

JOSEP M. FONTANELLAS MORELL

LA PROFESSIO IURIS
SUCESORIA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO, por Alegría Borrás	9
ABREVIATURAS UTILIZADAS	17
INTRODUCCIÓN	21

PARTE PRIMERA

LA *PROFESSIO IURIS*: RAÍCES HISTÓRICAS Y DESARROLLO EN LA CIENCIA MODERNA

CAPÍTULO I

LA *PROFESSIO IURIS* HISTÓRICA

1. INTRODUCCIÓN	29
2. ANTECEDENTES: ¿PROFESIONES EN EL MUNDO ANTIGUO?	29
3. LAS PROFESIONES	37
A) Nacimiento y trayectoria histórica	38
B) Trascendencia	42
C) Ámbito material	53
D) Mecánica	55
4. EVOLUCIÓN POSTERIOR: DE LA <i>PROFESSIO IURIS</i> HISTÓ- RICA A LA MODERNA <i>PROFESSIO IURIS</i>	56
A) El declive del personalismo	57
B) Las teorías estatutarias	61
C) La norma de conflicto	79

CAPÍTULO II

LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO

1. INTRODUCCIÓN	99
2. LA DOCTRINA CIENTÍFICA	101
A) Orígenes y balbuces doctrinales de la <i>professio iuris</i>	101
B) Eclósión y consolidación doctrinal de la <i>professio iuris</i>	115
3. EL DERECHO POSITIVO	137
4. LA JURISPRUDENCIA	173

PARTE SEGUNDA

NATURALEZA Y VALORACIÓN DE LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA

CAPÍTULO III

NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA

1. INTRODUCCIÓN	187
2. LA <i>PROFESSIO IURIS</i> COMO FACULTAD JURÍDICA	187
3. LA <i>PROFESSIO IURIS</i> COMO FACULTAD DEL CAUSANTE	191
4. LA <i>PROFESSIO IURIS</i> COMO EJERCICIO DE AUTONOMÍA	194
A) La autonomía de la voluntad	194
B) Autonomía material y autonomía conflictual	195
C) Gradación de la autonomía conflictual	198
a) Autonomía conflictualmente ilimitada o autonomía de localización absoluta	199
b) Autonomía conflictualmente limitada	199
b.1) Autonomía conflictual de localización relativa	201
b.2) Autonomía conflictual de opción	202
D) Autonomía de opción y conexiones alternativas	203
E) Autonomía de opción y <i>professio iuris</i>	205
F) Función de la voluntad del <i>de cuius</i>	208
5. OBJETO DE LA <i>PROFESSIO IURIS</i>	211
6. LA <i>PROFESSIO IURIS</i> COMO NEGOCIO JURÍDICO	218
A) La designación de ley	218
a) Capacidad	225

	Pág.
b) Forma	227
c) Fondo	228
B) La revocación de la designación de ley	231
7. LÍMITES A LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL DEL CAUSANTE.	233
A) Límites conflictuales	233
a) Leyes opcionables	233
b) Incidencia del conflicto móvil	235
B) Límites materiales	240
a) Normas materiales imperativas y orden público	240
b) Derechos legitimarios de los herederos forzosos	241

CAPÍTULO IV

EXAMEN CRÍTICO DE LA *PROFESSIO IURIS* SUCESORIA

1. INTRODUCCIÓN	247
2. LOS INTERESES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	249
A) Los intereses de las partes	250
B) Los intereses del tráfico	253
C) Los intereses de ordenación	256
a) La armonía internacional de soluciones	256
b) La armonía interna de soluciones	259
c) La seguridad y la previsibilidad	264
d) La predilección por el derecho del foro	270
e) La efectividad de las decisiones judiciales	271
3. LOS INTERESES DE DERECHO PRIVADO MATERIAL	273
A) Los intereses materiales en presencia	273
a) Los intereses materiales del causante	274
b) Los intereses materiales de los familiares del <i>de cuius</i>	278
B) La articulación de los intereses materiales	288
4. LOS INTERESES ESTATALES	294
A) Las manifestaciones de los intereses estatales	296
B) La articulación de los intereses estatales: la implementación de una <i>Sonderanknüpfung</i>	297

EPÍLOGO	303
----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	307
---------------------------	-----

