario consolidado por el *Code Civil* a través de su *réserve héréditaire*, y es el que sigue proclamándose curiosamente sin fisuras en Suiza o Brasil⁸⁷.

Nótese que, como suele ser habitual al realizar un ejercicio de comparación, se corre el riesgo de simplificar en exceso al establecer clasificaciones en abstracto que omiten ciertamente

⁸² Cfr. el § 763 ABGB actualmente vigente; es importante subrayar que en Austria se ha experimentado una reforma integral del Derecho sucesorio en 2015, si bien en este extremo no ha existido variación alguna, pues sigue configurándose como legítima de crédito. Es más, realmente la reforma ha venido a positivizar lo que antes se deducía a través de una suerte de interpretación correctora realizada de forma muy influyente por uno de los redactores del ABGB, Franz Edler von Zeiller, que no se salió con la suya en la redacción del originario ABGB, aunque sí lo hizo con carácter posterior mediante el Decreto Imperial (*Hofdekret*) de 1844 que fue el que impuso su interpretación a modo de legítima de crédito (cfr. VON ZEILLER, F. E., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Tomo II/2, Wien, 1812, § 784, pp. 801 y ss).

⁸³ § 2303(1), *in fine* BGB. Sobre la trabajosa discusión acerca de la configuración de la legítima y la adopción del modelo austríaco al tratarse de la solución más práctica, vid. con detalle ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 280-283, y allí más referencias.

⁸⁴ Cfr. el art. 924 del *Code Civil*, tras la reforma sucesoria de 2006, donde en sede de acción de reducción se permite que el eventual exceso pueda abonarse con dinero extra-hereditario y no necesariamente *in natura* con el bien de la propia herencia como sucedía en el régimen anterior. Sobre esta controversia, aportando argumentos en favor de la legítima francesa (*réserve héréditaire*) como *pars hereditatis*, si bien concluyendo que nos encontramos ante una legítima ahora configurada como derecho de crédito (así parece sostenerlo también la *Cour de cassation* francesa), vid. con detalle PÉRÈS, C., «Compulsory Portion in France», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 98 y 99.

⁸⁵ Cfr. el art. 4:63(1) del Código Civil holandés tras su reforma de 2003. Sobre este cambio de configuración de la legítima para pasar a ser un derecho de crédito vid. KOLKMAN, W. D., «Freedom of Testation in the Netherlands», en ZIMMERMANN, R. (Editor), *Freedom of Testation / Testierfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 35 y 36: «This rule [...] clearly reveals the essential difference between the old law and the new: the *legitimar* is no longer entitled to a share of the deceased's estate, but to a share of the value of that estate».

⁸⁶ Cfr. el art. 920 § 2 del Código Civil belga, tras su reforma de 2017. Acerca de la reforma sucesoria belga de 2017 vid. con detalle HEIRBAUT, D., «The sleeping beauty awakens: Belgium's new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, núm. 2, pp. 391-415.

⁸⁷ Cfr. el art. 470 del Código Civil suizo (puede verse una reciente traducción al español realizada por MATEO Y VILLA, I., *Código civil suizo*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2022), y el art. 1846 del Código Civil brasileño. Acerca de la legítima en Brasil en clave comparada dentro de la esfera latinoamericana, vid. con detalle SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 199 y ss.

importantes detalles de cada uno de los sistemas analizados. A este respecto, cabe decir que hay ciertos Ordenamientos que, aunque *a priori* se caractericen como modelos que acogen la legítima como *pars bonorum*, el análisis sistemático de instituciones conexas tales como la posibilidad de pago en metálico de la legítima o el alcance de la acción de reducción, pueden llevar a una conclusión contraria. Es decir, las clasificaciones no son ni mucho menos definitivas⁸⁸. Téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 841 CC, que como por todos es sabido admite que «el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél», pueda «adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios». Igualmente, la posibilidad de que ante el ejercicio de una acción de reducción de donaciones inoficiosas el donatario en Francia no tenga por qué pagar el exceso *in natura* tras la reforma de 2016 (*ex art. 924 del Code Civil*) es lo que ha llevado a la doctrina francesa a proclamar una mutación de la naturaleza de la legítima como *pars valoris* (si bien no es ni mucho menos pacífico, pues el propio art. 924-4 del *Code* afirma que los legitimarios pueden ejercitar la acción de reducción contra terceros poseedores de bienes inmuebles objeto de donación y que hayan sido enajenados por el donatario)⁸⁹.

El modelo de legítima de crédito suele calificarse como mucho más flexible y operativo desde un punto de vista práctico. Además, es el más respetuoso con la libertad de testar, en la medida en que el causante puede destinar libremente sus bienes sin perjuicio de la reclamación (de índole estrictamente pecuniaria) que tendrá en su mano el legitimario⁹⁰. Evita complicaciones en sede particional, al no ser preceptiva la intervención del legitimario que no forma parte de la comunidad hereditaria⁹¹.

⁸⁸ Esto conecta con lo que denuncia VALLET DE GOYTISOLO, J., *Las limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer...*, cit., p. 59, acerca de los riesgos que entraña el excesivo conceptualismo y del método dogmático: «Cuanto acabamos de exponer nos muestra la simplicidad de los planteamientos acerca de la naturaleza de las legítimas, basados en el método dogmático de inversión, que tratan de encajarlas en conceptos jurídicos más amplios, para decidir si el legitimario es heredero o legatario, si la legítima es derecho real o derecho de crédito, si es atribuida directamente por ley o es un deber del testador. No obstante, el conceptualismo no deja de ofrecer utilidad con tal de que su uso no se limite a fines puramente semánticos: sin pretender imponer el concepto que nosotros designamos con la palabra utilizada, sino tratando de saber en qué sentido la han empleado el legislador, el juez, el jurista o el simple ciudadano que la expresaron, por escrito o verbalmente, y a los que tratamos de interpretar».

⁸⁹ PÉRÈS, C., «Compulsory Portion in France»..., cit., pp. 98 y 99.

⁹⁰ Así lo destaca VAQUER ALOY, A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias»..., cit., pp. 7 y 8/40. También ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., cit., p. 282, quien subraya que la defensa de la libertad de testar fue uno de los argumentos empleados por los redactores del BGB para decantarse por la legítima de crédito austríaca: «That decision was based, on the one hand, on the paramount importance of freedom of testation: the testator was to be free as to how to dispose of his property and, in doing so, to take into account the personal qualities of his successors as well as the nature of the property left by him. These dispositions were to be respected and to be protected from interference by others as far as possible».

⁹¹ Esta fue el segundo de los argumentos que emplearon en la comisión redactora del BGB para decantarse por la legítima de crédito; vid. a este respecto ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., cit., p. 283:

La legítima como *pars bonorum*, por otra parte, es la que protege en mayor medida al legitimario. En efecto, ostenta un derecho con eficacia jurídico-real que recae sobre los bienes de la herencia, formará parte de la comunidad hereditaria, su participación consecuentemente será preceptiva en la partición de la herencia y también para la entrega de legados. Cuando la legítima es un mero derecho de crédito, como bien apunta GALICIA AIZPURUA, el legitimario puede ver defraudados sus derechos sobre los inmuebles de la herencia ante la aparición de terceros protegidos por la fe pública registral⁹². A ello cabe añadir los múltiples interrogantes que plantea la posición jurídica del legitimario cuando ostenta un mero derecho de crédito⁹³: ¿es equiparable a la de cualquier otro acreedor ordinario de la herencia? Suele proclamarse el rango inferior de los legitimarios frente a los acreedores ordinarios de la herencia (extremo que también podría ser objeto de debate y que se plantea precisamente en la «Propuesta Zimmermann» como veremos más adelante), aunque no dejan de plantearse importantes controversias, por ejemplo, en orden a la determinación de la responsabilidad por el pago de la legítima: ¿recae únicamente sobre el patrimonio hereditario, o cabe agredir también el patrimonio personal del heredero? Si los herederos pueden satisfacer la legítima con bienes hereditarios, o no hereditarios, ¿qué sucede si son varios y no se ponen de acuerdo con dicha modalidad de pago?⁹⁴ Las consecuencias prácticas (y la complejidad) de estas cuestiones son más que evidentes,

«Forced heirship would often lead to, or enlarge, a community of co- heirs, with all the problems associated with that and with the right, available to all co- heirs, to demand its dissolution. Also, in cases where the amount of the compulsory share was in dispute, the legal position relating to the estate, that is, who was heir and to what extent, remained unclear, for the time being».

⁹² GALICIA AIZPURUA, G., «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes»..., *cit.*, p. 3/11.

⁹³ Decimos «cuando ostenta un derecho de crédito», en la medida en que el legitimario en los modelos de *pars valoris* puede recibir su legítima, como ya se ha indicado, por cualquier título, también como sucesor a título universal lógicamente. De ahí que como apunta acertadamente en clave catalana y gallega DÍAZ TEJEIRO, C., «Algunos problemas prácticos de las legítimas de crédito», en CAPILLA RONCERO, F., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., ARANGUREN URRIZA, F. J., *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Aranzadi, Cizur-Menor, pp. 379 y 380, «[e]l legitimario catalán o gallego no siempre queda relegado a dicha posición jurídica. A este respecto, sucede que la posición jurídica que corresponde al legitimario depende enteramente de la voluntad del causante. Este podrá llamar al legitimario a su sucesión: bien a título universal o a título particular; anticiparle la legítima a través de alguna transmisión lucrativa *inter vivos*; e incluso excluirlo de la sucesión por medio de un determinado tipo de contrato sucesorio —es el caso del pacto de apartación regulado en la ley gallega—. En este sentido, cabe afirmar que cualquier causa de atribución patrimonial es apta para satisfacer la legítima (arts. 451-1 CCCat y 243 LDCG). En realidad, los supuestos en los que el legitimario deviene en simple titular de un derecho de crédito son escasos. Ello solo acontece cuando el causante se limitó a reconocer el derecho del legitimario o dispuso un legado simple de legítima en su favor. Y, también, en los supuestos en los que el legitimario tiene derecho al suplemento (arts. 451-11.1 CCCat y 247 LDCG), o fue preterido intencionalmente o desheredado injustamente (arts. 451-16.1 y 451- 21.2 CCCat; y arts. 258 y 264 LDCG)».

⁹⁴ Sobre estas cuestiones haciendo un análisis comparativo entre el Derecho civil catalán y gallego, vid. DÍAZ TEJEIRO, C., «Algunos problemas prácticos de las legítimas de crédito»..., *cit.*, pp. 381 y ss.

particularmente en los sistemas que consagran la responsabilidad ilimitada de los herederos como regla (suele ser la opción acogida por la generalidad de los sistemas continentales)⁹⁵.

Los mayores riesgos que entraña la legítima como *pars valoris* pueden, no obstante, superarse de alguna forma a través de distintos mecanismos que en algunos casos penden de la iniciativa del propio legitimario. Por ejemplo, cabe establecer una garantía o afección de los bienes hereditarios al pago de la legítima, configurándola, así, como una denominada *pars valoris bonorum*. Esto es lo que se recogía en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña originaria (art. 140) y es lo que defienden voces autorizadas acerca del modelo legitimario vigente en el País Vasco⁹⁶ (dejando al margen, de nuevo, la Tierra de Ayala). Conforme a esta configuración, en clave española ello permite al legitimario solicitar la mención registral del art. 15 RH sobre los inmuebles de la herencia⁹⁷. Ahora bien, a través de esta vía la participación del legitimario en la partición de la herencia vuelve a ser preceptiva, así como para la entrega de legados⁹⁸. Si el legislador español decidiera decantarse por configurar la legítima como *pars valoris*, el legitimario tendría en su mano, como acreedor de la herencia, un conjunto de mecanismos de defensa a su alcance (son los que hemos indicado que penden de «su iniciativa»); entre otros: a) la solicitud de la administración judicial de la herencia conforme al art. 792.2 LEC; b) la oposición a la partición y petición de que se ponga la herencia en administración mientras no se les pague o afiance el importe de su crédito, con base en el art. 1082 CC; c) la solicitud de la anotación preventiva de su derecho de crédito en el Registro de la propiedad para enervar la buena fe de los eventuales terceros; d) o, la reclamación a

⁹⁵ Tal es el caso de España, como de todos es sabido; aunque sujeto a críticas que, bajo el auspicio de la Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019, ha dado lugar a una propuesta de reforma elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación: «Propuesta de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación para la modificación del régimen de responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2023, pp. 79-96. Una exposición detallada del régimen español en tiempos recientes puede verse en CÁMARA LAPUENTE, S., «Administration of Estates in Spain», en REID, K., G. C., SCHMIDT, J. P., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume IV: Administration of Estates*, Oxford University Press, Oxford, 2025, pp. 164-201.

⁹⁶ «Salvo que el causante con vecindad civil vasca haya autorizado al heredero extraño a abonar en metálico extraherencial la legítima de sus descendientes»; así lo defiende GALICIA AIZPURUA, G., «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes»..., *cit.*, p. 10/11.

⁹⁷ Así lo destaca en clave catalana VAQUER ALOY, A., DE BARRÓN ARNICHES, P., «La legítima en Cataluña», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Vol. 2, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, p. 550. Desde la óptica del País Vasco también lo proclama GALICIA AIZPURUA, G., «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes»..., *cit.*, p. 10/11.

⁹⁸ Los legados, como bien indica GALICIA AIZPURUA, G., «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes»..., *cit.*, p. 6/11, [c]ualquiera que sea su naturaleza, están siempre subordinados al pago de las deudas y, cuando existan herederos forzosos, al pago de las legítimas».

que se complete la partición adicionando los objetos o valores que se hayan omitido en la misma en aplicación del art. 1079 CC⁹⁹.

La opción por uno u otro modelo, como puede comprobarse, exige un complejo ejercicio de ponderación de los distintos intereses en juego que permita lograr una respuesta lo más ecuánime posible (a la postre, una de las finalidades esenciales perseguidas por el Derecho de sucesiones). Si se piensa, no es tanto una cuestión de adscribirse a uno u otro modelo, de enfrascarse en discusiones en un plano puramente conceptual, sino de determinar el nivel de garantías que debe proporcionarse al legitimario. En muchas ocasiones se corre el riesgo de perder de vista lo esencial y hay que esforzarse por invertir los términos del debate: no se trata de definir la naturaleza de la figura y forzar sus consecuencias jurídicas, sino de delimitar tales consecuencias (para lograr la ponderación más adecuada de los distintos intereses en juego) y a partir de ahí concretar (por una cuestión de ejercicio más bien de claridad pedagógica) a qué naturaleza responde. Si el legislador se decanta por un modelo de legítima como *pars valoris* y lo acompaña de un conjunto de garantías que posicionan al legitimario en un estadio semejante al existente con la legítima como *pars bonorum*, resultarán reprochables las mismas «trabas» que suelen denunciarse en relación con la legítima como *pars bonorum*. Está aquí servida la complejidad que caracteriza de modo insuperable a toda reforma que pretenda plantearse en el fascinante mundo del Derecho de sucesiones.

2.3. Instrumentos que flexibilizan los modelos de participación mediante una cuota fija en la herencia: la mejora y la legítima colectiva¹⁰⁰

⁹⁹ Una relación detallada de los mecanismos de defensa de los acreedores de la herencia puede verse en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al artículo 1082 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7906 y ss.

¹⁰⁰ Además de estas instituciones ligadas propiamente a la configuración del sistema legitimario, existen distintas figuras que inciden extraordinariamente en la libertad de disposición *mortis causa*, en las que no entraremos por exceder de los límites del presente trabajo: entre otras, los pactos sucesorios, en particular los concernientes a la renuncia a la legítima futura (prohibido por el art. 816 CC español; cfr. sobre la sucesión contractual en Derecho civil común español, el importante trabajo de ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código civil*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999) que se emplea con gran frecuencia en Alemania (cfr. §§ 2346-2352 BGB; sobre esta figura, vid. con detalle RÖTHEL, A., «Umgehung des Pflichtteilsrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2012, núm. 212, pp. 189 y ss.), y que también se admite en los Derechos civiles autonómicos (bajo denominaciones diversas): Aragón (art. 492 del Código del Derecho Foral de Aragón), Cataluña (art. 451-26 del Libro IV del Código Civil de Cataluña), Islas Baleares («pacto de definición» de Mallorca y Menorca, arts. 38 y ss. de la 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears; y «pacto de finiquito o renuncia», en las en las islas de Eivissa y Formentera, arts. 74 y ss. de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears), Galicia (a través del «pacto de apartación» de la Ley de Derecho Civil de Galicia, arts. 224 y ss.), País Vasco (dejando al margen la Tierra de Ayala, cfr. el art. 48.5 Ley de Derecho Civil del País Vasco). Tampoco aludimos a otro aspecto determinante de la amplitud de la libertad testamentaria como son las causas de desheredación (así lo destaca SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., *cit.*, p. 26, donde alude al caso de Cataluña,

La aproximación comparada a los modelos de protección imperativa de la familia que llevamos a cabo en estas páginas no pretende ni mucho menos ser exhaustiva, si bien la exposición quedaría incompleta sin la referencia a distintos mecanismos que sirven para flexibilizar los sistemas legitimarios entendidos en un sentido estricto (con participación mediante una cuota fija en la herencia). En este sentido, conviene destacar brevemente dos figuras que representan un importante refuerzo a la libertad de disposición *mortis causa* del testador y que, además, provienen del rico panorama normativo español en el ámbito sucesorio: la mejora, que llegó a distintos Códigos latinoamericanos (seguidamente veremos que claramente en retroceso con las reformas llevadas a cabo); así como la legítima colectiva característica de algunos Derechos civiles forales (señaladamente, Aragón y País Vasco).

Comenzando por la mejora, se trata de una institución genuinamente española de honda raigambre histórica y de antecedentes visogodos¹⁰¹, que amplía la libertad dispositiva del testador en relación con los descendientes. Acudiendo al Derecho vigente, el art. 808 CC establece que de las dos terceras partes del caudal que constituyen la legítima de los hijos y descendientes, uno de esos tercios puede aplicarse «como mejora» a cualquiera de los descendientes sin necesidad de respetar la proximidad de grado. Esto último queda confirmado por el art. 823 CC: «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima». Es evidente que para que

con la desheredación por «ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario», ex art. 451. 17. e, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, introducida en 2008) -también cabría añadir en esta sede la desheredación por «maltrato psicológico» incorporada por la jurisprudencia del TS español a partir de 2014 (sobre esta cuestión con carácter reciente, vid. DE BARRÓN ARNICHES, P., «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica —a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023—», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 77, núm. 1, 2024, pp. 352-379).

Igualmente, otras instituciones contempladas en el sistema sucesorio español a las que alude con gran acierto ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado (Ciclo de conferencias curso 2023-2024)*, Aranzadi, Madrid, 2025, p. 236: «[N]uestro sistema del Código civil permite soslayar perfectamente la rigidez de los sistemas legitimarios de cuotas, mediante la reconocida posibilidad de un amplio despliegue de la autonomía de la voluntad del causante, a partir, sobre todo pero no únicamente, de la regulación de la mejora, pues también están ahí la distribución de bienes por el propio testador, el pago en metálico de las legítimas, la concesión de facultades fiduciarias al cónyuge o al progenitor superviviente, etc. ».

¹⁰¹ CÁMARA LAPUENTE, S., «Forced Heirship in Spain», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 143-150, destaca de forma detallada los antecedentes históricos de la mejora española. GUZMÁN BRITO, A., «La pervivencia de instituciones sucesorias castellano- indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX», en DE LA PUENTE BRUNKE, J., GUEVARA GIL, J. A., (Editores), *Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Derecho, instituciones y procesos históricos*, Tomo III, Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 52 y 53: «De remoto origen visigótico, fue reglada en el Fuero Real;135 y aunque abolida por las Partidas,136 reapareció en las Leyes del Estilo,137 y fue confirmada y regulada con detalle en las leyes 17 a 28 de Toro, de 1505, todas recogidas en la Nueva Recopilación (1567), y posteriormente en la Novísima (1805) ».

la mejora resulte operativa, como indica la STS de 22 de noviembre de 1991¹⁰², es preciso que exista una pluralidad de descendientes. También cabe precisar que la mejora es una unidad contable que constituye el máximo del que puede disponer libremente el testador en favor de cualquiera de los descendientes para favorecerlo frente a los restantes. Si finalmente no llega agotarse ese tercio, el resto tendrá la consideración de «legítima estricta» y habrá de ser objeto de reparto igualitario entre los hijos y descendientes (ahora sí, siguiendo un criterio de proximidad de grado, entre los legitimarios entendidos en sentido estricto). De este modo, si no se ejercita la facultad de mejorar, los dos tercios del caudal tendrán la consideración de «legítima estricta» sujeta al ya mencionado reparto por igual. Tomando en consideración el sistema legitimario del Código Civil en su conjunto quiere decir que el testador, en relación con los descendientes tiene una absoluta dispositiva respecto de dos tercios del caudal hereditario: el de libre disposición y el que puede destinar a mejora¹⁰³.

La mejora española (con lógicas variaciones que no alteraron la esencia de la figura¹⁰⁴) llegó a Latinoamérica y recaló en la gran mayoría de los Códigos civiles de Centroamérica y Sudamérica¹⁰⁵, con la excepción de los Códigos de Uruguay y Argentina de 1869. No obstante, ha venido suprimiéndose progresivamente de forma que en la actualidad sólo sigue vigente en Chile¹⁰⁶, Colombia y Ecuador¹⁰⁷. Las razones para el ocaso de la mejora en Latinoamérica no son claras, si bien suelen apuntarse entre otras las siguientes: a) En primer lugar, la mejora socava uno de los objetivos perseguidos por la sucesión forzosa, a saber, garantizar la igualdad de trato entre los hijos (al menos en una medida mínima); b) en segundo lugar, la experiencia

¹⁰² ECLI:ES:TS:1991:6528.

¹⁰³ TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (II) », en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, pp.1904 y 1905.

¹⁰⁴ No se detallarán por exceder de los límites del presente trabajo.

¹⁰⁵ Puede verse un detallado análisis de la recepción y evolución experimentada por la mejora española en Latinoamérica en GUZMÁN BRITO, A., «La pervivencia de instituciones sucesorias castellano- indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX»..., *cit.*, pp. 56 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. los arts. 1167.3 y 1184. 3º CC Chile. La gran influencia que ejerció el Código de Bello en Latinoamérica es una de las razones que explica su extensión a los Códigos de El Salvador, Ecuador, Colombia, Venezuela, Nicaragua y Honduras, basados todos originariamente en el Código Civil Chileno. Código Civil chileno que acabó adoptando la mejora a pesar de la oposición del propio Bello a las legítimas y a la propia mejora; así lo narra haciéndose eco del pensamiento de Bello, GUZMÁN BRITO, A., «La pervivencia de instituciones sucesorias castellano- indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX»..., *cit.*, pp. 58 y 59: «Secuaz de una absoluta libertad de testar, debió resignarse a aceptar las legítimas, pero no renunció a abolir la mejora. Todavía mantuvo este esquema en el Proyecto de 1853. Pero en la revisión a que este último fue sometido entre ese mismo año y 1855, la comisión que lo examinó consiguió restablecer la antigua institución, si bien con rebaja de su cuantía a un cuarto. La nueva estructura pasó al código aprobado en 1855».

¹⁰⁷ Cfr. los arts. 1226. 4º y 1242. 3º CC Colombia; arts. 1207. 3º y 1218 CC Ecuador. Sobre la evolución experimentada por la mejora en Latinoamérica a este respecto, vid., SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, pp. 205 y ss.

española demuestra que la mejora incrementa significativamente la ya de por sí elevada complejidad de la sucesión forzosa¹⁰⁸.

Curiosamente, el Código Civil y Comercial argentino de 2014 ha incorporado la mejora, si bien con un ámbito muy reducido de aplicación, pues va dirigido al descendiente o ascendiente con discapacidad, en los términos contemplados en su art. 2448¹⁰⁹.

Otra figura característica, en este caso, de algunos Derechos civiles autonómicos de España y que confieren una mayor libertad de disposición *mortis causa* al testador es la denominada «legítima colectiva» que rige en Aragón y el País Vasco¹¹⁰. Si a través de la mejora el testador puede atribuir un tercio libremente a cualquiera de los descendientes, con la legítima colectiva se va más allá, pues se admite que la totalidad de la cuota reservada a los legitimarios descendientes pueda asignarse individualmente a uno de ellos apartando o excluyendo a los demás. En Aragón la legítima colectiva constituye una institución de raigambre histórica¹¹¹ que se recogió en el Apéndice de 1925, se mantuvo en la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, y se ha conservado tras la reforma operada por la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, con la que se da la

¹⁰⁸ SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 205.

¹⁰⁹ El tenor literal del precepto es el siguiente: «El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral». Una de las cuestiones controvertidas que plantea este precepto es que no precisa si el beneficiario de la mejora debe ser un heredero forzoso, o si por el contrario puede asignarse a un ascendiente en presencia de descendientes, o a un nieto en presencia del hijo (SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 207). Sobre la nueva mejora argentina, vid. con detalle MICELI, M. A., «Pietas y solidaridad familiar en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina: la mejora a favor del heredero con discapacidad», en DUPLÁ MARÍN, M^a. T., PANERO ORIA, P., *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 461-471; la autora reproduce el pensamiento del Prof. Córdoba, redactor del art. 2448, acerca del fundamento que subyace a este nuevo precepto: «La reforma da por cumplida la pretensión de su autor, la cual es el desarrollo de la función asistencial del Derecho sucesorio mediante una institución innovadora que tiende a equiparar las circunstancias de quienes padecen minusvalía respecto de aquellos que gozan de plenitud de sus capacidades físicas y mentales» (p. 468).

¹¹⁰ Con la salvedad reiterada de la Tierra de Ayala.

¹¹¹ Así lo confirman LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1973, p. 211: «Fue seguramente en la segunda mitad del Siglo XII cuando debió ir ampliándose la posibilidad de disponer en favor de extraños sobre los bienes propios, y asimismo de desigualar a los hijos: posibilidad que apunta moderadamente la Compilación de 1248, y que llega (si bien reducida a la libertad entre los hijos) a ser ley general para los nobles en 1307, cuando el fuero I de *testamentis nobilium* dispone [...] que los nobles puedan instituir heredero a uno de sus hijos, el que quisieran, dejando a los otros, de sus bienes, lo que bien les pareciera [...]. Cuatro años después, en las Cortes de Daroca de 1311, el fuero de *testamentis civium* extiende a los ciudadanos, a petición de los procuradores de las ciudades y villas, la facultad de instituir heredero a uno de sus hijos, en las mismas condiciones que los nobles. Con esto quedaba transformado el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva».

actual redacción al Derecho sucesorio aragonés¹¹². Con esta última reforma se rebajó la cuantía destinada a la legítima colectiva de dos tercios a la mitad del caudal relicto. En efecto, el art. 486.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, dispone que la mitad del caudal¹¹³ debe destinarse a los descendientes, de cualquier grado, del causante. En el apartado segundo de este mismo precepto se indica que «esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal». La legítima de carácter colectivo de los descendientes implica que todos están legitimados para recibirla, si bien ninguno de ellos puede reclamar un derecho individual (no existe legítima estricta) sobre una parte específica (salvo que se trata de un único descendiente). El causante podrá distribuir, a su antojo, la legítima entre ese grupo de descendientes. De ahí que en Derecho aragonés no exista la acción de suplemento de la legítima, ni se exige la colación de bienes donados a los descendientes¹¹⁴. La naturaleza colectiva de la legítima no condiciona su carácter como *pars bonorum*, o *pars valoris*. De hecho, en el caso de la legítima colectiva aragonesa, según opinión doctrinal mayoritaria, se trata de una legítima como un derecho a una parte de los bienes de la herencia —*pars bonorum*— (art. 497. 1 del Código del Derecho Foral de Aragón)¹¹⁵.

¹¹² Una exposición muy clara de los antecedentes históricos de la legítima colectiva en Aragón, que aparece por primera vez precisamente con el Apéndice de 1925, puede verse en SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, Tomo 2, pp. 1960-1961 / 1964-1970 (estas páginas detallan la tramitación parlamentaria de la actual Ley de 1999, en cuya comisión redactora participó el propio autor). Se destaca que, según la práctica documental, lo predominante en la tradición aragonesa era, más bien, la libertad para testar: «Lo que parece seguro, según han demostrado estudios recientes de la práctica documental, es que los testadores a la hora de hacer testamento consideraban que no había una legítima global, sino una amplia libertad de distribución de los bienes entre las personas que desearan, aunque no fueran descendientes suyos, con el límite de una legítima meramente simbólica consistente en cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco por bienes sitios (o cinco arrobas de los montes comunes por sitios, con algunas otras ligeras variantes) que necesariamente se habían de atribuir a los legitimarios» (p. 1961).

¹¹³ Calculado conforme a lo dispuesto en el art. 489 del Código del Derecho Foral de Aragón: «1. El caudal computable a efectos del cálculo de la legítima se forma de la siguiente manera: 1.º Se parte del caudal relicto valorado al tiempo de liquidarse la legítima. 2.º Se añade el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima. 2. Por excepción, no se computan: a) Las liberalidades usuales. b) Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Los gastos de educación y colocación de los hijos solo se computarán cuando sean extraordinarios».

¹¹⁴ SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón»..., *cit.*, p. 1973.

¹¹⁵ SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón»..., *cit.*, p. 1975, precisa que la consideración de la legítima aragonesa como *pars bonorum* «[s]ólo es exacta referida a lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables en ella». Discrepa de la consideración de la legítima aragonesa como *pars bonorum* MOREU BALLONGA «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación

En el País Vasco también opera la legítima colectiva en favor únicamente de los descendientes, al igual que en Aragón. La extensión de este modelo de legítima a todo el territorio vasco (a excepción de la Tierra de Ayala, como se viene reiterando), es bastante novedosa (sí regía anteriormente en Vizcaya¹¹⁶), pues se lleva a cabo con la reforma operada por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (art. 48. 2 de la Ley de Derecho Civil Vasco)¹¹⁷. La cuantía de la legítima colectiva vasca es más reducida que la aragonesa: recae sobre un tercio del caudal (art. 49 de la Ley de Derecho Civil Vasco). Son reproducibles las mismas reflexiones que acaban de hacerse en sede aragonesa: el testador puede distribuir libremente su patrimonio entre sus descendientes, incluso dejando todo a uno solo de ellos y apartando a los restantes (esto, lógicamente, cuando haya más de un descendiente). De ahí que el art. 48. 4 de la Ley de Derecho Civil Vasco establezca que «la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento».

3. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN MEDIANTE UNA CUOTA FLEXIBLE EN LA HERENCIA (SUBMODELO B2): *FAMILY PROVISIONS* Y DERECHO DE ALIMENTOS *POST MORTEM*

Llegamos así a los sistemas que más nos interesan a los efectos del presente estudio, por la razón ya expuesta de ser el que inspira la «Propuesta Zimmermann» (con los matices que se verán); a saber, los modelos de participación mediante una cuota flexible e indeterminada (*a priori*) sobre la herencia. Se trata de los sistemas de *family provisions* característicos de muchos Ordenamientos de la tradición del *Common law*, así como aquellos basados en el establecimiento de un derecho de alimentos con eficacia *post mortem* (propios de los Ordenamientos de Centroamérica, México, Sudáfrica y Quebec). Ambos sistemas comparten importantes elementos comunes: instrumentan la protección de la familia mediante la asignación de unas cantidades determinadas judicialmente al familiar¹¹⁸ que acredita una situación de necesidad. No obstante, existe una diferencia sustancial en el diseño de cada uno de los sistemas: en el caso de las *family provisions* todo se ventila íntegramente en el Derecho sucesorio mediante la atribución de una suma dineraria; mientras que los sistemas de alimentos *post mortem* se presentan como una continuación, a través de la sucesión *mortis*

de su futura reforma legal», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 50, núm. 1, 1997, p. 102: «Parece además, [...] y ello va también en la línea de robustecer la libertad del disponente reconocida en el artículo 119, que la legítima aragonesa es una simple *pars valoris* y no, según se suele defender, una *pars bonorum*».

¹¹⁶ Cfr. el 54 de la derogada de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

¹¹⁷ GALICIA AIZPURUA, G., «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal»..., *cit.*, pp. 11 y 12/31, realiza una excelente síntesis de las principales novedades introducidas por la nueva Ley de Derecho Civil Vasco de 2015.

¹¹⁸ Aunque no sólo, como veremos en el caso de los sistemas de *Common Law* a los que se hará referencia)

causa de los alimentos a los que tendrían derecho en vida el beneficiario¹¹⁹ (en aplicación del Derecho de familia, mediante una pensión periódica o el pago de una cuantía única)¹²⁰.

3.1. *Las family provisions: de Nueva Zelanda a Inglaterra*

Las *family provisions* características del Derecho inglés se importan de una de sus antiguas colonias, concretamente de Nueva Zelanda, cuya Ley de 1900 (*Testator's Family Maintenance Act of 1900*) marcó una tendencia que tuvo una extraordinaria influencia en los sistemas de tradición anglosajona (no solo en Inglaterra, sino también en Australia, en la Canadá anglófona y, en menor medida, Irlanda). Escocia, curiosamente, se ha mantenido anclada a la tradición histórica inglesa a la que aludimos anteriormente: mediante una norma de carácter consuetudinario que acabó positivizándose distribuye el patrimonio mobiliario (recuérdese la antigua *personalty* de la que sólo podía disponerse *mortis causa* en el Derecho medieval inglés) en tres partes, de las que un tercio debe ir a manos del viudo, otro a los hijos y un último tercio de libre disposición (sobre la propiedad inmobiliaria hay plena libertad de testar)¹²¹. Esto justifica que el punto de partida en esta materia sea el estudio del régimen neozelandés y su evolución (en particular, los motivos que impulsaron a la adopción de este sistema y a los argumentos empleados hasta llegar al mismo).

Como acaba de advertirse, Nueva Zelanda fue pionera (en el ámbito del Common Law) en dictar una legislación que pretendió limitar los abusos derivados de la libertad irrestricta de testar, que permitía a los testadores dejar desprotegidos a sus cónyuges e hijos dependientes. En la década de 1890, Sir Robert Stout intentó sin éxito introducir un sistema de cuotas fijas basadas en el modelo escocés, pero su propuesta fue considerada demasiado limitante. Finalmente, con la aprobación de la *Testator's Family Maintenance Act* de 1900, se estableció un novedoso sistema que, si bien no restringía formalmente la libertad de testar, sí otorgaba a los tribunales la facultad de ordenar, a su discreción, una provisión adecuada para la

¹¹⁹ SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., *cit.*, p. 17.

¹²⁰ Esta distinción presenta importantes consecuencias prácticas que deben tenerse presente al analizar la «Propuesta Zimmermann».

¹²¹ Cfr. la Sección 11 de la Succession (Scotland) Act 1964. En el caso en que el no existan hijos, o concurren ellos solos a la herencia la cantidad reservada a cada uno de ellos respectivamente (viudo solo, o hijos), se extiende a la mitad de los bienes muebles; es decir, la cuota finalmente disponible en esos casos asciende a la mitad de la propiedad mobiliaria. La parte del cónyuge supérstite se denomina *jus relict* o *jus relictæ*, según sobreviva el marido o la mujer; la de los hijos como *legitim*. Sobre el régimen escocés vigente, vid. con detalle REID, K. G. C., «Legal rights in Scotland», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 426 y ss. Como apunta ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, *cit.*, pp. 152 y 153: «Tanto el *ius relict* / *ius relictæ* como la *legitim* consisten en un crédito por el valor pecuniario de un tercio (o de la mitad) de los bienes muebles y no en una participación en la herencia propiamente dicha. El crédito se excluye según la norma general de la indignidad hereditaria, que sólo se aplica en caso de fallecimiento del testador. Por lo demás, la conducta del beneficiario es obviamente irrelevante».

manutención del cónyuge o hijos del testador si éste no lo hacía. En el proceso legislativo con el que se fraguó esta importante norma, el término «*due provision*» (provisión debida) fue reemplazado por «*adequate provision*» (provisión adecuada), lo que propició una interpretación judicial más amplia que se extendió más allá de la simple cobertura de necesidades básicas. Este modelo se ha mantenido en su esencia a lo largo de los años, si bien con distintas modificaciones que, entre otros aspectos, ha ampliado el círculo de beneficiarios. En la actualidad está recogido en la Sección 4 de la *Family Protection Act de 1955* neozelandesa.

Todas las jurisdicciones australianas copiaron el modelo de *family provisions* neozelandés entre 1910 y 1929, conocidas colectivamente como *Testator's Family Maintenance Legislation*¹²². Lo mismo sucedió con carácter progresivo con las provincias anglófonas de Canadá (proceso completado en 1970), donde en la actualidad se contempla igualmente un sistema de *family provisions* en las denominadas leyes de «*Dependants Relief Legislation*»¹²³. Y así llegó igualmente a Inglaterra, como se ha destacado anteriormente, con la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938.

La implantación del sistema de *family provisions* responde a distintas razones históricas que, además, difieren en función de las particulares circunstancias de los distintos países que lo adoptaron. No obstante, sí suele subrayarse un denominador común ciertamente destacable en la generalidad de los casos: la presión llevada a cabo por los movimientos feministas de la época, que reivindicaban una protección imperativa de la familia con la que se limitase la libertad de testar (percibida como un instrumento de potencial opresión machista). De hecho, las primeras iniciativas legislativas en la materia coinciden precisamente (y no es casualidad) con la consagración del sufragio femenino (tres años después, en el caso de Nueva Zelanda¹²⁴; y diez años después, en el caso inglés¹²⁵)¹²⁶. Los primeros borradores normativos que se discutieron, curiosamente, apostaban por la adopción de un sistema de participación

¹²² Para mayores detalles cfr. PEART, N., VINES, P., «Family Provision in New Zealand and Australia», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 450-476.

¹²³ Para más detalles acerca de la protección imperativa de la familia en Canadá vid. POPOVICI, A., SMITH, L., «Freedom of Testation and Family Claims in Canada», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 507-533.

¹²⁴ El sufragio femenino se implanta en Nueva Zelanda en 1893.

¹²⁵ En Inglaterra el sufragio femenino tiene su origen en 1918, aunque hasta 1928 sólo para las mujeres mayores de 30 años.

¹²⁶ Así lo destaca con interesantísimos datos biográficos de los principales personajes implicados en el impulso de los sistemas de protección imperativa de la familia y restricción a la libertad de testar en los Ordenamientos de *Common Law*, REID, K. G. C., «Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 723 y 724.

mediante cuotas fijas en la herencia (inspirados, no obstante, en el modelo escocés y no el continental, aunque pueda pensarse intuitivamente lo contrario¹²⁷)¹²⁸. Los argumentos que se manejaron para desechar este modelo de participación en la herencia fueron variados: se entendía que las cuotas fijas resultaban arbitrarias y desproporcionadas. Arbitrarias, en la medida en que no tomaban en consideración el mérito, la necesidad, la duración del matrimonio o si los cónyuges convivían al tiempo del fallecimiento. Podían pecar por exceso, o por defecto, con un resultado ciertamente aleatorio. Se estimaba, además, que las cuotas fijas eran desproporcionadas porque para atajar los abusos de unos pocos testadores, acababan interfiriendo en la libertad para testar de todos ellos. Sólo un sistema de discrecionalidad judicial podía superar estas críticas; sólo así se conseguiría atender a las concretas circunstancias de cada caso en los supuestos estrictamente necesarios¹²⁹. La realidad, como ahora veremos, ha revelado que estos presagios tan optimistas no han sido tales.

Hay dos aspectos que merecen ser destacados del modelo de *family provisions* acuñado por Nueva Zelanda: los beneficiarios de estas provisiones, así como los criterios para su atribución y su cuantificación. Por lo que respecta a los beneficiarios, se aprecia una ampliación progresiva de los legitimados para reclamar una provisión¹³⁰; en la actualidad, tienen tal consideración: a) el cónyuge o la pareja registrada del difunto; b) la pareja de hecho no registrada que mantuviera una relación de hecho con el fallecido en la fecha de su muerte; c) los hijos del fallecido; d) los nietos del fallecido que vivieran en el momento de su muerte; e) los hijastros del fallecido que estuvieran siendo mantenidos total o parcialmente o que tuvieran derecho legal a ser mantenidos total o parcialmente por el fallecido inmediatamente antes de su muerte; f) y, en determinadas circunstancias, los padres del fallecido¹³¹.

¹²⁷ Téngase en cuenta que el sistema escocés, inspirado en el Derecho medieval inglés (no en tradición romanista propia del continente), ofrecía un sistema de participación mediante cuotas fijas escrito en inglés con orígenes en el Derecho histórico inglés. También constituyó una fuente muy atractiva para Irlanda, al tratarse de una jurisdicción «no inglesa», con la que compartían el legado cultural celta. Cfr. a este respecto REID, K. G. C., «Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition»..., *cit.*, pp. 731 y 732.

¹²⁸ REID, K. G. C., «Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition»..., *cit.*, pp. 730-732.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 734.

¹³⁰ En Nueva Zelanda, por ejemplo, originariamente sólo podían reclamar la provisión el cónyuge viudo y los hijos: cfr. la Sección 2 del *Testator's Family Maintenance Act* de 1900.

¹³¹ Así lo dispone la Sección 3 (1) de la *Family Protection Act de 1955* neozelandesa: «An application for provision out of the estate of any deceased person may be made under this Act by or on behalf of all or any of the following persons: (a) the spouse or civil union partner of the deceased: (aa) a de facto partner who was living in a de facto relationship with the deceased at the date of his or her death: (b) the children of the deceased: (c) the grandchildren of the deceased living at his death: (d) the stepchildren of the deceased who were being maintained wholly or partly or were legally entitled to be maintained wholly or partly by the deceased immediately before his death: (e) the parents of the deceased. (1A) A parent of the deceased may not make a claim under this Act unless— (a) the parent was being maintained wholly or partly, or was legally entitled to be

En cuanto a los criterios que se manejan para la atribución y cuantificación de la *family provision*, se acude a un concepto jurídico necesariamente indeterminado que ha dado lugar, como se ha advertido, a que se colmen aspectos que van mucho más allá de las necesidades existenciales del beneficiario: «*adequate provision for the proper maintenance and support*» (provisión adecuada para el correcto mantenimiento y asistencia). La jurisprudencia ha identificado la «adecuación» de la provisión con la noción de «deber moral», donde se prescinde de la necesidad estrictamente económica (*financial need*) y juegan un rol esencial un conjunto de factores tales como el estado de la herencia, la posible existencia de otras reclamaciones (particularmente aquellas que puedan justificar una mayor protección) y la relación que mantuviera el testador con quien reclame la provisión¹³². De este modo, hay un conjunto de factores que juegan un papel determinante para la concesión de la provisión, residenciados en la noción de «deber moral»: una relación estrecha incrementa el deber moral de los padres hacia sus hijos, mientras que el distanciamiento entre padres e hijos lo reduce, particularmente cuando responda a una conducta inapropiada del hijo que puede

maintained wholly or partly, by the deceased immediately before his or her death; or (b) at the date of the claim, none of the following is living: (i) the spouse or civil union partner of the deceased: (ii) a de facto partner of the deceased in whose favour the court can make an order under this Act: (iii) a child of the marriage, civil union, or de facto relationship of the deceased».

¹³² El punto de inflexión en esta deriva lo marcó *Re Harrison* [1962] NZLR 10 (CA), en el contexto de una reclamación de una hija casada del fallecido que dejó todo su patrimonio a su segunda esposa. El *Court of Appeal* sostuvo que la necesidad económica no debe considerarse «*in vacuo*»: «What has to be assessed are the merits of the claim having regard to the applicant's circumstances as at the date of the death of the testator; relations between the testator and the applicant in the past; and the extent of his estate and the strength of other claims. A child might be in most necessitous circumstances yet because of the smallness of the estate and the necessity for the testator to make proper provision for a widow there might be no moral obligation upon him to do anything to relieve the child's necessity. So too a child might be in a reasonably strong financial position yet because of the size of the estate a testator might be under a moral obligation to allow him or her to participate to some degree in the distribution of his estate» (Lo que hay que evaluar son los motivos de la reclamación teniendo en cuenta las circunstancias del solicitante en la fecha de la muerte del testador; las relaciones entre el testador y el solicitante en el pasado; y el alcance de su patrimonio y la solidez de otras reclamaciones. Un hijo puede encontrarse en una situación de extrema necesidad, pero debido a la escasez del patrimonio y a la necesidad del testador de proveer adecuadamente a una viuda, puede que no exista obligación moral de hacer nada para aliviar su necesidad. Del mismo modo, un hijo puede encontrarse en una situación económica razonablemente sólida, pero debido al tamaño del patrimonio, un testador puede tener la obligación moral de permitirle participar en cierta medida en la distribución de su patrimonio). La *Court of Appeal* anuló la negativa del tribunal inferior a hacer provisiones para la hija. Aunque no tenía necesidades económicas, era la única hija del fallecido y él no hizo prácticamente nada por ella mientras estuvo vivo. Su esposa tenía el primer y principal derecho sobre su patrimonio, pero ella tenía importantes bienes propios. La concesión de un derecho vitalicio (*life interest*) sobre todo su patrimonio habría permitido a su viuda vivir con una comodidad razonable. Al dejarle todo su patrimonio, le dio a su viuda el poder de disponer de su patrimonio durante su vida o por testamento a su muerte. Era muy poco probable que ella dejara parte de la herencia a su hija. Además, su patrimonio incluía una herencia sustancial de su padre, el abuelo de su hija y pariente consanguíneo. Un testador sabio y justo habría dejado al menos parte de ese dinero a su única hija. El tribunal acabó concediendo 1500 £ de la herencia de 12 800 £ de su padre. Sobre este caso y la evolución jurisprudencial experimentada en Nueva Zelanda, vid. PEART, N., «Family Provision in New Zealand», en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2025 (en prensa), 12/25.

llegar a justificar su exclusión de la sucesión; el abandono o el maltrato de unos padres a sus hijos en el pasado también suelen aumentar el deber moral. Los tribunales evalúan, además, el deber moral de los padres en función de las convicciones sociales del momento. Esto explica, por ejemplo, que las particularidades culturales sobre las obligaciones morales, señaladamente las del pueblo indígena maorí, también desempeñen un papel cada vez más importante en las decisiones sobre la *family provision*¹³³.

Esta evolución ha dado como resultado a que ya desde finales del Siglo XX, los hijos adultos y económicamente independientes consigan *family provisions* cuando se estime que se les hubiera dejado menos de lo considerado moralmente justo sobre la herencia. La reclamación, por tanto, nada tiene que ver con la necesidad económica o la mera manutención; se trata, más bien de ser reconocidos como una parte valiosa de la vida de sus padres. Sólo en los casos de herencias de escaso valor o en los supuestos en que existan reclamaciones merecedoras de mayor protección desde una óptica «moral», se denegaría una *family provision* sobre la herencia.