PRÓLOGO

1. *Los temas relativos a las sucesiones en el ámbito del Derecho internacional privado tienen un interés especial en el momento actual. Ello puede resultar curioso si se tiene en cuenta que el tema de las sucesiones ha sido el banco de pruebas de los problemas clásicos del Derecho internacional privado. Pasados muchísimos años y en un contexto absolutamente diferente, las sucesiones adquieren una importancia esencial en la vida de los ciudadanos del mundo, cuya movilidad ha crecido de forma espectacular y, en consecuencia, también la presencia de intereses en diferentes países. No es, por tanto, raro que el state planning sea hoy de gran actualidad y que haya dado lugar a importantes desarrollos teóricos y prácticos en los últimos tiempos. En este contexto, queda clara la importancia del conocimiento de cuál sea la ley aplicable a la sucesión y, en particular, las posibilidades que el causante tiene de designar la ley aplicable, tomando en consideración las grandes diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos en materia sucesoria. De ahí el interés de la obra de Josep M. FONTANELLAS que ahora se prologa, que se ocupa en profundidad de la professio iuris en materia de sucesiones.*

2. *A esta situación de carácter general debe añadirse el hecho de los trabajos en curso en el seno de la Comunidad Europea en materia sucesoria. El 1 de marzo de 2005 la Comisión Europea presentó el libro verde sobre las sucesiones y testamentos, con el que se iniciaron los trabajos para la elaboración de un Reglamento comunitario que abarcara los aspectos de competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento de decisiones y medidas administrativas. Aunque la actividad comunitaria en materia de derecho civil ha sido intensa en los últimos tiempos como consecuencia de la comunitarización del derecho internacional privado que ha tenido lugar a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el tema de las sucesiones se encuentra todavía en un periodo inicial. En efecto, tras el estudio encomendado por la Comisión Europea al Deutsches Notarinstitut y coordinado por los profesores H. DÖRNER y P. LAGARDE sobre las sucesiones internacionales en Europa, se han*

elaborado diversos documentos que van perfilando lo que puede ser la iniciativa comunitaria para un futuro Reglamento. Quizá el más conocido sea el «Document de réflexion sur les successions à cause de mort», de 30 de junio de 2008, por haber sido distribuido públicamente, cuando los trabajos preliminares tienen habitualmente un carácter confidencial. Se trata de un borrador de Reglamento muy elaborado y que nuevamente fue examinado en las Jornadas sobre «Derecho de sucesiones y testamentos en el contexto europeo», celebradas en Praga los días 20 y 21 de abril de 2009. Debe decirse que en repetidas ocasiones se ha dicho que la Comisión iba a presentar su iniciativa de Reglamento hasta que se ha presentado recientemente [Documento COM (2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009]. A nadie se le oculta que son los intereses en presencia y la actividad de diversos lobbies en el seno de la Comunidad Europea lo que ha retrasado la adopción de un instrumento en materia sucesoria, algo que el ciudadano europeo necesita, como demuestran los resultados de diversas encuestas.

En efecto, si a nivel general puede hablarse de un aumento de la movilidad de las personas, no cabe duda que las libertades comunitarias tienen como consecuencia una mayor dispersión de los intereses económicos de las personas y, en consecuencia, un mayor interés en la organización futura de las sucesiones, y ello tanto en los supuestos de las grandes fortunas como en los supuestos del modesto trabajador, cuyos bienes se limitan a una casa en el Estado miembro en que desarrolló su actividad, una casa en el Estado de su nacionalidad al que regresa tras su jubilación y una cuenta corriente en cada uno de los países. De ahí la importancia de disponer de unos mecanismos adecuados a nivel europeo que faciliten la vida del ciudadano.

*3. Es en este contexto en el que adquiere toda su importancia la elección de la ley aplicable a las sucesiones, vinculada a la elección del tribunal competente, aunque no necesariamente. La *professio iuris* constituyó un elemento fundamental en las discusiones que condujeron a la adopción del Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en cuya negociación me cupo el honor de participar juntamente con ilustres maestros como los profesores GONZÁLEZ CAMPOS, LAGARDE, PHILIP, PICONE, SCOLES, WATERS y otros, y tendrá también un papel importante en el futuro instrumento comunitario. La aceptación de esta posibilidad no es fácil, sobre todo si se tienen en cuenta las grandes diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en materia sucesoria y, en particular, en lo que se refiere a la existencia de legítimas frente a la libertad de testar, algo bien conocido desde la perspectiva del Derecho español y de las sucesiones de súbditos extranjeros fallecidos o con bienes en España.*

4. No cabe duda que con este marco de referencia era necesario un estudio en profundidad sobre el significado y posibilidades de

la elección de la ley aplicable, puesto que su inclusión en el Convenio de La Haya o en el futuro instrumento comunitario no nace de la nada, sino de una larga evolución histórica y de la regulación existente en algunos Estados. Éste es el objeto esencial de la obra de Josep M. FONTANELLAS, que realiza un estudio exhaustivo de la figura a través de los tiempos y en el Derecho comparado. Con ello permite delimitar la professio y ver las garantías de las que debe estar rodeada. El trabajo no es fácil, pues junto a los elementos estables que en tal estudio pueden encontrarse, hay que tener en cuenta la realidad cambiante a la que se aplica y los condicionantes a los que se va encontrar enfrentada en un contexto europeo. Para muchos Estados, como España (en relación con el art. 9, apartado 8, del Código Civil), la posibilidad de elección de la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte va a constituir una novedad muy importante, lo que es, sin duda, un elemento esencial para comprender el interés que para los juristas tiene el conocimiento del alcance y garantías de la professio iuris.