Suele criticarse de forma unánime en Nueva Zelanda que con esta deriva se ha llegado a una aplicación que se aleja radicalmente del propósito perseguido por la normativa originaria sobre *family provisions*; a saber, la de atender las necesidades básicas de los miembros de la familia que así lo requirieran.

Nótese, por otra parte, que la reclamación de las *family provisions* está sujeta a un límite temporal que previene posibles retrasos indebidos y interrupciones en la administración del patrimonio hereditario. En la redacción originaria de la *Testator's Family Maintenance Act* de 1900 el plazo improrrogable era de seis meses a contar desde la legalización del testamento (*grant of probate of the will*). Los plazos han ido ampliándose progresivamente en distintas reformas hasta llegar a la Ley vigente de 1955 donde se establece un plazo general de doce meses desde que se inicia el procedimiento de administración y liquidación del caudal hereditario¹³⁴, que se extiende a dos años para las reclamaciones hechas por los representantes de menores o personas con discapacidad; pudiendo prorrogarse a discreción

¹³³ PEART, N., «Family Provision in New Zealand»..., *cit.*, pp. 12 y 13/25.

¹³⁴ Debe tenerse presente que en los sistemas de corte anglosajón todas las herencias deben seguir una doble fase de administración-liquidación y posterior distribución del remanente a los beneficiarios (*beneficiaries*). La liquidación se lleva a cabo por el denominado «personal representative» bajo la terminología inglesa, que puede ser «administrator», o «executor», en función de que nos hallemos en la sucesión testamentaria o intestada respectivamente. Sobre los detalles del funcionamiento de estos sistemas vid. nuestra obra MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias...*, *cit.*, pp. 31 y ss.

del tribunal siempre que no se haya culminado la distribución de la herencia a los beneficiarios¹³⁵.

Las críticas cosechadas por la deriva del sistema de *family provisions* neozelandés han dado lugar a la elaboración de distintas propuestas de reforma por parte de distintos organismos, en particular, de la *Law Commission* de Nueva Zelanda. En 1997, se dictó la *Law Commission Succession Law – A Succession (Adjustment) Act*, donde se censuró la doctrina del «deber moral» como criterio inadmisibles para anular los deseos de un testador¹³⁶. A través de un concepto jurídico muy indeterminado los imperativos morales de un testador podrían verse sustituidos por los valores y experiencias personales del propio juez. La Comisión no encontraba justificación alguna para imponer obligaciones más onerosas en caso de fallecimiento que las que el difunto tuviera durante su vida. Por lo tanto, recomendó que las reclamaciones en caso de fallecimiento fueran consistentes en términos generales con las obligaciones del difunto durante su vida¹³⁷. En relación con el supuesto controvertido de los hijos adultos, la Comisión planteó un cambio radical, de forma que la propuesta sólo admitía reclamaciones por parte de: a) menores de edad¹³⁸; b) menores de veinticinco, siempre que estuvieran cursando estudios o formación profesional; c) en los restantes casos, únicamente cuando el hijo fuera incapaz de ganarse la vida de manera razonable e independiente debido a una discapacidad física o intelectual que se produjera antes de haber cumplido veinticinco años¹³⁹. Ninguna de las recomendaciones realizadas en este informe fue implementada, ni siquiera considerada por el Parlamento. No obstante, las críticas de la Comisión sí tuvieron su efecto en el ámbito jurisprudencial. Los tribunales comenzaron a mostrarse más comedidos, reconociendo que habían incurrido con bastante regularidad en una suerte de «ingeniería sucesoria» bajo el pretexto de lo que un testador sabio y justo habría hecho; y que algunas sentencias a favor de los hijos adultos podían haber estado alejadas de las tendencias sociales actuales respecto a la libertad de testar¹⁴⁰. No obstante, los tribunales han seguido actuando con un amplio margen de discrecionalidad, reiterando que la provisión debe ir más allá de la mera necesidad económica. No se ha abandonado, así, la doctrina del «deber moral» y los

¹³⁵ Así se establece en la Sección 9 de la *Family Protection Act 1955* de Nueva Zelanda.

¹³⁶ *Law Commission Succession Law – A Succession (Adjustment) Act - Modernising the law on sharing property on death*, Report 39, 1997, Wellington, Nueva Zelanda, párrafo 4 (disponible en el siguiente enlace: <https://nzlii.org/nz/other/nzlc/report/R39/>, fecha de consulta: 27 de febrero de 2025).

¹³⁷ *Law Commission Succession Law – A Succession (Adjustment) Act - Modernising the law on sharing property on death...*, cit., párrafo 33.

¹³⁸ Cifrada en veinte años en Nueva Zelanda, conforme a la Sección 4 de la *Age of Majority Act 1970* de Nueva Zelanda.

¹³⁹ *Law Commission Succession Law – A Succession (Adjustment) Act - Modernising the law on sharing property on death...*, cit., párrafo 70.

¹⁴⁰ PEART, N., «Family Provision in New Zealand»..., cit., pp. 14 y 15/25.

hijos adultos siguen obteniendo provisiones¹⁴¹. En definitiva, la incertidumbre sigue siendo una constante para todos los actores implicados a la vista de la jurisprudencia neozelandesa¹⁴².

Una evolución similar en esta materia se ha seguido en Australia, de ahí que en ambos países autorizadas voces doctrinales lleguen a describir la libertad de testar como «un mito»¹⁴³.

El Derecho inglés, como ya se ha anticipado, acogió el modelo de Nueva Zelanda desechando así la libertad de testar plena a partir de 1938. Sigue siendo el modelo actualmente vigente a través de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975, de modo que contempla en términos similares a su homólogo austral un mecanismo corrector *ex post facto* aplicable tanto en la sucesión testada como en la intestada¹⁴⁴. El grupo de personas legitimadas para reclamar una provisión ha sido objeto de sucesivas ampliaciones yendo incluso más allá de lo previsto en Nueva Zelanda; concretamente, conforme a la Sección 1 (1) de la referida Ley de 1975 existen seis categorías de demandantes: a) el cónyuge o pareja civil del causante; b) el anterior cónyuge o pareja civil del causante, siempre y cuando no haya vuelto a contraer matrimonio o no se haya registrado como miembro de otra pareja civil; c) la persona que convivió con el causante, como cónyuge o pareja civil, en la misma vivienda, siempre y cuando dicha convivencia persistiera en el momento inmediatamente anterior a la muerte y hubiera tenido una duración de al menos dos años; d) los hijos del causante; e) toda persona que hubiera sido tratada por el causante como si fuera un «hijo de la familia» dentro del contexto de un matrimonio o pareja civil del que el causante formó parte, o dentro del contexto de una familia en la que el causante desempeñó el papel de madre o padre; y f) toda persona que, inmediatamente antes de la muerte del causante hubiera sido mantenida, total o parcialmente, por el causante¹⁴⁵.

Por lo que respecta al *quantum* que puede reclamarse, la Sección 1(2) apela al concepto de *reasonable financial provision* (prestación económica razonable), que se define en términos

¹⁴¹ En 2021 la *Law Commission* de Nueva Zelanda ha vuelto a dictar un nuevo informe sobre la reforma del Derecho de sucesiones donde insiste en la necesidad de modificar los criterios que presiden la adjudicación de las *family provisions*; en particular, entiende que en el caso de los hijos solo deben admitirse reclamaciones por parte de los menores de veinticinco (salvo en el caso en que presente una discapacidad): cfr. la *Law Commission He arotake i te āheinga ki ngā rawa a te tangata ka mate ana – Review of succession law: rights to a person's property on death*, Report 145, Wellington, 2021 (disponible en el siguiente enlace: <https://www.lawcom.govt.nz/assets/Publications/Reports/NZLC-R145.pdf>, fecha de consulta: 27 de febrero de 2025).

¹⁴² PEART, N., «Family Provision in New Zealand»..., *cit.*, p. 16/25.

¹⁴³ PEART, N., VINES, P., «Family Provision in New Zealand and Australia»..., *cit.*, p. 475.

¹⁴⁴ Así lo destaca ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid, 2023, p. 88.

¹⁴⁵ ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*..., *cit.*, p. 99.

disparés en función de que se trate del cónyuge (o pareja civil), o los restantes posibles beneficiarios. En el primer caso, se identifica con el derecho a una provisión que sea razonable en vista de todas las circunstancias, al margen de lo que sea estrictamente necesario para subsistir. De hecho, existe una sugerente conexión en este punto entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones, pues para el cálculo de la provisión del cónyuge debe tenerse en cuenta lo que le correspondería si el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio (se trata de la «hipotética protección por divorcio»)¹⁴⁶. Fuera de estos casos, la provisión razonable sí que se conecta con lo necesario para la manutención del beneficiario.

Sobre estas bases, la actuación de los jueces a la hora de asignar una *family provision* se desarrolla en dos fases: a) una primera fase de carácter jurisdiccional, en la que se analiza si el reparto de la herencia, ya sea conforme al testamento del causante o, en su defecto, a las normas de sucesión intestada (o una combinación de ambas en los casos de sucesión mixta), proporciona al demandante una asignación patrimonial adecuada o equitativa (*reasonable financial provision*). b) Si se determina que la distribución no es adecuada, se inicia una segunda fase de naturaleza puramente discrecional donde el tribunal establece cuál debería ser una adjudicación razonable o equitativa en el caso concreto y determina las medidas necesarias para alcanzarla. Esto es, los jueces ingleses disponen de amplia libertad para decidir tanto la cuantía como la naturaleza de dichas medidas, aunque su actuación debe ajustarse a los principios y directrices fijados por la normativa aplicable¹⁴⁷.

Por lo que respecta al supuesto controvertido del hijo mayor de edad, la propia Ley de 1975 contempla dos supuestos en que cabe admitir la reclamación de una *family provision*: los casos en que no puedan mantenerse por sí mismo debido a una discapacidad mental o física y cuando siga estudiando¹⁴⁸. La jurisprudencia inglesa en un primer momento acogió un criterio muy restrictivo sobre el particular y se mostraba muy reacia a conceder provisiones a hijos en circunstancias idóneas para trabajar y mantenerse a sí mismos. Esta tendencia

¹⁴⁶ Sección 3 (2) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 inglesa. Sobre esta cuestión vid. con detalle el trabajo de ARAKISTAIN ARRIOLA, M., «Las consecuencias patrimoniales del matrimonio en el derecho inglés y la incidencia del divorcio en la family provision», en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2025 (en prensa).

¹⁴⁷ Los parámetros vienen determinados por la Sección 3 de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 inglesa y se traducen por ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco...*, cit., p. 120 en los términos siguientes: «(a) los recursos y las necesidades económicas del demandante, tanto actuales como previsibles, así como los recursos y necesidades económicas de otros posibles demandantes sobre la misma herencia; (b) los recursos y las necesidades económicas de los beneficiarios de la herencia, tanto actuales como previsibles; (c) las obligaciones y responsabilidades que el causante tuviera en vida para con el demandante; (d) la magnitud y la naturaleza del patrimonio neto del causante; (e) la existencia de una discapacidad, bien del demandante bien del beneficiario testado o intestado; (f) cualquier otra cuestión, incluyendo la conducta del demandante o de otra persona, si se considera relevante en el caso concreto».

¹⁴⁸ Cfr. Sección 3 (1) y (3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 inglesa.

cambió a partir de los años noventa, de forma que comienzan a reconocerse provisiones a hijos adultos en tres grupos de casos: a) hijos adultos que hubieran trabajado para su progenitor fallecido sin recibir una remuneración adecuada por ello, o con la expectativa frustrada de heredar el negocio; b) supuestos en que el testador hubiera heredado bienes del otro progenitor premuerto que este último tuviera la intención de que acabaran en manos del hijo; c) casos en los que el hijo adulto, en general, no estuviera enfocando su vida adecuadamente¹⁴⁹. Con esta última categoría, como puede apreciarse, aflora el «deber moral» que ya venía consagrándose en Nueva Zelanda y Australia¹⁵⁰.

En relación con este tercer grupo de casos controvertidos de hijos adultos reclamantes es obligada la referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de *Ilott versus The Blue Cross*¹⁵¹, primera sentencia que llegó a la más alta instancia jurisdiccional inglesa desde la entrada en vigor de la Ley de 1975. La sentencia tiene por objeto en supuesto de reclamación por parte de una hija adulta de la testadora que vivía con su marido y sus cinco hijos en condiciones muy modestas (sin llegar a ser insolvente), con ayuda de distintos subsidios públicos. La testadora, la Sra. Jackson, enviudó tras solo cuatro años de matrimonio y cuando esperaba a su única hija, la Sra. Ilott. En 1978, cuando la Sra. Ilott tenía diecisiete años se fue de casa en secreto para vivir con su novio, a quien la Sra. Jackson no aprobaba. A esto le siguió un distanciamiento de por vida entre madre e hija que duró veintiséis años hasta la muerte de la primera en 2004 a la edad de setenta años. Alegando este distanciamiento la Sra. Jackson decidió dejar su patrimonio valorado en 486.000 libras esterlinas a tres organizaciones benéficas de defensa de animales con las que no había tenido ninguna relación particular durante su vida. La Sra. Ilott reclamó una *family provision* ante el *District Court* competente, que le fue concedida en agosto de 2007 por importe de 50.000 libras esterlinas. Ni la demandante, ni los demandados quedaron satisfechos con el resultado y ambos recurrieron. A partir de ahí se inicia una espiral de decisiones dispares en tribunales de distintas instancias hasta llegar al Tribunal Supremo inglés en 2016¹⁵², de forma que se vino definitivamente a confirmar la cantidad de 50.000 libras esterlinas inicialmente estimada

¹⁴⁹ KERRIDGE, R., *Parry & Kerridge-The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, London, 2016, 13ª Edición, pp. 209-213.

¹⁵⁰ Así lo destaca ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 146.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo inglés, de 17 de marzo de 2017, [2017] UKSC 17. Dada su importancia, no fue adoptada por cinco magistrados, sino por siete y constituye un «Landmark case in succession law».

¹⁵² Las resume ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 149: «El caso se vio entonces en el *High Court* (2009), luego llegó al *Court of Appeal* (2011), volvió al *High Court* (2014), llegó de nuevo al *Court of Appeal* (2015) y finalmente llegó al *Supreme Court* (2017). En el transcurso de la disputa legal de casi diez años, se llegó a tres decisiones muy diferentes. Mientras que el *District Court* concedió a la Sra. Ilott una suma de 50.000 libras esterlinas, el *High Court* (2009) quiso dejarla con las manos vacías. El *Court of Appeal* (2015), en cambio, le concedió un total de 163.000 libras esterlinas. Finalmente, el *Supreme Court* restableció la orden original del *District Court* porque, en contra de la denuncia del *Court of Appeal*, no había incurrido en un abuso de discrecionalidad».

por el *District Court*. La sentencia contó con un voto particular emitido por Lady Hale al que se sumaron otros dos jueces, donde se subraya las importantes dificultades a las que se enfrentan los jueces al aplicar la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*, a la que se describe como «insatisfactoria» y necesitada de reforma¹⁵³. La Ley no establece ninguna pauta determinante para decidir cómo evaluar estas reclamaciones o equilibrarlas con otras relativas al mismo patrimonio hereditario¹⁵⁴. Como refrendo de esta extraordinaria incertidumbre que caracteriza el régimen de las *family provisions*, Lady Hale desarrolla tres posibles resoluciones del caso, todas ellas ajustadas a Derecho y con consecuencia desigual. Se llega a una conclusión ciertamente inquietante: se trata de un ámbito donde la discrecionalidad judicial alcanza sus cotas más altas, en la medida en que el conjunto de factores previstos legalmente se plantea en términos genéricos y sin un orden preestablecido, de forma que los resultados alcanzados pueden ser extraordinariamente dispares en cada uno de los casos. El casuismo y la absoluta incertidumbre son factores aparentemente insuperables en atención al régimen inglés vigente¹⁵⁵.

A la vista de la evolución experimentada por los sistemas de *family provision* no resulta descabellado calificar la libertad de testar como un verdadero «mito»¹⁵⁶. El causante en vida no deberá ajustarse a unos límites imperativos, aunque su voluntad puede verse desvirtuada si no actúa conforme a lo moralmente estimado (conforme a la subjetividad del juez) como más adecuado. Lo que inicialmente se concibe como una fórmula para hacer justicia en clave sucesoria y atender a las necesidades básicas (de mera subsistencia o manutención) de familiares acaba convirtiéndose en un subterfugio para rehacer la voluntad del testador. Se amplía progresivamente el espectro de posibles reclamantes (hasta un grado que resultaría en muchos casos difícilmente imaginable para el causante) y las provisiones se cuantifican sustituyendo el criterio de la necesidad por lo que resulte «razonable» a la vista de la interpretación subjetiva del juez (esto es así en relación con el cónyuge viudo y pareja civil por imperativo legal, y es igualmente el caso por la evolución jurisprudencial desarrollada en el caso de los hijos mayores de edad). El precio de la aparente libertad de testar se cifra en

¹⁵³ Párrafos 49-66 de la Sentencia del Tribunal Supremo inglés, de 17 de marzo de 2017, [2017] UKSC 17.

¹⁵⁴ Párrafo 58 de la Sentencia del Tribunal Supremo inglés, de 17 de marzo de 2017, [2017] UKSC 17.

¹⁵⁵ De ahí que ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco...*, cit., p. 153 subraye de manera muy certera que «[l]a falta de certeza y la consiguiente inseguridad jurídica del sistema inglés, es el precio a pagar por mantener un sistema en el que la libertad de disposición continúa siendo el principal valor a proteger». Cabe destacar que las apreciaciones críticas vertidas en esta célebre sentencia no han propiciado una reforma de la Ley de 1975, sino únicamente una tendencia hacia una mayor precaución en la concesión de *family provisions* a nivel jurisprudencial; así lo apunta SLOAN, B., «Iltott u The Blue Cross (2017): Testing the Limits of Testamentary Freedom», en SLOAN, B. (Editor), *Landmark Cases in Succession Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 318.

¹⁵⁶ De ahí que haya autores que califiquen el sistema de *family provisions* como «el arquetipo de una suerte de modelo de legítima flexible»: cfr., DUTTA, A., *Warum Erbrecht?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 1833.

una dosis de absoluta inseguridad jurídica y absoluta judicialización de los conflictos difícilmente justificable.

3.2. *Los sistemas de alimentos post mortem: en particular, los Derechos de Centroamérica y México*

Los modelos de participación flexible en la herencia no se originan curiosamente en el ámbito anglosajón, sino en Centroamérica. No obstante, mediante una configuración que difiere ostensiblemente de la acuñada en Nueva Zelanda: se trata de proclamar la transmisión *mortis causa* del derecho de alimentos definido en el Derecho de familia. En ambos sistemas las controversias se ventilan judicialmente (con una discrecionalidad considerable), si bien la labor del juez varía en uno y otro caso. En efecto, en el modelo de *family provision* el juez debe determinar si el testador realizó una asignación razonable al conjunto de personas definidas en la Ley (donde puede irse más allá del mero parentesco o relación conyugal), partiendo de un conjunto de criterios heterogéneos y necesariamente casuistas, como ya se ha visto. En los sistemas de alimentos *post mortem* debe esclarecerse únicamente si el reclamante es acreedor de alimentos y su cuantía (conforme a las reglas del Derecho de familia, no del Derecho de sucesiones), de forma que pasarán a constituir una deuda más del pasivo hereditario. No es ni más ni menos que una continuación para después de la muerte de la obligación de alimentos que el causante debiera en vida en relación con determinados familiares. El valor del patrimonio hereditario también juega un papel dispar en ambos sistemas: en el caso de la *family provision*, será clave para determinar su cuantía, mientras que es irrelevante para la cuantificación de los alimentos (sí determinará en la práctica el límite máximo que pueda alcanzar, claro está)¹⁵⁷. Los antecedentes de los que partieron ambos sistemas son además curiosamente opuestos: en el caso de las *family provisions* se partía de un escenario de absoluta libertad para testar, mientras que en los sistemas de alimentos *post mortem* se desterraba una realidad normativa que consagraba las legítimas¹⁵⁸.

El modelo de alimentos *post mortem* rige no sólo en México y Centroamérica, sino también en Sudáfrica y Quebec¹⁵⁹ con evidentes matices que singularizan a cada uno de estos

¹⁵⁷ Estas notables diferencias existentes entre ambos modelos se ven desdibujadas por una simplificación excesiva cuando la doctrina española, en ocasiones, los agrupa bajo una categoría unitaria como «sistema de prestaciones alimenticias». Dicho tratamiento unitario, lejos de ser clarificador, dificulta la apreciación de las características distintivas y las implicaciones específicas de cada modelo; cfr., entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas»..., *cit.*, pp. 233-236.

¹⁵⁸ Lo destaca SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 188 y 214.

¹⁵⁹ Para mayores detalles acerca de estos sistemas puede verse a ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*..., *cit.*, pp. 164-169 (para el caso de Sudáfrica) y 130-132 (para el caso de Quebec).

Derechos¹⁶⁰, como ya se ha destacado anteriormente. No obstante, para este análisis, y dado que se trata de los sistemas jurídicos originarios y su estrecha vinculación con la tradición española, tomaremos como modelos representativos los ordenamientos de México y Centroamérica.

Las legítimas características de la tradición española no fueron abolidas en los países de Centroamérica y México tras su independencia, de forma que sus respectivos códigos civiles originales las consagraban. A finales del S. XIX se inició una tendencia que abrazó el principio de la «libre testamentifacción» y que llega hasta nuestros días. El punto de partida lo marcó Honduras con su primer Código Civil de 1880¹⁶¹, seguido de Costa Rica con una Ley sobre sucesiones de 1881, y México tres años más tarde en su segundo Código Civil del Distrito Federal. Las versiones posteriores de los respectivos códigos de estos países siguieron consagrando este nuevo régimen: así sucedió con el Código Civil de Honduras de 1906, el Código Civil de Costa Rica de 1886 y el Código Civil para el Distrito Federal de México de 1928. La purga del sistema legitimario se completó igualmente en El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá con diversas reformas equivalentes llevadas a cabo a principios del S. XX¹⁶².

Las razones que impulsaron este cambio tan drástico en materia de legítimas no son concluyentes ni están documentadas exhaustivamente. En el caso de México, se apunta un motivo de índole personal ligado a la figura del presidente Manuel González, quien tenía un gran número de hijos extramatrimoniales y deseaba suprimir las legítimas que les debían ser asignadas en aplicación del Código Civil de 1870¹⁶³. Aunque ello fuera cierto, no alcanza a explicar las reformas llevadas a cabo en los restantes sistemas centroamericanos que por la

¹⁶⁰ En el caso de Sudáfrica siendo un caso ciertamente peculiar que lo apartan de los restantes sistemas por tratarse de un Ordenamiento no codificado.

¹⁶¹ Art. 1204 del CC de Honduras. Tal y como apunta SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, pp. 185 y 186, nota n. 56, en sentido estricto, la reforma de Honduras no fue la primera en introducir un régimen de libertad ilimitada de testar, ya que en 1837 las legítimas fueron abolidas en Guatemala. No obstante, se trató de una reforma con una vigencia muy limitada, pues su aplicación sus suspendió apenas un año desde su entrada en vigor.

¹⁶² En El Salvador, cuyo Código Civil se inspira plenamente en el Código chileno, las legítimas se abolieron en 1902; en Nicaragua, se suprimieron en el segundo Código Civil de 1904; en Panamá la reforma tuvo lugar en 1916, mientras que en Guatemala resulta difícil determinar el momento exacto en que las legítimas fueron abolidas (al margen de la fugaz vigencia de la reforma de 1837, su primer Código Civil de 1877 seguía acogiendo las legítimas, y en torno a 1901 existe constancia de que ya no resultaban operativas). Sobre esta evolución, vid. con detalle la magnífica exposición de SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, pp. 185 y 186, nota n. 63 en particular.

¹⁶³ Así lo apunta DE IBARROLA, A., *Cosas y sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 2006, 15ª Edición, p. 826: «En el seno de la Comisión de 1884 (...) el diputado Justino Fernández se opuso a la supresión de la legítima, haciendo patente, entre otros argumentos muy interesantes, que varias legislaciones la conservan. Ramón Sánchez Meda deja entrever que el Presidente Manuel González mucho pesó en la supresión de la legítima, por tener un buen número de hijos naturales».

proximidad cronológica de las reformas es evidente que se influyeron entre sí. En este sentido, un factor capital fue la gran incidencia que jugaron los postulados liberales (consagrados en obras de autores tales como John Stuart Mill) auspiciados además por la cercanía geográfica con EEUU donde, como ya se ha visto, la libertad de testar se configura en términos cuasi absolutos. Desde esta perspectiva, las legítimas se concebían como una intrusión excesiva al «sagrado» derecho natural a la propiedad privada, como un debilitamiento de la autoridad paterna, así como un obstáculo para incentivar que los hijos fueran económicamente productivos¹⁶⁴. De igual modo, suele subrayarse el gran peso que tuvieron en la época los escritos de Montesquieu, con una cita extendida en la que se afirma que el Derecho natural impone a los padres únicamente el deber de alimentar a sus hijos, pero no la obligación de hacerlos herederos¹⁶⁵: «La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers»¹⁶⁶. Desde un punto de vista técnico, por otra parte, hay un elemento contenido curiosamente en el Código Civil chileno de 1855 que sienta las bases para una implementación sencilla de la reforma (señaladamente en determinados Derechos de Centroamérica, tales como Honduras, Nicaragua o El Salvador de fuerte inspiración chilena): el art. 1167. 1 (que sigue actualmente vigente), en el que se proclama la eficacia *post mortem* del derecho de alimentos. De este modo, bastaba con

¹⁶⁴ SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 187. BRENES CÓRDOBA, A., *Tratado de los bienes*, Editorial Juricentro, 2022, 9ª Edición, pp. 356 y 357, dedica las siguientes palabras ciertamente representativas del sentir acerca de la libertad para testar en clave costarricense: «El derecho para disponer libremente de nuestro caudal en el curso de la existencia, es uno de los más preciados y esenciales atributos de la propiedad. Privarnos de él en el momento solemne en que previendo nuestro fallecimiento, nos replegamos dentro de nosotros mismos, tomamos en cuenta nuestra particular situación, los recursos de que disponemos, las necesidades de las personas cuya suerte nos interesa, su condición estado y demás especiales circunstancias, para hacer el reparto de los bienes como lo aconsejan al efecto la prudencia y la justicia es, ciertamente, a la vez que notoria inconsecuencia, atentar contra una facultad de alta importancia que el derecho especulativo reconoce y fundamenta. La herencia forzosa relaja los vínculos morales de familia, al establecer cierto antagonismo entre la libertad del difunto para disponer de lo suyo y el interés de los hijos, quienes miran con desagrado y como un ataque a sus derechos los actos de disposición por los cuales su progenitor pretenda disminuir el caudal que cree pertenecerles. Por otra parte, esta situación enerva a la prole la natural tendencia a sacar provecho del ejercicio de sus facultades, puesto que los herederos forzosos no sienten la necesidad de aplicarse al trabajador para crearse una posición desahogada, desde luego que cuentan con los bienes de su padre, que necesariamente han de llegar a sus manos algún día». En un sentido similar se pronuncia para el caso de México, ARAUJO VALDIVIA, L., *Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones*, Editorial José M. Cajica JR., Puebla, 1972, 2ª Edición, p. 454: «[l]a institución de la legítima fue victoriosamente combatida como antieconómica y contraria al derecho de propiedad que, como absoluto, debe comprender también la facultad de disponer libremente los bienes por el testamento y que, además, es atentatoria a la autoridad paterna y un obstáculo para el desarrollo de la cultura y de la industria en grande escala a causa de la división de las propiedades que la legítima hacía necesaria periódicamente».

¹⁶⁵ SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 188.

¹⁶⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Lavigne Libraire-Éditeur, París, 1844, Libro XXVI, Capítulo VI, pp. 327 y 328.

suprimir las legítimas y consolidar una disposición que ya venía rigiendo en toda su extensión, aunque con eficacia práctica limitada al quedar absorbida precisamente por las legítimas¹⁶⁷.

Con carácter general, la obligación de alimentos *post mortem* se configura en estos sistemas como un deber del testador, quien podrá disponer libremente de sus bienes con tal de que asegure el pago de los alimentos debidos. Si se omite esta obligación, los alimentistas tendrán en su mano un derecho de crédito frente a la herencia¹⁶⁸ que podrán oponer a los herederos y que, en el caso de Costa Rica, gozan incluso de preferencia frente a los restantes acreedores ordinarios¹⁶⁹. En México, además, se declara que el testamento que incurra en esta omisión es «inoficioso», de forma que mantiene su validez¹⁷⁰. La caracterización como una «obligación» del testador es ciertamente superflua y parece únicamente apelar a su conciencia para no abusar de su libertad testamentaria. Aunque no se estableciera seguiría tratándose igualmente de una deuda de la herencia configurada por el Derecho de familia en vida del testador¹⁷¹.

¹⁶⁷ SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 188. Por lo que respecta a los detalles de la regulación de cada uno de estos sistemas, pueden apuntarse algunas diferencias básicas referidas a los sujetos legitimados para reclamar alimentos: En el Derecho de Costa Rica pueden reclamar alimentos los descendientes, ascendientes y el cónyuge (cfr. el art. 595. 1º del Código Civil de Costa Rica: «El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten»); mientras que en México se amplía igualmente a la pareja de hecho y los parientes colaterales hasta el cuarto grado (cfr. el art. 1368. V y VI del Código Civil del Distrito Federal de México: «El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: «V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Éste derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades»).

¹⁶⁸ Así lo disponen el art. 595 del Código Civil de Costa Rica; el art. 1141.1º del Código Civil de El Salvador; o los arts. 1375 y 1376 del Código Civil del Distrito Federal de México.

¹⁶⁹ Lo destaca ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense*, Investigaciones Jurídicas, 2004, 3ª Edición, p. 278: «[L]os acreedores alimentarios quienes, aunque con un crédito con privilegio —general—, que lo hacen preferente respecto a otros —generales, como los créditos laborales—, no lo convierte en ninguna legítima (concepto estrictamente sucesorio), ni garantiza que respecto de otros acreedores con privilegios especiales, como los reales, pueda alegarse mayor cosa (...)».

¹⁷⁰ Cfr. los arts. 1374 y 1375 del Código Civil del Distrito Federal de México. Una afirmación similar se hace en Costa Rica a nivel doctrinal; cfr. ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense*..., p. 283: «[S]i no se cumple con dejar alimentos a los menores o discapacitados, padres y consorte, en los términos referidos, no se dará ninguna invalidez del testamento, en los términos de las normas que regulan la materia (...) pues no se estaría con la circunstancia de adolecer el testamento de algún elemento esencial en su confrontación o de que haya un vicio tal en esos elementos que lo invalide».

¹⁷¹ Así lo subraya ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense*..., pp. 279 y 280, refiriéndose a la realidad costarricense: «[L]o que no deja de ser pura declaración hueca, pues igual da que omita o no para

Por lo que respecta a las modalidades de pago existen distintas alternativas: en México se reconoce el derecho a una pensión¹⁷²; en Costa Rica el juez, sobre la base de una estimación pericial, asigna una suma global que cubre todo el tiempo durante el cual se espera que se necesite la prestación alimenticia¹⁷³; mientras que en El Salvador el juez tiene la opción de atribuir una pensión mensual, o el pago de una suma única (en este último caso, la cuantía no debe superar un tercio del valor neto de la herencia)¹⁷⁴. En Honduras, en el caso del cónyuge viudo, acreditada la situación de necesidad, tiene derecho a la cuarta parte de los bienes hereditarios¹⁷⁵.

En todos los sistemas la concesión de alimentos *post mortem* está condicionada a la acreditación de una situación de necesidad justificable en atención a las circunstancias concurrentes. De ahí que no quepa atribuir alimentos a los hijos mayores de edad que no presenten una discapacidad, ni en general a los que posean bienes suficientes¹⁷⁶.

Se discute si los alimentos *post mortem* constituyen un verdadero límite a la libertad para testar. Hay determinados códigos civiles centroamericanos que ofrecen una respuesta afirmativa sobre el particular: tal es el caso del art. 936 del Código Civil de Guatemala, donde se indica que «la libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas». También parece ser la postura acogida por el Código Civil de

que incida realmente en la eficacia del testamento otorgado, ya que la constitución de la calidad de ser alimentarios en nada dista de lo que sucedería de no haber existido esta norma, tal como está redactada. Si se pretende causar algún efecto psicológico en el ánimo de quien se presta a hacer testamento, y ante la indicación de su notario (...), para que no abuse del derecho a testar y deje asegurados los alimentos de los suyos (...) pues podría tener algún sentido esta disposición cuasimoral, pero en lo jurídico, si se creyó establecer una limitación con una severa sanción ante la violación a ese derecho, quedaron en la intencionalidad, nada más». (...) [A]unque esta norma no dijera que a los acreedores alimentarios se les dará sus alientos de acuerdo a estimación de peritos, ese es el procedimiento normal para la determinación de este tipo de crédito que, por su naturaleza, basta que se compruebe la legitimación de ser tal alimentario, por un lado, y la necesidad alimentaria y monto para satisfacerla, por otro, para que proceda el juez, con el albacea, a hacer la fijación y pago de la pensión alimentaria correspondiente».

¹⁷² Cfr. el art. 1375 del Código Civil del Distrito Federal de México.

¹⁷³ Cfr. el art. 595. 2º del Código Civil de Costa Rica.

¹⁷⁴ Cfr. el art. 1141. 1º del Código Civil de El Salvador.

¹⁷⁵ Cfr. el art. 1150 del Código Civil de Honduras. CRUZ LÓPEZ, R., *Sucesiones. Apuntes de Derecho Civil*, Editorial Fuego Nuevo, 2003, 5ª Edición, p. 131, destaca la naturaleza *sui generis* de esta porción conyugal que ciertamente recuerda a legítima toda vez que consiste en una participación mediante una cuota fija en la herencia, si bien supeditada a una situación de necesidad (se trata de una legítima de tipo «asistencial» que seguidamente veremos que es la característica de Cuba y Luisiana): «La porción conyugal es desde luego, una asignación por causa de muerte, y es una asignación forzosa (...); pero dentro de la otra clasificación, no podría clasificarse ni como herencia ni como legado, ya que es de una naturaleza jurídica *sui generis*, pues puede estar constituido por bienes en parte a título universal y en parte a título singular (...)».

¹⁷⁶ Así lo disponen expresamente los arts. 595.3º del Código Civil de Costa Rica; 778 del Código Civil de Panamá; 1370 Código Civil del Distrito Federal de México.

Honduras, donde se califican como «asignaciones forzosas»¹⁷⁷. No obstante, existen voces doctrinales que proclaman una tesis contraria: la obligación de prestar alimentos no deja de ser una deuda más del caudal hereditario que tiene su origen en las relaciones familiares que tuviera en vida el causante y que en nada limita la libertad para testar. El heredero, al igual que en el caso de las restantes deudas hereditarias, recibirá lo que resulte tras su liquidación¹⁷⁸.

La realidad de México y de los Ordenamientos de Centroamérica es ciertamente peculiar y suele desconocerse a nivel comparado que constituyeron los primeros sistemas en instaurar una protección de la familia mediante una participación variable en la herencia, desechando el modelo legitimario de cuotas fijas. Tras más de cien años desde su instauración no parecen soplar vientos de reforma que evidencien arrepentimiento acerca del modelo adoptado. Es más, en El Salvador el principio de la libre testamentifacción ha sido garantizado constitucionalmente¹⁷⁹ y en Panamá el Código de Derecho Internacional Privado de 2015 ha declarado la libertad de testar como parte del orden público¹⁸⁰. Sólo en Costa Rica se detectan algunas voces críticas a nivel doctrinal, que denuncian que el sistema de alimentos *post mortem* no logra el objetivo marcado de protección de la familia. Se añade que el tiempo ha demostrado que no constituye el modelo más recomendable en países subdesarrollados en los que se exige un grado de intervencionismo estatal que posibilite el desarrollo global y una sociedad más justa donde ciertos grupos queden protegidos y no desamparados ante los excesos del liberalismo. Esto los lleva a reivindicar la necesidad de «reestablecer la legítima hereditaria como base del sistema sucesorio»¹⁸¹.

El hecho de que el modelo de alimentos *post mortem* se haya mantenido puede deberse a distintas circunstancias que no tienen por qué identificarse necesariamente con las eventuales virtudes del sistema y que tampoco debe silenciar los múltiples interrogantes que plantea. En efecto, en sociedades como las propias de México y Centroamérica, donde un

¹⁷⁷ Cfr. el art. 1147 del Código Civil de Honduras: «Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Son asignaciones forzosas: 1. Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas; y 2. La porción conyugal». A nivel jurisprudencial esta parece ser también la posición acogida en Costa Rica con carácter unánime; así lo destaca ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense...*, p. 286: «La jurisprudencia nacional, desde el siglo XIX, tanto de las antiguas Salas Civiles y de Casación, así como de los actuales juzgados civiles, Tribunal Superior civil y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la tesis de la «limitación» a la libertad testamentaria contenida en esta norma, sin mayor cuestionamiento teórico».

¹⁷⁸ SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 227.

¹⁷⁹ Vid. el art. 22 de la Constitución de El Salvador de 1983: «Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción».

¹⁸⁰ Vid. el art. 51 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá: «La libre disposición de testar y el régimen legal de protección de activos constituidos por residentes o extranjeros son de orden público (...)».

¹⁸¹ ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense...*, p. 293.

porcentaje muy amplio de la población vive en los umbrales de la pobreza, la discusión acerca de la libertad para testar parece más bien un ejercicio de cinismo: donde no hay nada que repartir no hay cuestión. De hecho, los impulsores de estas reformas pertenecían típicamente a las clases más adineradas y privilegiadas¹⁸². A ello se une que se trata de países con poca tradición de testar¹⁸³, de forma que una gran mayoría de las sucesiones se articulan bajo las reglas de la sucesión abintestato. Tratándose, además, de sociedades donde los lazos familiares presentan un peso indudable, es infrecuente que se excluya de la sucesión a los parientes más próximos. Todas estas razones justificarían indudablemente que no existan voces que aboguen mayoritariamente por la recuperación de las extintas legítimas; aunque estos mismos argumentos, si se piensa, resultarían igualmente válidos para no impulsar una supresión de las legítimas si aún existieran. Esta paradoja demuestra la inconsistencia de los argumentos que en ocasiones se emplean en el debate sobre el mantenimiento o supresión de las legítimas: pueden emplearse indistintamente en un sentido y en el contrario.

Por lo que respecta a los interrogantes que suscita el sistema de alimentos *post mortem*, si bien se desarrollarán con mayor detalle al hilo del estudio de las particularidades de la Propuesta Zimmermann, baste ahora apuntar en relación con los Derechos de México y Centroamérica dos aspectos. En primer lugar, la inexistencia general de límites cuantitativos a los alimentos puede dar lugar a un vaciamiento del patrimonio hereditario en la práctica. Es una vía indirecta para desfigurar, al igual que sucede con las *family provisions*, la voluntad del testador. En segundo lugar, la posibilidad de que los alimentos se configuren como una pensión periódica y vitalicia en determinados casos también provoca importantes problemas en clave particional, en la medida en que los bienes hereditarios quedarán afectos a su pago.

3.3. Sistemas híbridos de «legítima alimenticia» (Submodelo B3): Cuba y Luisiana como modelos paradigmáticos

Al ponderar las debilidades inherentes a los modelos de participación mediante cuotas fijas en la herencia (su rigidez) y de participación flexible (inseguridad jurídica), cabe plantear una propuesta que combine ambos modelos. Se trataría de exigir una situación de necesidad y asignar subsiguientemente una cuota predeterminada. Fueron primordialmente los Estados

¹⁸² SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 228, sostiene que esta afirmación es un tanto injusta, pues parece probable que los redactores de las reformas fueran optimistas acerca del impacto que este influjo liberal en el ámbito sucesorio tendría en el desarrollo económico y cultural de sus respectivos países.

¹⁸³ Así lo apunta de forma documentada SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., *cit.*, p. 229.

del bloque socialista del Este los que implementaron dicho sistema híbrido, que se ha mantenido vigente en muchos casos tras la caída de la Unión Soviética¹⁸⁴.

No es de extrañar que este modelo de legítima alimenticia o asistencial haya sido el acogido en Cuba a partir de su primer Código Civil independiente de 1987¹⁸⁵ y tal ha sido el caso curiosamente del Estado de Luisiana.

Por lo que respecta a Cuba, se constata una combinación entre el elemento socialista y el tradicional anclado en la legítima española. El componente de inspiración socialista radica en la norma que reserva la protección sucesoria únicamente a aquellos descendientes, ascendientes y cónyuge que no puedan trabajar y que dependieran económicamente del causante. Por otro lado, el componente tradicional se manifiesta en la regla que establece que las personas que reúnen dichos requisitos —calificadas por el Código cubano como «herederos especialmente protegidos»¹⁸⁶— perciben una cuota fija del caudal hereditario (cifrada en una mitad del caudal¹⁸⁷), y no una asignación determinada en función de sus necesidades efectivas (ya sea mediante una pensión o un capital único).

En cuanto a Luisiana, constituye el único Estado de EEUU donde se contempla la legítima, configurada actualmente de modo estrictamente asistencial tras una trabajosa evolución. No debe extrañar que existan elementos de influjo continental en el Derecho civil de Luisiana

¹⁸⁴ ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., pp. 111 y 112, detalla los sistemas que siguen acogiendo este modelo en Europa del Este: «En la Federación Rusa, por ejemplo, los hijos del testador sólo están protegidos si son menores o están incapacitados, y todos los demás herederos sólo están protegidos si están incapacitados. Una normativa similar se encuentra en Ucrania, Bielorrusia, Estonia y Lituania. La ley de la RDA también siguió este modelo. En Eslovenia, Croacia y Serbia se distingue entre herederos forzosos (o legitimarios) «absolutos» y «relativos»; los primeros siempre pueden hacer valer su derecho, los segundos sólo si están incapacitados y no pueden mantenerse. En el derecho esloveno y serbio, los abuelos y los hermanos del fallecido entran en esta última categoría, en el derecho croata todos los ascendientes, y en el derecho de Macedonia del Norte los padres, hermanos y descendientes de los hijos del fallecido». Para mayores referencia acerca de los preceptos de los códigos civiles respectivos en los que se consagra este modelo en cada uno de los casos, vid. ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., pp. 111 y 112, notas 32 a 41.

¹⁸⁵ Como apunta SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America»..., cit., p. 229, en Cuba, el Derecho sucesorio español mantuvo su vigencia durante un periodo más prolongado que en cualquier otro territorio de las Américas. Cuando España promulgó su Código Civil en 1889, Cuba aún formaba parte de España; ni la independencia cubana de 1898 ni la revolución socialista de 1959 interrumpieron la aplicación continuada del Código español y su sistema legitimario. Resulta llamativo que este régimen llegara incluso a contravenir la Constitución cubana de 1940, cuya disposición que ampliaba la porción de libre disposición de un tercio a la mitad careció de aplicación práctica.

¹⁸⁶ Se omite emplear el término «legítima» o «legitimario» en el texto del Código cubano de 1987, si bien la mejor doctrina cubana llega a calificarla propiamente como «legítima asistencial»; cfr. con carácter reciente, entre otros muchos trabajos del autor, PÉREZ GALLARDO, L. B., «Hacia una legítima asistencial: ni Escila ni Caribdis», en GARCÍA MAYO, M., *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, pp. 393-438.

¹⁸⁷ Cfr. el art. 492.1 del Código Civil cubano: «La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos».

dados sus antecedentes históricos: colonia francesa, posteriormente española y de nuevo francesa antes de su venta a EEUU en 1803. El primer Código Civil de Luisiana se promulgó solo cuatro años más tarde que el *Code* francés. En materia de legítimas, se consagró un modelo de inspiración francesa, aunque con innegable influjo del Derecho histórico español en lo que respecta a la cuantía de la legítima (cuatro quintos, en el caso de los descendientes) y las causas de desheredación. El segundo Código Civil de Luisiana de 1825 amplió la libertad de disposición *mortis causa*, de forma que el testador podía disponer libremente de dos tercios de sus bienes si tenía un hijo, de la mitad si tenía dos, y de un tercio si tenía tres o más¹⁸⁸. En 1920, Luisiana incorporó limitadamente la figura del *trust*, restringiendo una vez más los derechos sucesorios forzosos al posibilitar que la legítima se integrara en un *trust*, del cual el legitimario solo tendría derecho a percibir los rendimientos anuales. En contraste con las limitaciones previas impuestas a la figura de la legítima, el Estado de Luisiana dio un paso decisivo en su protección con la adopción de la Constitución de 1921, que por primera vez le otorgó rango constitucional. De este modo, la legítima quedó blindada frente a eventuales intentos de supresión mediante ley ordinaria. En particular, la Sección 16 del Artículo IV establecía que «[n]o se aprobará ley alguna que suprima la sucesión forzosa». Esta garantía constitucional fue mantenida y reafirmada posteriormente en la Constitución de Luisiana de 1974, concretamente en el Artículo XII, Sección 5. A finales de los años 70, no obstante, se inició un proceso de oposición a las legítimas que desencadenó en la definitiva supresión de la legítima de los ascendientes en 1981, así como en la reducción de la legítima de los descendientes: un cuarto del caudal hereditario si dejaba un hijo, y la mitad si dejaba dos o más hijos¹⁸⁹. Impulsados por esta exitosa deriva, los opositores de la legítima convencieron al legislador para que diera un paso más y redujera drásticamente el grupo de legitimarios, limitándolo a los descendientes de veintitrés años o menos y a aquellos descendientes que estuvieran «incapacitados o fueran susceptibles de estarlo»¹⁹⁰. Dicha modificación tuvo tal calado que la doctrina defensora de la institución argumentó que no solo era una reforma desafortunada, sino también presumiblemente inconstitucional, puesto que alteraba la esencia de la sucesión forzosa hasta el punto de suprimirla en gran medida, algo vetado por las Constituciones de Luisiana de 1921 y 1974¹⁹⁰. La enmienda legislativa fue invalidada, en efecto, por la Corte Suprema de Luisiana al considerar que vulneraba la previsión constitucional protectora de la sucesión forzosa. Finalmente, en 1996, el sistema de sucesión forzosa en Luisiana cambió radicalmente. Mediante referéndum popular, el pueblo de Luisiana votó a favor de enmendar la Constitución de Luisiana y eliminar la sucesión forzosa de su articulado con dos excepciones: «(A) [C]on excepción de lo previsto en el Apartado B de esta Sección, se suprime la sucesión forzosa en este estado. (B) Corresponderá al legislador

¹⁸⁸ Cfr. el art. 1480 del Código Civil de Luisiana de 1825.