5. El primer elemento a tomar en consideración es el abanico de posibilidades en relación a las leyes a elegir. El art. 5, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1989 las precisa en la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual, sea en el momento de la designación, sea en el momento del fallecimiento. En el instrumento comunitario (art. 17) se ofrece sólo la posibilidad de elegir la ley de la nacionalidad, sin expresar si es en el momento de la designación o del fallecimiento, partiendo de que la ley rectora de la sucesión será la de la última residencia del de cuius. En este caso, el autor se inclina por la posibilidad de elección de la ley de la nacionalidad en el momento de la designación o en el momento del fallecimiento. Se trata de una opción garantista y que, según su autor, trata de evitar comportamientos fraudulentos y es preferible a la de la Comisión en cuanto que es más precisa. Bien es cierto que el problema existe, pero debe tenerse en cuenta que, en la Europa comunitaria, cada vez tiene menor interés para un ciudadano de la Unión Europea el adquirir la nacionalidad de otro Estado miembro, con lo que, a mi juicio, se estaría limitando excesivamente la posibilidad de elección de la ley aplicable, ya que en la mayoría de los casos quedaría limitada a la ley de la nacionalidad de origen que sería la misma en el momento del fallecimiento, si la conexión objetiva es la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento. La seguridad jurídica o la justicia material son argumentos que acostumbran a utilizarse en relación a las diversas posibilidades, sus ventajas y sus inconvenientes. Como muy correctamente indica el autor en su trabajo, la professio iuris aumenta la seguridad jurídica y ello, de forma particular, en la Unión Europea, con una unificación de reglas de competencia y una aceptación generalizada de esta elección de la ley aplicable.

6. *En este contexto cabe plantearse las posibilidades que existirían de realizar la *professio iuris* a favor de la ley del lugar de situación de los bienes. No es nuevo este debate y fueron largas las discusiones al respecto en el seno de la Conferencia de La Haya que condujeron, al fin, a la introducción del art. 6 en el Convenio de 1989. Puede considerarse como el resultado del esfuerzo de varias delegaciones en asegurar el reconocimiento de la *lex situs* como una posible tercera ley elegible, junto a la nacionalidad y a la residencia habitual. El objetivo era dar respuesta, en particular, a la situación de los causantes con bienes en dos o más países que quieren que se aplique el Derecho interno de los diferentes países de situación, lo que resulta más simple y menos costoso. Para otros, no obstante, la aceptación de esta posibilidad constituye una vuelta a la escisión y, además, se resiente la protección de la familia si un causante, de forma poco escrupulosa, sitúa sus bienes en determinados países que ignoran tal protección. El art. 6 del Convenio de La Haya es una regla compleja que intentar dar satisfacción a todos y facilitar la ratificación del Convenio, incorporando un *materiellrechtliche Verweisung* o referencia al derecho material, sin constituir una norma de conflicto, estableciendo que la designación de la *lex situs* para determinados bienes «no impedirá la aplicación de las normas imperativas de la ley aplicable en virtud del art. 3 o del apartado 1 del art. 5».*

Estas consideraciones son particularmente pertinentes si se piensa en el futuro instrumento comunitario. En realidad, el documento de reflexión tantas veces mencionado no dice nada al respecto, como tampoco lo dice la propuesta de la Comisión. Como bien dice el autor de la obra que se prologa, ello tiene una lógica en la perspectiva de la integración comunitaria, que implicará la uniformización de las normas de conflicto de leyes en los Estados miembros y previsiblemente con un alcance universal. Es en este punto donde Josep M. FONTANELLAS se plantea la posibilidad de que el testador pudiera seleccionar la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles en el caso de que estuvieran situados en un país extracomunitario, lo que facilitaría en los países escisionistas extracomunitarios el reconocimiento de las sentencias europeas. Se trata de una propuesta arriesgada y que, sin duda, deberá ser tenida en cuenta cuando se inicien las negociaciones para la adopción del instrumento comunitario. Sin duda, los límites y las garantías del art. 6 del Convenio de La Haya deberán tenerse en cuenta pero, además, deberá distinguirse entre las situaciones comunitarias y las extracomunitarias.