¹⁸⁹ Cfr. Louisiana Acts Nº 442 de 1981.

¹⁹⁰ Cfr. Louisiana Acts Nº 788 de 1989.

establecer la clasificación como legitimarios para los descendientes en primer grado de veintitrés años de edad o menores. Asimismo, el legislador estará facultado para clasificar como legitimarios a aquellos descendientes, sin límite de edad, que debido a incapacidad mental o discapacidad física no puedan cuidar de sí mismos ni administrar su patrimonio»¹⁹¹.

A partir de esta reforma la legítima en Luisiana ha pasado a tener un fundamento exclusivamente asistencial o alimenticio, de ahí que los legitimarios deban ser descendientes de primer grado, menores de edad o que presenten una discapacidad que les impida administrar su patrimonio¹⁹². Por lo que respecta a la cuantía de la legítima, se determina en función del número de legitimarios que concurren al momento del fallecimiento. Si concurre un único descendiente, su derecho equivale a una cuarta parte del caudal. Si concurren dos o más, la cuota global que les corresponde es de la mitad, dividiéndose esta por partes iguales entre ellos (por cabezas)¹⁹³. En los supuestos poco frecuentes en que la cuota legitimaria es superior a la cuota abintestato del legitimario, el derecho a la legítima se reduce a la fracción que le correspondería en la sucesión intestada. Esta situación suele darse cuando hay cinco (o más) hijos, de los cuales solo uno es legitimario; en tal caso, su cuota legitimaria sería de un cuarto, mientras que su cuota abintestato sería de un quinto¹⁹⁴. La justificación de esta reducción es la igualdad entre hermanos, lo cual, sin embargo, resulta incoherente con la naturaleza alimentaria que ahora caracteriza la institución de la legítima¹⁹⁵.

Por último, cabe notar que la base de cálculo de la legítima en Luisiana comprende el patrimonio neto del causante al tiempo de su fallecimiento y las donaciones realizadas en vida durante los tres años anteriores¹⁹⁶. Esto es, sólo cabe declarar una donación como inoficiosa en ese limitado marco temporal.

¹⁹¹ Artículo XII, Sección 5ª de la Constitución de Luisiana, cuya redacción original es la siguiente: «[E]xcept as provided in Paragraph (B) of this Section, forced heirship is abolished in this state. (B) The legislature shall provide for the classification of descendants, of the first degree, twenty-three years of age or younger as forced heirs. The legislature may also classify as forced heirs descendants of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are incapable of taking care of their persons or administering their estates. The amount of the forced portion reserved to heirs and the grounds for disinheritance shall also be provided by law. Trusts may be authorized by law and the forced portion may be placed in trust». Sobre la evolución experimentada por el Estado de Luisiana en materia legitimaria, vid. con detalle la magnífica exposición realizada por SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, pp. 556-558.

¹⁹² Cfr. el art. 1493. A) del Código Civil de Luisiana. En el apartado E del mismo precepto se define qué se entiende por discapacidad a estos efectos: «A efectos de este artículo, la expresión «permanentemente incapaces de cuidar de su persona o administrar su patrimonio al fallecimiento del causante» incluirá a los descendientes que, al momento del fallecimiento del causante, padezcan, según documentación médica, una enfermedad o afección hereditaria e incurable que pueda hacerles incapaces de cuidar de su persona o administrar su patrimonio en el futuro».

¹⁹³ Cfr. el art. 1495 del Código Civil de Luisiana.

¹⁹⁴ Cfr. el art. 1495. 2 del Código Civil de Luisiana.

¹⁹⁵ Así lo critica SCALISE, R. J., «Family Protection in the United States of America»..., *cit.*, p. 559.

¹⁹⁶ Cfr. el art. 1505 del Código Civil de Luisiana.

Podría parecer que estos modelos híbridos de legítima alimenticia conjugan los aspectos más favorables de ambos sistemas: la certeza jurídica derivada de cuotas fijas predeterminadas y su concesión exclusiva a sujetos que acrediten una situación objetiva de necesidad. Ciertamente, este enfoque es coherente con las posturas doctrinales que identifican el fundamento de la legítima en su dimensión puramente asistencial o alimentaria: la protección solo se activa cuando concurre dicha necesidad. Sin embargo, entiendo que no constituye un modelo a seguir, dada la notable incoherencia de sus resultados¹⁹⁷. Una vez verificada la situación de necesidad —erigida en presupuesto esencial para la atribución de la legítima—, la asignación resultante prescinde por completo de la valoración de las necesidades específicas del caso concreto (en algunos casos recibirá más de lo necesario y en otras menos). En definitiva, la incertidumbre y la discrecionalidad judicial no se eliminan, sino que subsisten y pivotan en torno a la apreciación del concepto de «necesidad», sin que la fijación legal de cuotas predeterminadas logre erradicarlas.

4. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA «REFORMA ZIMMERMANN»: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGÍTIMA EN LA ALEMANIA Y SU «APARENTE» BLINDAJE CONSTITUCIONAL

Completado el recorrido comparado por los modelos de protección imperativa de la familia más representativos, es hora de afrontar con detalle la propuesta de reforma elaborada por el grupo de trabajo del Prof. Zimmermann. Para ello, debe partirse de contexto normativo al que va referido la propuesta, esto es, el sistema legitimario consagrado en el BGB alemán. Se trata de ofrecer unas nociones básicas sobre la legítima alemana que ante a una futura reforma exige además hacer algunas consideraciones en clave constitucional; en este último aspecto es obligada la referencia a la conocida Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005, objeto de verdaderos ríos de tinta más allá de las fronteras alemanas.

Lo primero que debe destacarse es que Alemania se acoge al modelo de protección imperativa de la familia en Derecho sucesorio mediante la atribución de una cuota fija sobre el caudal hereditario. En efecto, el BGB alemán dedica la Sección 5ª del Libro V a la denominada «Pflichtteil», que podría traducirse como «porción de carácter forzoso», comprensiva de los parágrafos 2303 a 2338¹⁹⁸. La legítima se configura indubitadamente al

¹⁹⁷ A una conclusión similar llega SCHMIDT, J. P., «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik»..., *cit.*, p. 20.

¹⁹⁸ Nótese, tal y como subraya ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., *cit.*, p. 270, que la regulación contenida en los parágrafos 2303 a 2338 del BGB ha gozado de una notable estabilidad. Se debieron introducir ciertas modificaciones a través de la Ley de Igualdad de Derechos (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 1957 y de la Ley sobre el Estatuto Jurídico de los Hijos Extramatrimoniales (*Nichtehelichengesetz*) de 1969. Incluso las reformas introducidas en 2010 por la Ley de Reforma del Derecho Sucesorio y de la Prescripción (*Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts*) tuvieron un alcance limitado y no alteraron la estructura general de la institución.

modo austríaco como *pars valoris*¹⁹⁹, esto es, como un derecho de crédito frente al heredero o herederos del causante, cuyo objeto es percibir el valor de una determinada cuota del caudal hereditario²⁰⁰. Por consiguiente, consiste siempre en una pretensión de contenido estrictamente pecuniario y el legitimario no tiene la condición de coheredero integrante de la comunidad hereditaria²⁰¹.

El elenco de legitimarios se circunscribe a los descendientes del causante (existiendo plena igualdad entre los descendientes matrimoniales y no matrimoniales e incluyendo a los adoptivos), sus padres y el cónyuge supérstite²⁰². No obstante, los descendientes de grado ulterior y los padres del causante solo son titulares de este derecho en ausencia de descendientes de grado preferente; estos últimos, al gozar de prioridad conforme a las reglas de la sucesión intestada, ostentan preferentemente el derecho a la legítima y excluyen a los anteriores²⁰³. Esta regla de prelación evidencia la estrecha conexión existente entre la legítima y la sucesión intestada; lo cual se extiende igualmente a su determinación cuantitativa, ya que el BGB establece que su valor es exactamente la mitad del valor de la cuota que el titular habría recibido en caso de sucesión intestada²⁰⁴.

La aparente simplicidad de esta última solución basada en cuotas invariables ligadas a las cuotas determinadas por las reglas de la sucesión intestada dista de ser real, pues su cuantificación es ciertamente compleja.

Un primer factor que contribuye a la complejidad del cálculo de la legítima en Derecho alemán es la incidencia de las donaciones realizadas en vida por el causante. El legitimario está facultado para solicitar la computación del valor de las liberalidades efectuadas durante los diez años previos a la apertura de la sucesión, a fin de calcular sobre esta base aumentada su derecho a la porción suplementaria (*Pflichtteilsergänzungsanspruch*). Conforme al § 2325,

¹⁹⁹ El influjo austríaco en la configuración como *pars valoris* de la legítima alemana es apuntada por ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., *cit.*, p. 270. Puede verse una clarificadora exposición de las distintas opciones que se barajaron en los trabajos preparatorios del BGB en ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., *cit.*, pp. 280-284, donde se destaca que la apuesta por la legítima de crédito se basó en la defensa de libertad de testar, así como en razones pragmáticas. Al configurar la legítima como derecho de crédito el testador ostentaría una mayor libertad para disponer de sus bienes y, al hacerlo, tener en cuenta las cualidades personales de sus sucesores, así como la naturaleza de los bienes que dejaba. Por otro lado, se entendió que constituía la solución más conveniente en la práctica. La herencia forzosa a menudo conducía a una comunidad de coherederos, o la ampliaba, con todos los problemas asociados a ello y con el derecho, disponible para todos los coherederos, de exigir su disolución. Se dice que el famoso historiador del derecho Heinrich Mitteis caracterizó la legítima del BGB como «poco amable (hacia la familia del testador) pero pragmática».

²⁰⁰ Así se desprende con claridad de lo dispuesto en la segunda parte del párrafo 2303 (1) del BGB: «[L]a parte obligatoria es la mitad del valor de la porción intestada».

²⁰¹ ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., *cit.*, p. 270.

²⁰² Cfr. el párrafo 2303 (1) y (2) del BGB.

²⁰³ Cfr. el párrafo 2309 del BGB.

²⁰⁴ Cfr. la segunda parte del párrafo 2303 (1) del BGB.

apartado 2, del BGB, el método de valoración de la donación varía según la naturaleza del bien: los bienes consumibles se valoran conforme a su valor en el momento de la donación, mientras que los demás bienes se valoran atendiendo al valor que tengan al tiempo de la apertura de la sucesión, si bien prevalecerá el valor (inferior) que tuvieran en el momento de la donación (*Niederstwertprinzip*). Adicionalmente, y para determinar el importe efectivamente computable de la donación, se aplica una regla de reducción gradual (*Abschmelzungsmodell*): las donaciones realizadas en el último año antes del fallecimiento se computan íntegramente, reduciéndose su valor computable en un diez por ciento por cada año adicional transcurrido desde la donación, dentro del referido límite de diez años²⁰⁵.

Otro elemento que añade complejidad a la materia es la cuantificación de la cuota legítima del cónyuge viudo. En este caso, hay que considerar el régimen económico del matrimonio, en particular cuando se trate del régimen de participación igualitaria en las ganancias que se aplica por defecto en virtud del parágrafo 1363 (1) del BGB. De acuerdo con el parágrafo 1371 (1) del BGB, si ese régimen económico matrimonial se extingue por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, las ganancias acumuladas deben dividirse aumentando la cuota intestada del cónyuge supérstite —que, junto a los parientes de primera clase, es decir, los descendientes, es de una cuarta parte— en otra cuarta parte del caudal. Toda vez que la base para la determinación de la legítima es la respectiva cuota intestada, la pregunta inevitable es si en el caso del cónyuge supérstite esta debe ser la cuota intestada aumentada de acuerdo con § 1371(1) del BGB, o la cuota intestada «ordinaria» —es decir, no aumentada de acuerdo con el § 1371(1) del BGB—, conservando el cónyuge supérstite en este último caso su derecho a la mitad de las ganancias acumuladas (siempre que dichas ganancias existan) ¿O debería dársele al cónyuge supérstite el derecho a elegir una de estas dos opciones? El legislador alemán de 1957 a quien responde la redacción actual del parágrafo 1371 del BGB lamentablemente no supo ofrecer una solución clara a esta controversia. A raíz de una decisión del Tribunal Supremo Federal se reconoce que un cónyuge supérstite que no es beneficiario en virtud del testamento solo puede limitarse a reclamar la legítima cuya base de cálculo debe ser la cuota intestada ordinaria (no aumentada en aplicación, en su caso, del § 1371(1) del BGB)²⁰⁶.

Otro aspecto de gran importancia en la configuración de la legítima alemana viene dado por su aparente blindaje constitucional, tras la controvertida e internacionalmente difundida

²⁰⁵ Este complejo sistema de cálculo se introdujo con la reforma operada en 2009 en materia sucesoria y de prescripción con la Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts que entró en vigor el 1 de enero de 2010.

²⁰⁶ Así lo aclara ZIMMERMANN, R., «Compulsory Portion in Germany»..., *cit.*, p. 295 y nota n. 196 para mayores referencias sobre el particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 19 de abril de 2005²⁰⁷.

La Sentencia resuelve dos recursos de amparo constitucional acumulados, relacionados con el derecho a la legítima. En el primer caso, el recurrente en amparo fue instituido heredero único por su madre mediante testamento ológrafo. Su hermano (demandante en la instancia civil) había sido privado de la legítima por la testadora en dicho testamento, alegando los reiterados malos tratos que aquel le infligía, llegando a temer por su vida. Poco después del otorgamiento del testamento, el demandante mató a la testadora, descuartizó el cadáver y ocultó los restos. En el posterior procedimiento penal, se declaró al demandante penalmente inimputable debido a una enfermedad mental preexistente (aunque se consideró que conservaba la capacidad para comprender la ilicitud del acto), ordenándose su internamiento en un centro psiquiátrico. A pesar de estos hechos, el demandante (representado por su tutor) reclamó la legítima a su hermano, el heredero instituido (recurrente en amparo). Los tribunales civiles ordinarios estimaron la demanda, concediendo la legítima al considerar que tanto la privación de legítima (§ 2333 BGB, en su versión anterior) como la indignidad para suceder (§§ 2339, 2345 BGB) requerían culpabilidad en sentido penal, elemento ausente en el demandante debido a su inimputabilidad. El Tribunal Superior Regional extendió esta falta de culpabilidad incluso a los episodios de malos tratos previos al homicidio. Frente a estas resoluciones, el heredero (recurrente en amparo) alegó la vulneración de sus derechos fundamentales derivados de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), en particular la garantía del derecho sucesorio y la libertad de testar (art. 14.1) y la protección de la familia (art. 6.1). Cuestionó la exigencia de culpabilidad penal estricta para la privación de legítima ante actos de extrema gravedad que destruyen los vínculos familiares, máxime cuando el autor, aun inimputable, comprende la ilicitud de sus actos.

El segundo caso concernió a una recurrente en amparo que fue instituida como heredera única por su esposo. Existían conflictos entre el testador y su hijo (el demandante en el proceso civil) relativos al contacto del testador con su nieto (hijo del demandante). El testador privó expresamente al demandante (y sus otros hijos) de la legítima en su testamento (otorgado en 1999), alegando como motivo la negativa persistente del demandante a permitirle contacto con el nieto, a pesar de conocer el delicado estado de salud del testador. El hijo desheredado reclamó su legítima a su madre y ésta se opuso alegando que la privación de la legítima había sido efectiva. Los tribunales civiles (Tribunal Regional y Tribunal de

²⁰⁷ Puede consultarse una versión traducida al inglés del texto íntegro de la sentencia en la web de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones: https://500b0daf-e78b-42d7-b46c-7fcaa86f58ae.usrfiles.com/ugd/84db9d_063c583a221d4a70be474e39a24cec49.pdf (fecha de la consulta: 13 de abril de 2025).

Apelación) condenaron a la recurrente a prestar información sobre el caudal hereditario (paso previo a cuantificar la legítima). Consideraron que la causa alegada (negativa de contacto) no constituía maltrato físico (*ex* § 2333. 2 del BGB) y que la madre demandada no había probado suficientemente la intención del demandante de causar daño corporal al testador mediante la perturbación de su bienestar físico, rechazando la práctica de pruebas ofrecidas por la recurrente. La recurrente interpuso recurso de amparo, denunciando la violación de los arts. 14.1 (libertad de testar), 3.1 (igualdad) y 103.1 (tutela judicial efectiva y derecho a la prueba) de la Ley Fundamental alemana, al considerar que los tribunales habían impuesto requisitos probatorios excesivos sobre la intencionalidad, impidiéndole defender eficazmente la voluntad del testador.

Como puede comprobarse, ambos casos presentan un denominador común: se trata de analizar la admisibilidad de la privación de la legítima de los hijos, si bien atendiendo a circunstancias de hecho extraordinariamente dispares. Sobre estas bases, el Tribunal Constitucional alemán, antes de pronunciarse sobre el objeto principal de la problemática suscitada en los recursos de amparo, plantea una defensa constitucional de la legítima empleando distintos argumentos que han sido objeto de una recepción dispar a nivel doctrinal (no solo en Alemania, sino también en España). Merece la pena detenerse en esta argumentación y contrastarla con la realidad constitucional española. Pueden destacarse distintos argumentos acuñados por el Tribunal Constitucional alemán.

En primer lugar, se afirma que tanto el derecho de los hijos a tener una participación económica mínima en la herencia, cuanto la libertad de testar, constituyen elementos del contenido esencial del derecho a la herencia consagrado en el art. 14.1 de la Ley Fundamental alemana. Comenzando con la libertad de testar, se indica que «Un elemento característico de la garantía del derecho a la herencia es la libertad de testar. Al igual que el derecho a la propiedad y el principio al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 2.1 de la Ley Fundamental, sirve para la autodeterminación del individuo en sus relaciones jurídicas. La libertad de testar como elemento de la garantía del derecho a la herencia incluye el derecho del testador en vida a ordenar la transmisión de sus activos después de su muerte de modo distinto a lo previsto en la sucesión legal [...] con posibilidad de excluir a un heredero legal de la participación en el caudal hereditario y a restringir su herencia al valor (dinero) de la legítima prevista legalmente. Se concede así al testador la posibilidad de organizar los términos de la sucesión [...] de acuerdo con sus deseos e ideas personales. En particular, el testador no está constitucionalmente obligado a tratar a sus descendientes por igual»²⁰⁸.

²⁰⁸ Punto 62 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

Del mismo modo, la participación económica mínima de los hijos en el caudal hereditario (la legítima), a juicio del Tribunal constituye parte esencial del derecho a la herencia. Se hace hincapié en que la legítima responde a una larga tradición histórica que se remonta al Derecho romano y que se consagra en todos los sistemas de fueros regionales aplicables antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán. En esta evolución histórica se destaca que en las deliberaciones sobre el Código Civil se presumió «que existía una obligación legal del testador de no abusar del derecho a testar que se le concedía. El derecho de los hijos a la legítima se consideraba como la otra cara de este deber legal. Al mismo tiempo, la posibilidad de retirar una participación mínima de los hijos del testador en el caudal hereditario en caso de falta grave de conducta hacia el testador también fue reconocida en la mayoría de los órdenes jurídicos aplicables en el Reich alemán antes de la entrada en vigor del Código Civil, y fue recogida en el contexto de las deliberaciones para crear un Código Civil para el Reich alemán»²⁰⁹.

También se alude al elemento comparado, evidenciando que la legítima se consagra en la generalidad de los sistemas jurídicos de tradición romana: «El derecho de los hijos del testador a la legítima aplicable en Alemania corresponde en principio al derecho integrado en los sistemas sucesorios de otros Estados europeos que también están influenciados por el Derecho romano. Estos también prevén un derecho a la legítima o un derecho sucesorio forzoso de los hijos del testador sin aplicar una comprobación de medios económicos, siendo los detalles diferentes en cada caso»²¹⁰. Se enuncian los ejemplos de Austria (donde se encuentra el origen de la legítima de crédito), Polonia, Italia, o Francia.

A continuación, se refuerza la garantía constitucional de la legítima en conexión en la protección constitucional de la familia consagrada en el art. 6.1 de la Ley Fundamental alemana: «El derecho a la legítima [...] está estrechamente vinculado a la protección de la relación entre el testador y sus hijos garantizada por el art. 6, apartado 1 de la Ley Fundamental. El art. 6, apartado 1 de la Ley Fundamental contiene una disposición fundamental definitoria de valores para todo el derecho privado relativo a la familia. La Constitución obliga al Estado a respetar y promover la comunidad familiar compuesta por padres e hijos tanto en el ámbito intangible-personal como en el ámbito tangible-económico como independiente y auto-responsable. La protección constitucional se disfruta a este respecto por la responsabilidad de los miembros de la familia entre sí, que se caracteriza por la obligación mutua de padres e hijos de ayudarse y considerarse mutuamente, como también prevé el legislador como modelo para las relaciones paternofiliales en el § 1618 a del Código Civil. En las deliberaciones del Comité de Principios (*Grundsatzausschuss*) del Consejo Parlamentario, la cuestión de si el derecho sucesorio debía incluirse en la lista de derechos

²⁰⁹ Puntos 66 y 67 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁰ Punto 69 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

fundamentales también se basó en la idea de que el derecho sucesorio, entre otras cosas, servía para preservar la familia»²¹¹. En línea con esta conexión entre la protección de la familia y la legítima en el ámbito sucesorio, se insiste en el fundamento de la solidaridad familiar: «Las características estructurales de la participación de los hijos en el caudal hereditario son una expresión de la solidaridad familiar, que existe fundamental e indisolublemente entre el testador y sus hijos. El art. 6, apartado 1 de la Ley Fundamental protege esta relación entre el testador y sus hijos como una comunidad vitalicia dentro de la cual ambos, padres e hijos, no solo tienen derecho, sino que de hecho están obligados, a asumir responsabilidad tanto sustantiva como personal el uno por el otro. El derecho a la legítima —al igual que el derecho a alimentos— está vinculado a las relaciones de derecho de familia entre el testador y sus hijos, y transfiere esta solidaridad entre las generaciones, que por regla general se funda en la descendencia y en la mayoría de los casos se consolida por la convivencia familiar, al ámbito del derecho sucesorio. La libertad del testador para testar está, por tanto, en principio también sujeta constitucionalmente a los lazos de derecho de familia que se fundan en la descendencia. Esta obligación de cuidar integralmente el uno del otro justifica asegurar al hijo con el derecho a la legítima una base económica con cargo a los bienes del progenitor fallecido incluso después del fallecimiento del testador. En la comunidad familiar, la adquisición y conservación de bienes se basa típicamente en contribuciones conceptuales o económicas tanto del testador como de sus hijos (crianza, apoyo financiero, ayuda, conducta de consumo, cuidado); también el uso de los bienes familiares tiene lugar en gran medida conjuntamente por el testador y sus hijos. Vinculado a esto, el derecho a la legítima tiene la función de facilitar la continuación de la conexión conceptual y económica entre los bienes y la familia independientemente de una necesidad concreta del hijo —más allá de la muerte del propietario de los bienes—»²¹².

Se destaca que a través de la legítima se garantiza una igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales: «Esta función del derecho a la legítima, que por un lado restringe la libertad y por otro protege a la familia, adquiere especial significación si hay hijos del testador de un matrimonio o relación anterior que, sin derecho a la legítima, frecuentemente no participarían en los bienes del testador. Esto se aplica particularmente a los hijos del padre nacidos fuera del matrimonio. Para un hijo nacido fuera del matrimonio, el derecho a la legítima es una manifestación de la tarea protectora del legislador en virtud del derecho ordinario en el ámbito del derecho sucesorio que está consagrada en el art. 6, apartado 5 de la Ley Fundamental. Esta disposición constitucional permite asignar a los hijos nacidos fuera

²¹¹ Punto 71 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹² Punto 72 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

del matrimonio una participación adecuada en el caudal hereditario del padre en forma de derecho sucesorio, o al menos de un crédito pecuniario»²¹³.

Finalmente, antes de referirse a la constitucionalidad de inclusión de causas de desheredación, se subraya que la Constitución no garantiza un modelo específico de legítima (ni en lo respecta a su naturaleza, ni en lo que hace a su importe): «El legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de completar los detalles concretos en virtud del derecho ordinario (véase BVerfGE 67, 329 (340-341)). Por lo tanto, es posible, por ejemplo, introducir en lugar de un derecho a la legítima con la estructura de un crédito pecuniario, la participación del hijo desheredado en la comunidad de herederos. Además, el importe de la legítima no está estrictamente definido en la Constitución; solo es necesario garantizar una participación adecuada indisponible de los hijos en el caudal hereditario del testador»²¹⁴.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el Tribunal Constitucional alemán se refiere a las cuestiones estrictamente relacionadas con los casos enjuiciados, a saber, a las causas de desheredación invocadas y consideradas como injustificadas por los tribunales civiles. Se comienza proclamando con carácter general la constitucionalidad de las causas de privación de la legítima, así como las causas de indignidad para recibir la legítima. También se insiste en que la falta de trato entre el testador y el hijo no puede conducir, sin más, a la desheredación pues podría vaciarse de contenido el derecho a la legítima. Del mismo modo, deben rechazarse las causas de desheredación configuradas como cláusulas generales y excesivamente amplias: «Existen constelaciones de casos en las que no es posible aplicar por igual tanto el principio de la libertad de testar como el principio de la participación indisponible de los hijos en el caudal hereditario. Por ejemplo, tras una falta de conducta particularmente grave por parte del hijo, puede ser simplemente irrazonable que el testador tenga que aceptar la participación en el caudal hereditario de este hijo. Sin embargo, tal falta de conducta por parte del hijo solo puede justificar la prioridad irrestricta de la libertad de testar si va claramente más allá de perturbar la relación familiar que normalmente existe si el testador excluye a sus hijos de la sucesión mediante última voluntad. No cualquier falta de conducta por parte del hijo que conduzca a la alienación o a una ruptura de relaciones con el testador justifica la prioridad de la libertad de testar, ya que de lo contrario el derecho de los hijos a la legítima sería derrotado y quedaría desprovisto de todo significado práctico²¹⁵. Al especificar los elementos que justifican la privación o restricción de la participación de los hijos en el caudal hereditario por falta grave de conducta, el legislador debe adherirse, en el ámbito de su discrecionalidad, en particular a los principios de claridad del derecho, justiciabilidad y seguridad jurídica. Estos aspectos constitucionales hablan en contra de

²¹³ Punto 74 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁴ Punto 76 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁵ Punto 78 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

cláusulas generales de falta de relación, que han sido propuestas diversamente en la discusión de política jurídica. [...] Aumentaría el riesgo de que los hijos nacidos fuera del matrimonio se vean afectados con más frecuencia por la privación de la legítima que los nacidos dentro del matrimonio²¹⁶.

El Tribunal, en relación con caso más dramático del fallecimiento de la testadora a manos del hijo desheredado, se centra en el requisito de la culpabilidad: «[E]l requisito de conducta culpable por parte del beneficiario de la legítima es, en principio, un criterio fidedigno y adecuado para la distinción en la decisión sobre si el derecho constitucionalmente protegido del hijo a la participación indisponible en el caudal hereditario debe subordinarse a la libertad del testador para testar debido a ser irrazonable para él o ella²¹⁷. La disposición contenida en el § 2333 número 1 del Código Civil podría haber sido interpretada y aplicada por los tribunales en el sentido de que no se trata de la culpabilidad del demandante en el sentido del derecho penal. La redacción de la disposición no se opone a tal interpretación, ya que el elemento de conducta culpable por parte del beneficiario de la legítima no fue incluido por el legislador en el número 1 del § 2333 del Código Civil. [...] Por lo tanto, la redacción de la norma no excluye que una persona mentalmente enferma que actúe con intención «natural» también pueda llevar a cabo tal acto [...]»²¹⁸. Razones de interpretación sistemática, en relación con las restantes causas de desheredación, e históricas conducen a una conclusión semejante: la culpabilidad exigida a efectos de desheredación no debe identificarse con la culpabilidad del ámbito penal. De ahí que se considere como ‘justa’ la desheredación del hijo que acabó con la vida de su madre en el primero de los casos enjuiciados.

Por lo que respecta al segundo de los casos caracterizados por una falta de trato entre el testador y su hijo (extendida también a las relaciones con su nieto), se rechaza por entender que «la privación de la legítima aquí se basó en una situación de conflicto familiar de un tipo que es característico de la desheredación, y en la que precisamente el derecho a la legítima cumple su función»²¹⁹.

La Sentencia, como se ha advertido, ha sido objeto de una respuesta desigual en la doctrina. Puede constatarse una respuesta mayoritariamente negativa en la que pueden destacarse las siguientes objeciones:

²¹⁶ Punto 81 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁷ Punto 83 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁸ Puntos 90 y 91 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

²¹⁹ Punto 97 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

1º) Se indica que los pronunciamientos acerca de la defensa constitucional de la legítima no constituyen *ratio decidendi* de la Sentencia, toda vez que los supuestos planteados iban referidos a causas específicas de desheredación²²⁰. Esta apreciación defendida con gran solidez por Zimmermann presenta una enorme relevancia, ya que serviría para superar el aparente blindaje constitucional de la legítima en Alemania reavivando así el debate sobre su eventual reforma (que es lo que proclama, como se advirtió al comienzo de este trabajo, en su propuesta de reforma sobre la que se volverá seguidamente con detalle).

2º) Se destaca que los argumentos empleados son en muchos casos anacrónicos y nada decisivos: no puede sostenerse en la sociedad actual la idea de un patrimonio o propiedad «familiar» en términos comunitarios, tampoco el principio de solidaridad familiar; la alusión a la tradición histórica y al elemento comparado nada aportan en la defensa constitucional de la legítima²²¹; las consideraciones acerca de la legítima giran en torno a la legítima de los descendientes, pero nada sugiere acerca de la conformidad constitucional de la legítima de los ascendientes²²².

Han sido numerosos los autores españoles que han llevado la discusión alemana a la realidad constitucional española. Se trata de un ejercicio muy pertinente, dada la similitud existente entre la Constitución Española y los preceptos constitucionales alemanes en los que basa su defensa el TC alemán: nuestro art. 33 plantea la defensa del derecho a la herencia en términos similares al art. 14 de la Ley Fundamental alemana, en conexión con el derecho de propiedad; mientras que el art. 39 CE consagra la protección de la familia por parte de los poderes públicos (aquí la similitud se traza con el art. 6 de la Ley Fundamental alemana). Las reflexiones son además especialmente sugerentes dada la inexistencia de pronunciamientos por parte del TC español acerca del contenido esencial del derecho a la herencia. Sin ánimo de ser exhaustivos puede concluirse que las voces doctrinales más autorizadas rechazan que en España pueda consagrarse la defensa constitucional de la legítima.

En primer lugar, partiendo de la definición ofrecida por el TC del contenido esencial de los derechos fundamentales y, por extensión de los derechos subjetivos, puede recordarse que consiste en «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho

²²⁰ Cfr. ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., p. 224: «Nada de lo que ha decidido el Tribunal Constitucional Federal se basa en la opinión expresada en el primer principio rector de que la Ley Fundamental garantiza a los hijos del testador una participación económica mínima en la herencia de éste, independientemente de su necesidad. La garantía constitucional del derecho a legítima para los hijos del testador es, por ello, el caso clásico de un *obiter dictum*; e incluso si se está de acuerdo con la opinión del propio Tribunal Constitucional Federal de que la motivación (o *rationes decidendi*) de una decisión, además de su parte dispositiva (o fórmula de decisión), tiene un efecto vinculante, no ocurre lo mismo con los *obiter dicta*. Hay una buena razón para ello en el hecho de que tales declaraciones fortuitas no han pasado la prueba de fuego de su relevancia para la decisión [...]».

²²¹ ZIMMERMANN, R., *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio...*, cit., pp. 224-227.

²²² VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., p. 90.

sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo»²²³. El TC ha definido dicho contenido esencial en relación con el derecho de propiedad a través de la concreción de la función social que delimita sus contornos: «[L]a fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo»²²⁴. Estas consideraciones delineadas en términos ciertamente abstractos y dogmáticos en relación con el derecho de propiedad nunca se han planteado con el derecho a la herencia. Al margen de la conexión trazada entre ambos derechos desde un punto de vista estrictamente sistemático por el art. 33 CE, los pronunciamientos no son extrapolables²²⁵, pues la herencia o sucesión *mortis causa* (y por extensión, la legítima, como pieza angular del sistema sucesorio) va mucho más allá de una mera prolongación de la facultad dispositiva integrante del derecho de propiedad. La herencia engloba aspectos de naturaleza personalísima de carácter esencial que las tendencias doctrinales patrimonialistas del fenómeno sucesorio iniciadas desde el S. XVIII (y que se ensalzan sobremanera por los partidarios de la libertad de testar en la actualidad) parecen omitir. En efecto, como subraya acertadamente RUBIO GARRIDO el derecho a la herencia opera en un plano distinto y más expansivo que el del mero derecho de propiedad. Su objeto no es la transferencia estática de la riqueza, sino un acto de soberanía personal con una potente facultad configuradora. Dicha facultad permite al causante no solo transmitir bienes, sino también modular esa transmisión mediante determinaciones accesorias (condiciones, plazos, modos, sustituciones) y, fundamentalmente, dar origen a nuevas relaciones jurídicas, como la constitución de usufructos o la creación de personas jurídicas. Por ello, la libertad *mortis causa* excede con creces el ámbito de la libertad dispositiva inherente a los derechos reales; limitarla a la garantía institucional de la propiedad, supone una reducción conceptual que ignora su verdadera dimensión y riqueza jurídica. De ahí que no sea irrelevante que el propio art. 33 CE

²²³ STC 11/1981, de 8 de abril, de la que fue ponente el Prof. Luis Díez-PICAZO (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981).

²²⁴ STC 37/1987, de 26 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987).

²²⁵ Así lo apunta VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., p. 95, si bien desde una óptica de defensa de la supresión de la legítima en la que se hace subraya enormemente la conexión entre propiedad y herencia: «privada y a la herencia, es dudoso que la doctrina formulada en relación con el derecho a la propiedad pueda sin más trasladarse al derecho a la herencia. La objeción no se formula tanto respecto a los mecanismos propuestos para la identificación de su contenido esencial, sino más bien a la potencia que se asigna a la función social». De la misma forma, ROCA TRÍAS, E., «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2020, núm. 24, p. 27, destaca que «[l]a función social de la propiedad se refiere a bienes concretos, es decir no al patrimonio globalmente considerado, sino a cada uno de los bienes de los que una persona es titular; por ello se habla de «propiedades» y no de propiedad en abstracto. Ello no ocurre del mismo modo en la herencia, en la que de lo que se está hablando es del conjunto de bienes de que es titular el difunto y que se transmiten a su heredero en su conjunto».

reconozca dos derechos separados dando así sentido desde un punto de vista literal la copulativa «y» empleada por el precepto²²⁶.

Tampoco sirve el recurso a la «garantía institucional» de la herencia, no solo porque tampoco existen pronunciamientos sobre el particular (al igual que acontece con el contenido esencial), sino porque constituye una categoría de contornos difusos que, a raíz de la STC 198/2012, de 6 de noviembre sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo²²⁷, admite una pluralidad de factores que permiten apuntalar la interpretación evolutiva de una institución. Como destaca VERDERA SERVER en este punto, refiriéndonos a la herencia, la libertad de testar y las legítimas «cabría acudir, para justificar cualquier intervención legislativa, por profunda que fuera, a elementos como el entorno sociocultural, el Derecho comparado, la realidad social, la cultura jurídica o su impacto en el resto del ordenamiento jurídico. Se abre así la puerta (constitucional) a cualquier modificación del régimen sucesorio»²²⁸.

En definitiva, el carácter tan genérico y modulable de las categorías de «función social» y «garantía institucional», más allá de la falta de pronunciamientos por parte de nuestro TC específicamente referidos sobre el derecho a la herencia, aventuran su inutilidad e inconsistencia para resolver el encaje constitucional del sistema de legítimas en nuestro Ordenamiento²²⁹.

Un argumento de enorme peso viene determinado por peculiar realidad normativa española en materia civil, compuesta por un conjunto de sistemas sucesorios, amparada por el art. 1491. 1. 8ª CE (entre los cuales encontramos casos de absoluta libertad de testar como Ayala y de legítima puramente formal como en Navarra), lo que determina que la defensa de las

²²⁶ RUBIO GARRIDO, T., *Fundamento del Derecho de sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, p. 490. Nótese que desecho el carácter estrictamente patrimonialista de la posición jurídica del heredero en relación con la transmisión del derecho hereditario en abstracto en mi obra *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2024, pp. 141-144. También lo hace RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Heredero y legitimario...*, cit., destacando elementos normativos de la dimensión puramente personal de la posición de heredero: 1º) La subrogación en las acciones de filiación (arts. 132, 133, 136, 137, 140 y 141 CC; arts. 765 y 766 LEC); 2º) la atribución al heredero de los aspectos morales de la propiedad intelectual (art. 15 TR Ley Propiedad Intelectual); 3º) la atribución al heredero de deberes u facultades relacionados con el estado civil de su causante (arts. 24 Ley del Registro Civil de 1957, arts. 42 y 54 Ley del Registro Civil de 2011, arts. 188, 203, 207, 232 Reglamento del Registro Civil); 4º) la revocación de donaciones por ingratitud (art. 653 CC); 5º) El de que, conforme al art. 911 CC, corresponda a los herederos la ejecución de la voluntad del testador cuando no exista albacea; 6º) la atribución a los herederos del perjudicado del derecho de rectificación (art. 1 LO 2/1984, de 26 de marzo); 7º) La sucesión procesal del heredero en todos los juicios en que fuese parte del difunto, con independencia de su carácter patrimonial o extrapatrimonial (art. 16 LEC), y con independencia de la naturaleza del proceso (arts. 756 u 766 LEC).

²²⁷ BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

²²⁸ VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., p. 100.

²²⁹ RUBIO GARRIDO, T., *Fundamento del Derecho de sucesiones...*, cit., p. 497.

legítimas no pueda esgrimirse como parte del orden público español. Precisamente por esta realidad competencial instaurada por la Constitución a la vista de los rasgos definitorios de los Derecho sucesorios existentes en España al tiempo de dictarse, parece evidente que el art. 33 CE no pretendía regular, ni garantizar, un modelo concreto de legítima. No se evidenció voluntad alguna de anular estas regulaciones forales, más allá de su adecuación a los principios de igualdad por filiación y sexo²³⁰.

Por lo que respecta a la conexión entre la protección de la familia y las legítimas, existe además una diferencia sustancial entre el régimen constitucional alemán y el español a este respecto: en el caso de España, desde un punto de vista sistemático, la protección de la familia se contempla como un mero principio rector²³¹. La protección de la familia puede articularse a través de muy diversas vías que no tienen por qué consistir en la participación imperativa de ciertos parientes en el patrimonio del causante²³². Además, téngase en cuenta que la atribución de la legítima no responde a un criterio de necesidad del beneficiario²³³. En definitiva, desde una óptica constitucional parece indudable que en España el legislador ordinario cuenta con un amplio margen de actuación en relación con la legítima: desde su supresión, pasando por su modificación en cualquiera de sus elementos estructurales (naturaleza, cuantía y determinación de los legitimarios).

Con todo, existen argumentos empleados en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que son de gran utilidad. En particular, distintos pronunciamientos que sirven para

²³⁰ RUBIO GARRIDO, T., *Fundamento del Derecho de sucesiones...*, cit., p. 499. VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima...*, cit., p. 103, matiza en este sentido que «interpretar los arts. 33 y 39 CE y la constitucionalidad de un sistema de libertad de testar o de legítimas en función de una legislación preconstitucional, que no ha sido cuestionada, tiene un valor relativo. Más sentido tiene el pensar que, dada la evidente existencia preconstitucional de ordenamientos sucesorios que recogían la libertad de testar, una redacción de los preceptos constitucionales que hubiera supuesto su inconstitucionalidad sobrevenida debía haber sido objeto de cierta explicación y debate. El silencio sobre estos extremos impulsa a pensar que se consideró que la Constitución no entrañaba ningún cambio de nota al respecto».

²³¹ RUBIO GARRIDO, T., *Fundamento del Derecho de sucesiones...*, cit., pp. 498 y 499.

²³² Así lo subraya GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», en BARBA, V. y PÉREZ GALLARDO, L. (Coordinadores), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-57. Esto es lo que defienden en clave alemana ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 24, en relación con la admisibilidad de un modelo de alimentos *post mortem* como manifestación igualmente válida y constitucional de la protección de la familia: «[B]leibt offen, wieso dieser Respekt und diese Förderung gerade durch eine Quotenteilhabe und nicht etwa durch die Perpetuierung von Unterhaltungspflichten geschehen muss».

²³³ Así lo destaca ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario a la sentencia del del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] (Alemania) de 19 de abril de 2005», publicado en la sección de Sentencias comparadas comentadas en la web de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones: [https://www.academiaderechosucesiones.com/sentenciascomparadas/bverfg-\(alemania\)-19-abril-2005](https://www.academiaderechosucesiones.com/sentenciascomparadas/bverfg-(alemania)-19-abril-2005) (fecha de consulta: 7 de julio de 2025).

clarificar el genuino fundamento de la legítima, extremo capital que hay tener muy presente en el debate sobre su eventual supresión o modificación. A mi juicio, hay cinco aspectos que resultan especialmente pertinentes:

1º) Debe desecharse que la legítima constituya un instrumento destinado a atender las necesidades de los legitimarios. Esto puede ser un efecto reflejo del sistema legitimario, aunque no es criterio de atribución ni *ratio* para su existencia. De ahí que no sean de recibo las críticas que insisten en la injusticia propiciada por las legítimas que en muchos casos van a parar a manos de sujetos con una avanzada edad (dado el aumento de la esperanza de vida) sin necesidad económica. El Tribunal Federal alemán insiste en esta idea: «En este debate, las críticas se basaron en parte en la opinión de que las circunstancias sociales han cambiado fundamentalmente desde la creación del Código Civil, y con ellas también la función social de la familia y de las relaciones familiares. Así, se decía que la esperanza media de vida de las personas se había alargado mucho, y que los sistemas de seguridad social habían sustituido en gran medida con el tiempo la red social proporcionada por los lazos familiares. [...] Refiriéndose a la época de redacción del Código Civil, la opinión contraria indica que, incluso en aquel entonces, la función del derecho a la legítima no había sido asegurar el mantenimiento y sustento de los hijos del testador. Si se tomaba como base la esperanza de vida restante de aquellas personas que ya tenían 25 años alrededor de 1900, y si se tenía en cuenta que las personas comenzaban a trabajar antes debido a períodos de escolarización y formación más cortos, se podía constatar que incluso en aquel momento los hijos, por regla general, eran económicamente independientes en el momento del fallecimiento de uno de los progenitores. El derecho a la legítima, más bien, servía para consolidar las relaciones intrafamiliares. Su eliminación constituiría una mayor erosión de la familia»²³⁴.

2º) Una de las funciones más relevantes desempeñadas por la legítima es servir de límite a los posibles abusos en que pueda incurrirse al ejercer la libertad de testar. En ocasiones se esgrime que la realidad práctica evidencia la inutilidad de las legítimas, pues en la mayoría de los casos los testadores llevan a cabo un ejercicio responsable de su libertad de disposición *mortis causa*. Se olvida que las legítimas encuentran precisamente su campo de actuación en los casos contrarios, por muy residuales que sean en la práctica.

3º) Suele decirse que la idea del patrimonio familiar y el principio de solidaridad familiar constituyen elementos anacrónicos en la sociedad actual. Aunque suponga nadar a contracorriente discrepo de estas afirmaciones categóricas que gozan de gran aceptación en la doctrina. El argumento de que el patrimonio familiar es obra exclusiva de los padres, porque los hijos ya no contribuyen con su trabajo, se basa en una visión sesgada de la creación de riqueza. Olvida una realidad fundamental: ese patrimonio se construye a menudo a costa

²³⁴ Puntos 21 y 22 de la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005.

del tiempo y la dedicación a los propios hijos. La contribución de un hijo no debe medirse solo por su trabajo directo, sino también por el coste personal que asume ante la intensa vida profesional de sus padres. Esta desatención, lejos de disminuir, se agrava con las nuevas tecnologías, que diluyen la frontera entre la vida laboral y la personal e impiden una verdadera desconexión. Ignorar esta dinámica es negar una dimensión clave de la familia moderna. Además, es muy habitual que el patrimonio proceda de la riqueza generada por generaciones anteriores. El principio de solidaridad familiar tampoco debe descartarse a la ligera. A pesar de la innegable y acelerada transformación del modelo de familia, la asistencia mutua entre parientes cercanos sigue siendo una característica fundamental de nuestra sociedad. Por tanto, este principio conserva plena vigencia²³⁵.

4º) Finalmente, hay un aspecto incuestionable garantizado por el régimen de legítimas continental que ya ha aflorado en el estudio comparado realizado: garantiza una mínima participación de todos los hijos en la herencia, al margen de que procedan de distintas uniones (matrimoniales, o no). En efecto, un análisis histórico revela que la legítima no es una institución concebida para familias en armonía, sino un mecanismo de protección ante la disfuncionalidad familiar. De hecho, su consolidación en el Derecho romano respondió a la necesidad de mitigar los abusos de la *patria potestas* y de amparar a los descendientes de uniones previas frente a segundas nupcias. Las fuentes romanas que justificaron su creación describen un clima social con notables paralelismos al contemporáneo²³⁶. En un contexto

²³⁵ Empíricamente, en el interesante estudio sociológico titulado *Herencias en la sociedad digital. La gestión familiar de las transferencias intergeneracionales y el patrimonio en la España del siglo XXI*, culminado en el año 2023, del que es autor AYUSO SÁNCHEZ, L. catedrático de Sociología de la Universidad de Málaga (puede encontrarse en la siguiente dirección: <https://www.fbbva.es/noticias/espanoles-herencia-hijos-sin-importar-relacion/>; fecha de consulta: 7 de julio de 2025), se indica que «la generación de personas mayores de 60 años se caracteriza según nuestro estudio porque dos de cada tres (67%) tienen pareja estable con la que conviven, con 2,1 hijos de media y 2,5 hermanos; el 84% tiene también alguno sobrino/a. [...] La satisfacción con las relaciones familiares suele ser muy alta sobre todo con el hijo con el que se mantiene un mayor contacto (9,58 sobre 10) y con la pareja (9,27). Estas generaciones se caracterizan por el apoyo informal a sus miembros, constituyendo una red invisible pero que es fundamental para el mantenimiento del bienestar social. Un 51% afirma haberles prestado ayuda a sus hijos para irse de casa, y un 18% a sus sobrinos. El 72% ha prestado ayuda económica a sus hijos para formarse (supone el pago de dinero directo dedicado a clases de idiomas, música, otros tipos de formación extra curricular o en centros privados o concertados) y un 16,5% a sus sobrinos; e incluso un 16% afirma haber ayudado a sus hijos a emprender algún negocio o hacer alguna inversión productiva, y un 10% a algún sobrino. Esta presencia de ayudas informales intrafamiliares a hijos y sobrinos también están presentes en el día a día y bajo diferentes fórmulas; el estudio desvela que un 37% ha ayudado a sus hijos en el último año a hacer frente a gastos cotidianos, tales como llenarle el carro de la compra, pagarle la luz o el agua, darle dinero para terminar el mes, etc., (21% a sobrinos) y un 48% afirma haber ayudado a sus hijos en el último año con el cuidado de sus nietos por el trabajo de sus progenitores (un 18% a sus sobrinos). La función social que realizan estas personas mayores de 60 años con sus familias supone el sustento social de las generaciones más jóvenes, que de no existir incrementarían las brechas de la desigualdad social en nuestro país».

²³⁶ Cfr. GAYO (D. 5.2.4.): «[N]o se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de la madrastra».

actual de creciente litigiosidad intrafamiliar, relajar la sucesión forzosa para expandir la autonomía testamentaria implicaría, en la práctica, importar esa misma conflictividad al ámbito sucesorio²³⁷.

5. LA «PROPUESTA ZIMMERMANN»: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS, INTERROGANTES Y RECEPCIÓN DOCTRINAL

El grupo de trabajo liderado por el Prof. Zimmermann, como se ha anticipado, ha elaborado una propuesta de reforma del Derecho sucesorio alemán donde se aboga por la supresión del régimen legitimario y su sustitución por un modelo de alimentos *post mortem* publicado en 2022²³⁸. Una de las principales virtudes de la Propuesta, como viene insistiéndose, es que no se limita a efectuar un desarrollo en abstracto de los argumentos favorables a la reforma, sino que elabora un verdadero proyecto normativo de *lege ferenda* que alcanza no solo al BGB sino también a la legislación concursal. La Propuesta se acompaña de una justificación inicial en clave histórica y comparada, así como de un comentario detallado de sus aspectos esenciales. Se ofrece, además, una dimensión práctica nada habitual en trabajos de esta naturaleza con continuos ejemplos que sirven para clarificar aún más si cabe el verdadero alcance de la Propuesta.

En las páginas que siguen esbozaremos las características principales de la Propuesta, renunciando a cierta exhaustividad en su explicación, toda vez que ello exigiría una paralela exposición detallada del régimen sucesorio y el de alimentos en Derecho alemán. La «Propuesta Zimmermann» se construye sobre dos pilares esenciales: la supresión de toda la Sección 5ª del Libro V del BGB donde se contiene el actual régimen de legítimas, y la reformulación del § 1615 BGB para disponer que el crédito por alimentos se extingue con la muerte del acreedor (alimentista), pero ya no con la del deudor²³⁹. Esto es, dichos créditos, al igual que las demás obligaciones dinerarias, pasarían a ser transmisibles pasivamente²⁴⁰. Desde esta perspectiva, el fundamento exclusivo de la protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio pasa a ser el asistencial, bajo las reglas determinadas en el régimen de los alimentos. Esto explica que el grueso de la Propuesta tenga por objeto preceptos propios

²³⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas...*, cit., pp. 55-57.

²³⁸ ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., Klapdor, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit.

²³⁹ ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., Klapdor, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 24.

²⁴⁰ Para justificar la pervivencia del crédito de alimentos más allá del fallecimiento de su deudor, los redactores de la propuesta aluden a tres supuestos en que tal regla ha llegado a operar: uno ya derogado, referido a los hijos ilegítimos que no tenían participación en la herencia y otros dos actualmente vigentes sobre alimentos reclamados por el cónyuge divorciado (§ 1586b, primer párrafo BGB), así como los alimentos que debe prestar el padre respecto de su hijo por razón del nacimiento (§ 1615I, tercer párrafo BGB).

de tal régimen, ubicados en el Libro IV del BGB dedicado al Derecho de familia²⁴¹. La continuación *post mortem* de los alimentos se extiende a todos los supuestos en que se reconoce derecho a alimentos en vida: descendientes, ascendientes y cónyuge²⁴². A efectos expositivos, el análisis que sigue se articulará en torno a la posición de los descendientes, pues es en este ámbito donde la Propuesta despliega sus elementos más característicos y definitorios.

La Propuesta realiza un pormenorizado análisis de las razones que llevaron al codificador alemán a consagrar la extinción de la obligación de alimentos por muerte del deudor consagrada en el vigente 1615 BGB. Se arguye que en estos casos el alimentista goza de la protección dispensada por las legítimas en el Derecho de sucesiones. En otros términos, se traza una equivalencia funcional entre la legítima propia del ámbito *mortis causa* y los alimentos determinados en el plano *inter vivos*. El grupo de ZIMMERMANN rechaza esta idea: resulta conceptualmente problemático justificar la lógica bidireccional de este sistema; por una parte, se pretende subvenir a un estado de necesidad futuro y contingente mediante la atribución de una cuota fija en la herencia; y a la inversa, ¿cómo puede una prestación variable y condicionada —como una pensión alimenticia— ser un sustituto justo de un derecho preestablecido de cuantía predeterminada? Ambas soluciones parecen desajustadas a los problemas que pretenden resolver²⁴³. A mi juicio esta incoherencia patente responde a una cuestión previa que se da erróneamente por sentada: el fundamento de la legítima no es el asistencial, de ahí que no sea, ni en Alemania ni en España, criterio determinante para su atribución. La atención a la necesidad de legitimario podrá constituir un efecto estrictamente reflejo o indirecto. De lo contrario se incurre en incoherencias tales como las que se subrayan en la Propuesta.

El hecho de que los alimentos y las legítimas respondan a funciones diferentes lleva a ESPEJO LERDO DE TEJADA a proclamar la compatibilidad de ambas figuras en clave española. De hecho,

²⁴¹ §§ 1360a, 1361, 1586b, 1615, 1615a, 1615b, 1615c BGB; cfr. ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., pp. 123-129.

²⁴² También la pareja de hecho (circunscrita en Alemania a las uniones civiles constituidas en Alemania antes del 1 de octubre de 2017 entre personas del mismo sexo, o las uniones civiles constituidas en el extranjero, en la medida en que les sea aplicable el Derecho alemán —§ 5 de la Ley alemana de parejas de hecho—), a la que se le extienden las disposiciones propias del matrimonio en materia de alimentos en virtud de lo dispuesto por el § 5 de la Ley alemana de parejas de hecho (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*). Sobre esta cuestión vid. LEGERÉN MOLINA, A., «Property Regimes of European Spouses and Partners Towards Their Unification or Just to a Certain Degree of Harmonization?», *European Review of Private Law*, 2025, núm. 3, p. 715, nota n. 29.

²⁴³ ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 30; y allí mayores referencias a autores clásicos que trazan el paralelismo entre el derecho de alimentos en vida y la legítima tras la muerte.

propone replantear el art. 150 CC (análogo al § 1615 BGB) donde se establece la extinción de la obligación de suministrar alimentos por la muerte del obligado. Curiosamente, señala el autor, «es una norma que entre nosotros casi nadie menciona al hilo de este debate; siendo así que además plantea una pregunta a los partidarios de los alimentos *post mortem* que nadie responde: ¿por qué si los alimentos generales no presentan una limitación de edad en que puedan ser recibidos los alimentos *post mortem* sí deberían tener esa limitación?»²⁴⁴. Sobre la base de la distinta función esencial que desempeñan ambas figuras coincido con su carácter compatible desde un punto de vista técnico²⁴⁵. Ahora bien, toda vez que las legítimas, como se ha destacado, pueden llegar a satisfacer las necesidades del legitimario, podrían colmar de forma indirecta la función perseguida por los alimentos. Dicho en otras palabras, la necesidad exigida para la atribución de los alimentos quedará previsiblemente colmada mediante la legítima individual, mientras que allí donde no llegue la legítima es donde los alimentos *post mortem* encontrarán su ámbito de actuación: particularmente, todos aquellos supuestos en que el alimentista no tenga la condición de legitimario, tales como el de los ascendientes, cuando concurran con descendientes legitimarios a la misma herencia; o los hermanos, con el límite determinado en el art. 143.2º CC. Junto a lo anterior, no hay que perder de vista los instrumentos ya existentes en nuestro Derecho positivo donde se atiende a necesidades específicas en el ámbito sucesorio: entre otros, legado y atribución del derecho de habitación del art. 822 CC, no computado a efectos del cálculo de la legítima, los alimentos a favor de la viuda encinta del art. 964 CC, la subsistencia de la pensión por desequilibrio tras el fallecimiento del excónyuge del art. 101.2 CC, o la atención a la necesidad del legitimario con discapacidad a través del gravamen a la legítima estricta de los restantes legitimarios contenida en el confuso art. 808 CC²⁴⁶.

Volviendo al análisis de la «Propuesta Zimmermann», al residenciar la protección sucesoria de los familiares en la continuación *post mortem* de los alimentos, los sujetos legitimados para reclamarlos serán por principio aquéllos que tuvieran reconocida su prestación en vida del causante en aplicación de los criterios establecidos en materia de alimentos. De hecho, se insiste en que mediante este modelo se minimiza la enorme incerteza que plantea el modelo de las *family provisions*: particularmente en el caso de Alemania, existen unas tablas orientativas manejadas de forma más o menos uniforme por parte de la jurisprudencia a la hora de decretar los alimentos que servirían para superar este principal escollo planteado por los sistemas de prestaciones alimenticias²⁴⁷. Ahora bien, el modelo propuesto plantea un

²⁴⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas»..., *cit.*, p. 202.

²⁴⁵ Recuérdese que esta es precisamente la solución proclamada desde antiguo en el Derecho chileno.

²⁴⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas»..., *cit.*, p. 199.

²⁴⁷ Así lo subraya ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán», en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Madrid, 2025 (en prensa), p. 20/23.

escollo de gran calado: fija la determinación de la necesidad de alimentos al único momento del fallecimiento. Esto contradice la naturaleza misma de la obligación alimenticia, que surge cuando la necesidad se materializa, aunque sea tiempo después. Las implicaciones que esta realidad plantea en relación con el patrimonio hereditario, el carácter habitualmente periódico del pago de los alimentos y la necesidad de no paralizar la liquidación de la herencia durante la vida del alimentista se atajan mediante un sistema de capitalización de los alimentos que se detallará a continuación. Consciente de esta limitación, la Propuesta incorpora un correctivo preventivo para evitar las situaciones de injusticia más flagrantes. Aunque mantiene el momento del fallecimiento como referencia para la valoración (lo que permite la capitalización y liquidación de la herencia), suaviza las condiciones para acceder a la protección: no se exige una obligación de alimentos ya existente, sino meramente la previsibilidad de una necesidad futura²⁴⁸. Así, por ejemplo, si el hijo del causante tras matricularse en la Universidad y antes de comenzar sus estudios universitarios decide tomarse un año sabático durante el cual trabajará y tendrá medios para su sustento, la obligación de alimentos (latente) pasará al heredero, ya que es previsible que el hijo en cuestión pase a tener una situación de necesidad durante su posterior estancia en la Universidad²⁴⁹.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la obligación de alimentos, bajo la óptica de la Propuesta constituye una deuda más de la herencia. Se aplica, así, el régimen ordinario de responsabilidad por deudas, de forma que el heredero responderá con su propio patrimonio personal si no activa los mecanismos de limitación de la responsabilidad previstos legalmente (administración judicial o concursal de la herencia)²⁵⁰. Esto no quiere decir que el heredero

²⁴⁸ Así se establece en el § 1615a (1) BGB-E propuesto. El grupo de Zimmermann señala a este respecto que el alimentista no debe quedar en una peor situación por el fallecimiento del alimentante; ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., Klapdor, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 40.

²⁴⁹ ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán»..., cit., p. 18/23.

²⁵⁰ *Nachlassverwaltung y Nachlassinsolvenz, ex §§ 1975 a 1989 BGB*. Sobre el régimen alemán de responsabilidad por deudas de la herencia vid. MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias...*, cit., pp. 85 y ss.; también mi trabajo MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Payment of decedents' debts in succession law: effects and defects of the German and Spanish legal systems Juan Pablo Murga Fernández, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2018, núm. 2, pp. 359-381; igualmente, SCHMIDT, J. P., *Itinera Hereditatis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, pp. 443 y ss.; en tiempos recientes, es de lectura obligada el trabajo de ZIMMERMANN, R., «Administration of estates in Germany», en REID, K., G. C., SCHMIDT, J. P., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume IV: Administration of Estates*, Oxford University Press, Oxford, 2025, pp. 293-340.

pase a ser alimentante, de forma que sus circunstancias patrimoniales no se toman en consideración para el montante de los alimentos²⁵¹.

Otro aspecto esencial de la Propuesta, ya adelantado, es la capitalización de la obligación de alimentos. En efecto, la obligación alimenticia se satisface normalmente mediante prestaciones periódicas, si bien el Derecho Alemán admite la posibilidad de pago único de una suma dineraria en determinadas circunstancias al cónyuge viudo²⁵². La Propuesta convierte dicha capitalización en la regla general con una justificación muy plausible²⁵³: la necesidad de evitar la inmovilización del caudal hereditario facilitando su ágil liquidación²⁵⁴. Se trata, además, de la solución más favorable para las partes implicadas: el alimentista carece habitualmente de interés en mantener una relación duradera con el heredero alimentante y soportar su riesgo de insolvencia; y este último alimentante también pretenderá liquidar la obligación de alimentos a la mayor brevedad, haciéndose con los bienes hereditarios que, en su caso, le correspondan²⁵⁵. Por otra parte, la capitalización constituiría una consecuencia propia de los procedimientos de limitación de la responsabilidad del heredero²⁵⁶.

No obstante, la Propuesta contempla tres excepciones principales a este principio de capitalización. En primer lugar, las partes siempre pueden pactar el pago de una pensión periódica, siempre que el acuerdo se instrumente en documento notarial. En este caso, el heredero no podrá resolver unilateralmente este acuerdo si con el transcurso del tiempo entiende que hubiera sido más beneficioso decantarse por la capitalización. Además, el heredero asumirá en todo caso un régimen de responsabilidad personal e ilimitada frente al pago de la obligación de alimentos²⁵⁷. En segundo lugar, si el causante convive en el mismo domicilio con un alimentista menor de edad, la obligación de alimentos puede satisfacerse en especie²⁵⁸. Finalmente, la Propuesta permite que el heredero alimentante solicitar la

²⁵¹ Se sigue así la misma pauta establecida en relación con las deudas alimenticias que excepcionalmente resultan transmisibles *mortis causa*: cfr. nota n. 238; ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingernder Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 42.

²⁵² Cfr. § 1585 (2) BGB

²⁵³ § 1615a (2) BGB-E de la Propuesta.

²⁵⁴ ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingernder Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., pp. 43-45.

²⁵⁵ ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán»..., cit., p. 19/23.

²⁵⁶ §§ 1975, 1981 BGB.

²⁵⁷ § 1615a (3) BGB-E de la Propuesta.

²⁵⁸ § 1615b BGB-E de la Propuesta. En estos casos, el grupo de Zimmermann indica que el heredero no debería verse forzado a liquidar la herencia (particularmente, bienes hereditarios de especial valor tales como la casa familiar) para afrontar el pago de la obligación de alimentos capitalizada (ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingernder Angehörigenschutz im Erbrecht...*, cit., p. 32).

satisfacción de la obligación de alimentos mediante pagos periódicos sin concurre una causa justificada para ello²⁵⁹.

El desafío metodológico fundamental de la capitalización de la obligación alimenticia reside en su cuantificación. Esta operación exige un cálculo prospectivo del valor capitalizado de la pensión, lo que implica una estimación de su duración previsible, ponderando todas las circunstancias que afectarán a su existencia y cuantía. La dificultad intrínseca de este ejercicio radica en que debe efectuarse tomando como única referencia temporal el momento de la apertura de la sucesión. La Propuesta apoya esta compleja evaluación en distintos factores inspirados en la experiencia jurisprudencial alemana en materia de alimentos²⁶⁰. Por ejemplo, tratándose de los alimentos de un hijo menor de edad, o de hijos mayores que aún no hayan completado su formación, se toma en consideración los ingresos de los padres. Además, en la cuantificación se presume que el heredero alimentante sobrevivirá y se barajan distintos factores tales como los ingresos previsibles con el paso del tiempo, la edad de jubilación, etc²⁶¹.

Finalmente, existen dos aspectos problemáticos planteados por el modelo de la Propuesta a los que también se les trata de ofrecer una respuesta atinada. En primer lugar, si la obligación de alimentos se considera como una deuda ordinaria de la herencia, es perfectamente compatible con las atribuciones que pueda en su caso recibir el alimentista por vía testada o intestada. Esto genera una clara intersección que de algún modo ya se ha apuntado en relación con la identidad de funciones que pueden llegar a desempeñar las legítimas (aunque de forma únicamente refleja) y los alimentos *post mortem*. Tres serían las soluciones posibles: la acumulación, la alternatividad, o la compensación entre sí. La Propuesta se decanta por esta última, de forma que lo que reciba en concepto de alimentos se reducirá de lo que le corresponda por herencia (testada, o intestada), salvo que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario²⁶². El Grupo de Zimmermann estima que se trata de la solución más adecuada: en el caso de la alternatividad se sometería al alimentista a una disyuntiva ciertamente severa debiendo asumir el riesgo que conlleva el pronóstico de cuál sea la opción

²⁵⁹ § 1615a (3) BGB-E de la Propuesta.

²⁶⁰ Cfr. § 1615a (2) BGB-E de la Propuesta.

²⁶¹ ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán»..., *cit.*, p. 20/23.

²⁶² § 1615c BGB-E de la Propuesta. En relación con las donaciones, se aplican las disposiciones propias del régimen de alimentos; para más detalles vid. ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., KLAPDOR, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*..., *cit.*, p. 103.

más favorable; y la acumulación resultaría injustificada y excesivamente favorable para el alimentista²⁶³.

En segundo lugar, uno de los riesgos que se asume mediante la instauración de un sistema de alimentos *post mortem* es la posibilidad de que el patrimonio hereditario se consuma con su satisfacción. Esta es una realidad constatada en algunos países de Centroamérica tales como Costa Rica. La Propuesta asume dicho riesgo y no pone límite alguno a la obligación de alimentos, como podrían ser lo que corresponda por sucesión intestada, o por legítima²⁶⁴. Se entiende que esta opción es la más coherente con el planteamiento principal de la Propuesta: asegurar que los familiares más próximos reciban una asistencia económica adecuada. El criterio de atribución es la situación de necesidad que, de existir, podría llegar a vaciar el patrimonio hereditario; de forma que cualquier límite objetivo a este respecto resultaría arbitrario²⁶⁵.

Hasta aquí la explicación de las características esenciales de la «Propuesta Zimmermann». Sin ánimo de ser exhaustivos, baste ahora apuntar algunas consideraciones sobre la recepción doctrinal que ha experimentado la reforma en Alemania. En líneas generales, puede afirmarse que a nivel doctrinal se constata un gran apego por el clásico sistema legitimario. Las principales críticas a la Propuesta, en cualquier caso, se concentran en trabajos del Prof. Gerhard OTTE, autor —dicho sea de paso—, del comentario a las disposiciones sobre legítimas del extenso *Comentario Staudinger* del BGB²⁶⁶. Las objeciones más destacables son esencialmente cuatro (algunas de índole más general en defensa de las legítimas y otras más específicas referidas a aspectos técnicos de la «Propuesta Zimmermann»):

²⁶³ ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán»..., *cit.*, p. 21/23.

²⁶⁴ Así lo hace el Código Civil de Québec: cfr. su art. 688.

²⁶⁵ ZIMMERMANN, R., «La pensión alimenticia en lugar de la legítima: hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán»..., *cit.*, p. 21/23.

²⁶⁶ Cfr. OTTE, G., «Einleitung BGB zu §§ 2303 ff», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, Berlín, Edición revisada de 2021 (versión digital). Este dato es revelador y conecta con una sugerente apreciación realizada por VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima*..., *cit.*, p. 410, acerca del denominado sesgo de la confirmación acuñado por la economía del comportamiento: «Los argumentos que se emplean son terreno abonado para la proliferación de los sesgos cognitivos. Obviamente, el más importante de todos es el denominado sesgo de confirmación, que tiende a dar mayor relevancia a los datos o argumentos que confirmen los propios presupuestos o hipótesis del intérprete. Es un aspecto que, en el ámbito jurídico, se suele conectar con cierto apriorismo o preconceptualismo, de forma que el intérprete parte de una idea preconcebida (a favor o en contra de las legítimas, a favor o en contra de la libertad de testar), desdeña los argumentos contrarios y agiganta el valor de los argumentos favorables». El haber dedicado toda una vida al estudio de las legítimas es evidente que puede provocar una tendencia inconsciente a defenderla a toda costa! Esto, dicho sea de paso, no resta valor a los argumentos empleados en su defensa con los que coincido en gran medida partiendo precisamente del análisis comparado realizado en el presente trabajo.

1º) Se indica que la Propuesta se cimienta sobre una premisa históricamente errónea: que la única finalidad perseguida por la legítima en relación con la protección de la familia sea la asistencial. A decir de OTTE, legítima nunca fue un mero derecho de alimentos, sino la expresión de una responsabilidad paterna más amplia: la de permitir a los hijos participar del estatus familiar y patrimonial. Reducir la protección sucesoria a una mera cuestión de necesidad es despojarla de su verdadero fundamento, que no es otro que la solidaridad familiar y la limitación de la arbitrariedad testamentaria²⁶⁷.

2º) La supresión de la legítima se entiende que resultaría especialmente perjudicial para los hijos de relaciones o matrimonios anteriores y, en particular, para los hijos no matrimoniales. Para ellos, la legítima es el único instrumento que garantiza, de forma objetiva e indiscutible, una participación mínima en el patrimonio de su progenitor, protegiéndolos de la discriminación y el olvido²⁶⁸.

3º) Al suprimir la legítima, se insiste en que la Propuesta no eliminaría el conflicto, sino que lo desplazaría hacia terrenos más inciertos y costosos. La única vía que le quedaría al familiar injustamente excluido sería impugnar la validez del testamento alegando vicios como la falta de capacidad del testador o, con mayor frecuencia, la «influencia indebida». Esto no solo aumentaría la litigiosidad, sino que fomentaría una discrecionalidad judicial similar a la de los sistemas anglosajones, con el agravante de que solo los patrimonios más cuantiosos podrían permitirse un pleito de tal magnitud²⁶⁹.

4º) Finalmente, desde un punto de vista técnico se plantean distintas controversias suscitadas por la evaluación de la necesidad al tiempo del fallecimiento y la regla general sobre capitalización de la obligación de prestar alimentos: la Propuesta, al fijar la valoración de la necesidad en el momento del fallecimiento, genera un resultado aleatorio que pueda llegar a ser injusto. Una necesidad sobrevenida y no previsible en ese instante quedaría desprotegida, contraviniendo el propio fin asistencial que la Propuesta de reforma proclama. El sistema de capitalización agrava esta injusticia: obliga al alimentista a aceptar un pago único basado en un pronóstico incierto, forzándolo a asumir el riesgo de inflación, cambios vitales imprevistos o una longevidad mayor a la estadísticamente esperada, sin posibilidad de solicitar una revisión posterior²⁷⁰. Se entiende que es un sistema que beneficia en mayor medida al heredero. También se alude a un riesgo provocado por las donaciones en vida que pueda recibir el hijo alimentista: podrían no computarse si este dilapida lo recibido, resurgiendo su

²⁶⁷ OTTE, G., *Unterhalt statt Pflichtteil?*, Jedermann-Verlag (colección Zachariae-Vorlesung), Heidelberg, 2024, p. 39.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 29.

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 28 y 29.

²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 30 y 31.

derecho de alimentos intacto y generando un agravio comparativo insostenible con los hermanos que no recibieron nada²⁷¹.

La Prof^a. RÖTHEL también cuenta con una reseña a la «Propuesta Zimmermann» con observaciones muy sugerentes que sirven a modo de reflexión sobre el futuro de la legítima, de ahí que sean perfectamente extrapolables al debate español.

1º) Se destaca que, en la defensa de la libertad de testar, se parte de una premisa presentada como autoevidente, pero que es, en realidad, altamente cuestionable: que la libertad de testar es el «punto de partida natural de una sociedad liberal» y que, por tanto, la legítima, como excepción, requiere una justificación especial. Esta visión ignora que la libertad de testar no es una libertad «natural» e ilimitada, sino una facultad «artificial», creada y moldeada por el propio ordenamiento jurídico²⁷². No existe un mandato constitucional para maximizar la libertad de testar; su garantía, de hecho, coexiste en pie de igualdad con la protección de la familia. Por tanto, es la propia libertad de testar, no solo la legítima, la que necesita ser justificada y delimitada en una sociedad moderna.

2º) Si se elimina la legítima, los tribunales, en su tradicional labor de control del contenido de los testamentos, podrían sentirse legitimados para anular disposiciones que consideren «inmorales» o «discriminatorias». Esto podría dar lugar a una nueva categoría jurisprudencial de testamentos nulos por ir en contra de los deberes de protección familiar consagrados constitucionalmente, con el resultado paradójico de que un hijo excluido no obtendría una cuota fija (la legítima), sino potencialmente su cuota intestada íntegra, desvirtuando por completo la voluntad del testador.

3º) La propuesta, al centrarse exclusivamente en la necesidad económica, ignora la compensación de los servicios de cuidado prestados por un familiar al causante. El sistema actual, a través de los §§ 2057a y 2316 BGB, permite que un descendiente que ha cuidado a sus padres reciba una compensación que aumenta su legítima, incluso si es desheredado. La reforma eliminaría esta protección sin ofrecer alternativa alguna, lo que supondría un retroceso respecto a la tendencia comparada y a la creciente sensibilidad social hacia la necesidad de remunerar el trabajo de cuidado familiar.

4º) La supresión de la legítima podría tener un impacto directo sobre el impuesto de sucesiones. Si el legislador elimina la protección imperativa de la familia en el plano civil,

²⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

²⁷² En sentido análogo, BRAUN, A., «Testamentary responsibility», *Edinburgh Law Review*, 2024, Vol. 28, Issue 3, p. 334: «I aim to show that the point of departure of succession law was not one of a situation of freedom but rather one of a rigid system of family succession into which, at various points in history, elements of freedom in the form of a power to make a will have been introduced as a corrector so as to allow certain persons to make decisions over certain aspects of their estate».

estaría enviando una señal de que el vínculo familiar ya no justifica un tratamiento especial. Esto podría ser utilizado como argumento para eliminar las bonificaciones fiscales actualmente existentes para los parientes más cercanos, lo cual conduciría a consecuencias económicas ciertamente no previstas a estos efectos²⁷³.

Con todo, se evidencian dos grandes virtudes de la «Propuesta Zimmermann» que se vienen destacando: ha logrado reactivar un debate que parecía desterrado por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005 (con sólidos argumentos para soslayar su alcance con base en el carácter *obiter dicta* de sus pronunciamientos acerca de la defensa constitucional de la legítima); y de forma inaudita en Alemania se formula una propuesta detallada *de lege ferenda*²⁷⁴ con una justificación sólidamente argumentada que, como ha podido apreciarse, es fuente de inspiración para repensar el sistema de legítimas y posibles modelos alternativos.

6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El análisis comparado realizado en estas páginas pretende servir de punto de reflexión para la futura reforma que pretenda abordarse en el sistema legitimario contenido en el Código Civil español. A continuación, esbozo algunas conclusiones particulares en las que trataré de justificar mi defensa del sistema de participación fija en la herencia al modo de la legítima castellana (con los matices que se deseen en aras de su mayor flexibilización en ciertos aspectos).

1ª) La legítima no es, ni debe ser entendida, como un mero instrumento asistencial. Su función primordial, como demuestra su origen romano y su consolidación histórica, es servir de límite al poder del testador, previniendo abusos, arbitrariedades y desheredaciones injustas. Atender a las necesidades económicas del legitimario puede ser un efecto indirecto y beneficioso, pero no su razón de ser²⁷⁵.

²⁷³ RÖTHEL, A., «‘Unterhalt statt Pflichtteil’ - Beobachtungen zur neuen Pflichtteilsdebatte», *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 2023, pp. 662–666 (versión digital). Una reflexión similar puede verse en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 3, p. 34, en relación con la posición del Estado en la sucesión *mortis causa* ante un escenario de ilimitada libertad de testar.

²⁷⁴ La inexistencia de propuestas articuladas de *lege ferenda* en esta materia constituye una tendencia generalizada en los distintos ordenamientos jurídicos. En el caso de España es de justicia destacar la *Propuesta de Código Civil coordinada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Título VI-De las sucesiones, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 543 y ss., cuya sección sobre legítimas corrió a cargo del Prof. GALICIA AIZPURUA. Una justificación detallada de la propuesta puede verse en GALICIA AIZPURUA, G., «Las legítimas en la propuesta de reforma de la asociación de profesores de derecho civil», en VILLÓ TRAVÉ (Directora), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019, pp. 47-74.

²⁷⁵ BRAUN, A., «Testamentary responsibility»..., *cit.*, p. 337, destaca que la historia revela que la capacidad de testar nunca se concibió como un cheque en blanco. Al contrario, estaba imbuida de un profundo sentido de

2ª) Es un axioma jurídico que no existen libertades absolutas, pues todas están supeditadas a los derechos de los demás y a los principios vertebradores del sistema legal. Pretender, en consecuencia, una «libertad de testar» exenta de todo límite supone tratar el fenómeno sucesorio como una excepción anómala, desligada de los deberes de consideración y protección familiar que informan el resto del Derecho privado.

3ª) El sistema estadounidense, paradigma de la libertad de testar, demuestra que dicha libertad es, en la práctica, un mito costoso. El precio a pagar es una inseguridad jurídica endémica que fomenta una litigiosidad extrema. La ausencia de un límite claro como la legítima se sustituye por figuras imprecisas y de enorme discrecionalidad judicial como la «influencia indebida» (*undue influence*) o las complejas y casuísticas normas sobre preterición no intencional, que acaban protegiendo de forma desigual y solo a quienes pueden permitirse pleitear.

4ª) Los sistemas de participación flexible como las *family provisions* anglosajonas reemplazan la certeza de la ley por la subjetividad del juez. Lo que nació como un mecanismo para cubrir necesidades básicas ha derivado en una herramienta para rehacer testamentos según el «deber moral» que el juez de turno considera apropiado. El resultado, como ilustra el caso *Ilott v. The Blue Cross*, es una incertidumbre absoluta que desvirtúa la voluntad del testador y fomenta conflictos interminables.

5ª) Los sistemas de alimentos *post mortem* encierran una paradoja difícilmente salvable: aplican una herramienta estática (la valoración de la situación de necesidad al momento del fallecimiento) a un problema intrínsecamente dinámico como es la necesidad futura. Este planteamiento puede acabar generando una doble injusticia: o ignora cualquier necesidad posterior a ese instante, o bien se ve forzado a construir una ficción de previsibilidad que, además de dificultar la liquidación hereditaria, carece de los elementos necesarios para asegurar la resolución verdaderamente justa que proclama.

6ª) Frente a los sistemas de libertad de testar y de participación flexible en la herencia, la legítima de cuota fija (sea *pars bonorum* o *pars valoris*) ofrece una certeza jurídica insuperable. Define con claridad los derechos y obligaciones de cada parte, reduce la conflictividad (a pesar de que se le suela achacar aisladamente lo contrario) y permite una planificación sucesoria más estable para todos los implicados, incluyendo al propio testador, que conoce de antemano los límites de su poder.

responsabilidad testamentaria. Este poder se otorgaba para que el testador pudiera «hacer lo correcto»: cumplir con sus obligaciones legales y morales hacia su familia, sus amigos, sus dependientes e incluso hacia la comunidad a través de legados píos. La validez y el respeto social de un testamento dependían de que este reflejara un ejercicio responsable de dicha facultad.

7ª) El propio ordenamiento jurídico español, en su rica pluralidad, ofrece instrumentos de flexibilización de probada eficacia que merecen ser revalorizados como una vía intermedia y equilibrada: señaladamente, la mejora y la legítima colectiva característica de los Derechos vasco y aragonés. Estas figuras, lejos de ser meras reliquias históricas, constituyen soluciones jurídicas avanzadas que logran una sofisticada síntesis entre la protección familiar y la autonomía de la voluntad del causante. Esta flexibilidad permite al testador adaptar su sucesión a la realidad vital de su familia, facultándole para reconocer al hijo que le ha prestado cuidados, amparar al que afronta una mayor necesidad económica, o consolidar la continuidad de un proyecto empresarial familiar.

8ª) En el contexto actual de familias reconstituidas, segundas nupcias y complejas relaciones personales, la legítima adquiere una relevancia aún mayor. Actúa como un escudo protector para los descendientes de uniones anteriores, garantizando una participación mínima en la herencia y evitando que la nueva configuración familiar los deje desamparados, tal como ocurría en la Roma que vio nacer la institución²⁷⁶. En definitiva, la legítima constituye un instrumento de igualdad fundamental. Asegura que todos los hijos, con independencia de su filiación o de la relación que tuvieran con el progenitor, reciban un trato mínimo equitativo.

9ª) La legítima reconoce una verdad sociológica que parece obviarse al desechar la idea de «patrimonio familiar»: rara vez es obra exclusiva de los progenitores. Se construye también sobre la contribución que podríamos calificar como «invisible» de los hijos: el coste de oportunidad, la desatención sufrida por la dedicación profesional de los padres y el apoyo afectivo que sostiene el núcleo familiar. La legítima es la forma en que el Derecho reconoce esta aportación no cuantificable económicamente. Además, es muy habitual que el patrimonio proceda de la riqueza generada por generaciones anteriores.

10ª) Como demuestra el análisis comparado, los sistemas que proclaman una libertad de testar absoluta tienden, con el tiempo, a desarrollar correctivos que, en la práctica, se asemejan a una legítima encubierta. Ya sea a través de la jurisprudencia sobre «influencia indebida» o las leyes sobre preterición, la historia demuestra que la libertad testamentaria sin control es insostenible y que la sociedad termina por reclamar mecanismos de protección familiar imperativa.

²⁷⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La libertad de testar y la función de las legítimas»..., *cit.*, p. 190: [N]o pocas veces las fricciones alrededor de las legítimas entre la práctica y la norma se refieren a supuestos en que los descendientes de una persona provienen de progenitores diferentes. No hay tantos conflictos reales en los casos de unicidad familiar, como en los de pluralidad, sucesiva o simultánea de familias o de relaciones de filiación».

11ª) El debate sobre el futuro de la legítima no debe centrarse en una dicotomía estéril entre la libertad para testar y la legítima²⁷⁷. La evidencia sugiere que el futuro no pasa por suprimir una institución que ha demostrado su valía. Esta conclusión cobra mayor relevancia al considerar que ninguna de las alternativas existentes en el panorama comparado ofrece una solución más satisfactoria o exenta de sus propias insuficiencias. Explorar vías como la legítima de crédito (*pars valoris*), la introducción de pactos sucesorios de renuncia anticipada a la legítima, o la actualización de las causas de desheredación justa, son formas de adaptar la legítima a las necesidades actuales sin renunciar a su función esencial como límite a la arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

ARAKISTAIN ARRIOLA, M., *La posición sucesoria del supérstite en el Derecho inglés, en el sistema del Código Civil y en el Derecho civil vasco*, Reus, Madrid, 2023.

- «Las consecuencias patrimoniales del matrimonio en el derecho inglés y la incidencia del divorcio en la family provision», en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2025 (en prensa).

ARAUJO VALDIVIA, L., *Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones*, Editorial José M. Cajica JR., Puebla, 1972, 2ª Edición.

ARROYO ÁLVAREZ, W., *Temas de Derecho sucesorio costarricense*, Investigaciones Jurídicas, 2004, 3ª Edición.

ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario a la sentencia del del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] (Alemania) de 19 de abril de 2005», publicado en la sección de Sentencias comparadas comentadas en la web de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones: [https://www.academiaderechosucesiones.com/sentenciascomparadas/bverfg-\(alemania\)-19-abril-2005](https://www.academiaderechosucesiones.com/sentenciascomparadas/bverfg-(alemania)-19-abril-2005) (fecha de consulta: 7 de julio de 2025).

AYUSO SÁNCHEZ, L., *Herencias en la sociedad digital. La gestión familiar de las transferencias intergeneracionales y el patrimonio en la España del siglo XXI*, culminado en el año 2023 (<https://www.fbbva.es/noticias/espanoles-herencia-hijos-sin-importar-relacion/>; fecha de consulta: 7 de julio de 2025).

BRAUN, A., «Testamentary responsibility», *Edinburgh Law Review*, 2024, Vol. 28, Issue 3, pp. 325-355.

BRENES CÓRDOBA, A., *Tratado de los bienes*, Editorial Juricentro, 2022, 9ª Edición.

²⁷⁷ BRAUN, A., «Testamentary responsibility»..., *cit.*, pp. 329 y 330: «It is, then, perhaps unsurprising that in scholarly literature, testamentary freedom is often placed in opposition to solidarity including family solidarity». [...] «However, the opposition between testamentary freedom and solidarity is, as I will argue, illconceived.»

CÁMARA LAPUENTE, S., «Forced Heirship in Spain», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 139-174.

- «La sucesión y el Derecho sucesorio», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Edisofer, Madrid, 2022, 2ª Edición, pp. 25-60.
- «Administration of Estates in Spain», en REID, K., G. C., SCHMIDT, J. P., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume IV: Administration of Estates*, Oxford University Press, Oxford, 2025, pp. 164-201.

CRUZ LÓPEZ, R., *Sucesiones. Apuntes de Derecho Civil*, Editorial Fuego Nuevo, 2003, 5ª Edición.

DE BARRÓN ARNICHES, P., «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica —a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023—», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 77, núm. 1, 2024, pp. 352-379.

DE IBARROLA, A., *Cosas y sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 2006, 15ª Edición.

DÍAZ TEJERO, C., *La legítima de los descendientes en la Ley de derecho civil de Galicia*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2018.

- «Algunos problemas prácticos de las legítimas de crédito», en CAPILLA RONCERO, F., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., ARANGUREN URRIZA, F. J., *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Aranzadi, Cizur-Menor, pp. 375-393.

DUTTA, A., *Warum Erbrecht?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., «Libertad de testar, legítimas y persona unida en análoga relación a la conyugal: asincronías familiares en el Código Civil», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, Madrid, 2024, pp. 433-453.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- *La sucesión contractual en el Código civil*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- «Comentario al artículo 1082 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7873-7913.
- *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020.
- «La libertad de testar y la función de las legítimas», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, Madrid, 2024, pp. 179-203.
- «La libertad de testar y la función de las legítimas», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado (Ciclo de conferencias curso 2023-2024)*, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 215-237.

GALICIA AIZPURUA, G., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 5, pp. 77-124.

- «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 14.
- «Las legítimas en la propuesta de reforma de la asociación de profesores de derecho civil», en VILLÓ TRAVÉ (Directora), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019, pp. 47-74
- «Naturaleza de la legítima vasca de descendientes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2024, núm. 125.

GARCÍA GOLDAR, M., *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», en BARBA, V. Y PÉREZ GALLARDO, L. (Coordinadores), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58.

GIL RODRÍGUEZ, J., «La sucesión forzosa en el País Vasco», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, T, pp. 2173-2232.

GUZMÁN BRITO, A., «La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX», en DE LA PUENTE BRUNKE, J., GUEVARA GIL, J. A., (Editores), *Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Derecho, instituciones y procesos históricos*, Tomo III, Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 31-88.

HEIRBAUT, D., «The sleeping beauty awakens: Belgium's new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, núm. 2, pp. 391-415.

HELMHOLZ, R. H., *The Oxford History of the Laws of England*, Vol I (The History of the Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction 597-1649), Oxford University Press, Oxford, 2004.

HIRSCH, A. J. y WANG, W. K. S., «Qualitative Theory of the Dead Hand», *Indiana Law Journal*, 1992, Vol. 68: Iss. 1, pp. 1-58.

HIRSCH, A. J., «Airbrushed Heirs: The Problem of Children Omitted from Wills», *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2015, Vol. 50, núm. 2, pp. 175-266.

KERRIDGE, R., «Testamentary formalities in England and Wales», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., *Comparative Succession Law*, Vol. I (Testamentary Formalities), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 305-328.

- *Parry & Kerridge-The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, London, 2016, 13^a Edición.
- «Family Provision in England and Wales», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 384-416.

KOLKMAN, W. D., «Freedom of Testation in the Netherlands», en ZIMMERMANN, R. (Editor), *Freedom of Testation / Testierfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 25-56.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1973.

Law Commission Succession Law – A Succession (Adjustment) Act - Modernising the law on sharing property on death, Report 39, 1997, Wellington, Nueva Zelanda (disponible en el siguiente enlace: <https://nzlii.org/nz/other/nzlc/report/R39/>, fecha de consulta: 27 de febrero de 2025).

LEGERÉN MOLINA, A., «Property Regimes of European Spouses and Partners Towards Their Unification or Just to a Certain Degree of Harmonization?», *European Review of Private Law*, 2025, núm. 3, pp. 705-752.

LOCKE, J., *Two Treatises of Government* (Edited by Peter Laslett), Cambridge University Press, Cambridge, 1960.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, núm. 3, pp. 29-62.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «Defensa de la libertad de testar», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., EGUSQUIZA BALMADEA, M^a. A. (Coordinadores), *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, Madrid, 2024, pp. 165-177.

– *Libertad para ordenar la sucesión*, Dykinson, Madrid, 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Implicaciones sucesorias de los regímenes económicos matrimoniales», *La Buhaira*, 2024, núm. 35, 63-67.

MATEO Y VILLA, I., *Código civil suizo*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2022.

MICELI, M. A., «Pietas y solidaridad familiar en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina: la mejora a favor del heredero con discapacidad», en DUPLÁ MARÍN, M^a. T., PANERO ORIA, P., *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 461-471.

MIQUEL, J., *Instituciones Derecho privado romano*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., «Legítima material y legítima formal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2009, núm. 49, pp. 493-560.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Lavigne Libraire-Éditeur, París, 1844.

MOREU BALLONGA, J. L., «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 50, núm. 1, 1997, págs. 97-154.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «Payment of decedents' debts in succession law: effects and defects of the German and Spanish legal systems Juan Pablo Murga Fernández, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2018, núm. 2, pp. 359-381

– *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020.

- *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2024.

MUSCHELER, K., *Erbrecht*, Tomo I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

NATHAN, M., «Assault on the citadel: rejection of forced heirship», *Tulane Law Review*, 1977, núm. 52, pp. 5-19.

OTTE, G., «Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 2002, núm. 202, pp. 317-355.

- «Einleitung BGB zu §§ 2303 ff», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, Berlín, Edición revisada de 2021 (versión digital).
- *Unterhalt statt Pflichtteil?*, Jedermann-Verlag (colección Zachariae-Vorlesung), Heidelberg, 2024.

PEART, N., VINES, P., «Family Provision in New Zealand and Australia», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 450-476.

PEART, N., «Family Provision in New Zealand», en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2025 (en prensa)

PÉRÈS, C., «Compulsory Portion in France», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 78-107.

PÉREZ GALLARDO, L. B., «Hacia una legítima asistencial: ni Escila ni Caribdis», en GARCÍA MAYO, M., *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, pp. 393-438.

POPOVICI, A., SMITH, L., «Freedom of Testation and Family Claims in Canada», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 507-533.

REID, K. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., «Intestate succession in historical and comparative perspective», en REID, K. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R. (Editores), *Comparative Succession Law, Vol. II (Intestate Succession)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 442-512.

- REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

REID, K. G. C., «Legal rights in Scotland», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 426 y ss.

- REID, K. G. C., «Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 707-739.

RENTERÍA AROCA, A., «La libertad de testar en Derecho comparado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, núm. 726, pp. 2095-2128.

ROCA TRÍAS, E., «La libertad de testar: entre constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2020, núm. 24, pp. 13-46.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017.

RÖTHEL, A., «Umgehung des Pflichtteilsrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2012, núm. 212, pp. 157-201.

- «‘Unterhalt statt Pflichtteil’ - Beobachtungen zur neuen Pflichtteilsdebatte», *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 2023, pp. 662-666 (versión digital)

RUBIO GARRIDO, T., *Fundamento del Derecho de sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

SCALISE, R. J., «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, Vol. 19, núm. 1, pp. 41-106.

- «Family Protection in the United States of America», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 534-562.

SCHMIDT, J. P., «Forced Heirship and Family Provision in Latin America», en REID, K. G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 175-232.

- «Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik», en MUSCHELER, K. (Editor), *Hereditare - Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 2021, pp. 1-26.
- *Itinera Hereditatis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, Tomo 2, pp. 1959-2028.

SLOAN, B., «Iltott u The Blue Cross (2017): Testing the Limits of Testamentary Freedom», en SLOAN, B. (Editor), *Landmark Cases in Succession Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 301-322.

TORRES GARCÍA, T. F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (II) », en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, pp. 1899-1957.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Las limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo I, Vol.1, Madrid, 1974.

VAQUER ALOY, A., «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2015, núm. 3.

- «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», en TORRES GARCÍA, T. F., *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 471-515.

- «La legítima en Cataluña», en GETE-ALONSO CALERA, M^a. C. (Directora), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Vol. 2, Tomo 2, Civitas, Cizur-Menor, 2011, , pp. 545-600.
- «La libertad de testar y sus límites», en PARRA LUCÁN, M^a. A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 175-182.

VERDERA SERVER, R., *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

VIVES VELO DE ANTELO, P., *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Fundación Notariado, Madrid, 2024.

VON ZEILLER, F. E., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Tomo II/2, Wien, 1812.

ZIMMERMANN, R., BAUER, F., BIALLUCH, M., HUMM, A., Klapdor, L.K., KÖHLER, B., · SCHMIDT, J. P., SCHOLZ, P., WIEDEMANN, D., *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht. Ein Reformvorschlag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

ZIMMERMANN, R. (Editor), *Freedom of Testation / Testierfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

- «Compulsory Portion in Germany», en REID, K., G. C., DE WAAL, M. J., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume III: Mandatory Family Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 268-318.
- *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2023.
- «Administration of estates in Germany», en REID, K., G. C., SCHMIDT, J. P., ZIMMERMANN, R., (Editores), *Comparative Succession Law: Volume IV: Administration of Estates*, Oxford University Press, Oxford, 2025, pp. 293-340.
- «La pensión alimenticia en lugar de la legítima : hacia una reforma de la protección imperativa de la familia en el Derecho alemán', en CÁMARA LAPUENTE, S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (Directores), *Legítimas, libertad de testar y protección de la familia en el Derecho de sucesiones*, Aranzadi, Madrid, 2025 (en prensa).

Fecha de recepción: 15.07.2025

Fecha de aceptación: 19.09.2025