7. *Josep M. FONTANELLAS se manifiesta claramente favorable a la posibilidad de elegir la ley rectora del régimen económico matrimonial, entendiéndolo que derivan grandes ventajas si la ley rectora de la liquidación del régimen de bienes y de la sucesión es la misma. En este caso, considera que la *professio iuris* puede tener un gran potencial*

conciliatorio para acomodar el estatuto sucesorio al económico matrimonial. Pero ahí nos encontramos con que ni el Convenio de La Haya de 1989 ni la propuesta de la Comisión abordan este tema.

En el caso del Convenio de La Haya, la cuestión fue ampliamente debatida, pues se tuvo conciencia de los desajustes que derivan de la aplicación de leyes diferentes a las sucesiones y a los regímenes matrimoniales, pero fue imposible llegar a una solución ampliamente aceptable y de ahí que, simplemente, se excluyeran las cuestiones relativas al régimen matrimonial [art. 1, apartado 2.c)], explicitándose en el informe explicativo del profesor WATERS que esa exclusión es total, es decir, que los derechos resultantes del régimen matrimonial quedan fuera del Convenio tanto si se producen durante la vida del causante como si se trata de derechos del cónyuge supérstite.

Si se trata del futuro instrumento comunitario, por el momento nada dice el documento de reflexión ni la propuesta de la Comisión y es difícil prever lo que pueda ocurrir, cuando la Comunidad tiene también previsto preparar en el futuro un instrumento sobre regímenes matrimoniales. Para el autor, debería autorizarse la elección como lex hereditatis de la propia del régimen del matrimonio, siempre que previa o simultáneamente se proceda a una unificación comunitaria de las normas de conflicto en este campo. Resulta así una propuesta a muy largo plazo, ya que requiere la adopción de los dos instrumentos, lo que significaría la existencia de una amplia voluntad política de los Estados miembros al respecto, algo que no parece evidente. Cabe decir, no obstante, que de la misma forma que pocas personas hacen testamento u otorgan capitulaciones matrimoniales, va a ser una minoría la que utilice la professio iuris y, por tanto, nada impide que la persona previsora que desee hacerlo, pueda elegir la ley aplicable a su sucesión y a su régimen de bienes y elegir, dentro de los límites de lo posible, la misma ley aplicable. Parece una solución minimalista, pero la única realista, por el momento al menos.

8. *Acotada así la professio iuris, se trata de rodearla de todas las garantías, por lo que no ha sido indiferente la cuestión de la forma de la elección de la ley. Éste es un tema que preocupó notablemente en la elaboración del Convenio de La Haya y que desembocó en una disposición (art. 5, apartado 2) bastante vaga, pues se limita a decir que la designación «se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte», habiendo sido el informe explicativo el que ha debido aclarar que «la designación tácita o implícita es rechazada por el Convenio», lo cual, aunque ampliamente aceptada por la doctrina, deja campo libre a las interpretaciones, pues el Convenio no lo dice expresamente. De ahí que sea bienvenida la fórmula contenida en el art. 17.2 de la propuesta de la Comisión, que establece que la elección ha de ser expresa.*

9. *La admisión de la professio iuris implica plantearse un tema general, cual es el de la salvaguarda de las legítimas. No cabe duda que, por diversas razones, éstas pierden progresivamente su importancia en la época actual, pero también es cierto que siempre se ha considerado la posibilidad de que un cambio en la conexión objetiva (nacionalidad, vecindad civil en los conflictos internos, etc.) se haya realizado precisamente para privar de su legítima a determinados herederos forzosos. La admisión de la posibilidad de modificar esa conexión mediante una declaración de voluntad implica un cambio fundamental: si se acepta la posibilidad de professio iuris, como ejercicio de la autonomía de la voluntad, no puede decirse que constituye una actuación fraudulenta y, por tanto, debe aceptarse con todas sus consecuencias, de donde resulta que la elección de la ley aplicable implica la aplicación del régimen sucesorio existente en el sistema elegido, con legítimas o sin ellas. Josep M. FONTANELLAS defiende esta postura, que implica no tomar en cuenta consideraciones de Derecho material porque, coexistiendo en la Comunidad Europea países con legítima y países que no conocen esta figura, no se puede dar preferencia a unos sobre otros. En su opinión, la limitación de las leyes que se pueden elegir implica que el causante no puede elegir más que una ley con la que tiene vínculos estrechos, lo que justificaría la opción por una ley determinada, aunque ésta no conociera la legítima.*

10. *Valgan las anteriores consideraciones para mostrar el interés y la importancia de la obra que se prologa, en particular en la perspectiva de la preparación del futuro instrumento comunitario. Me consta que la modestia del autor preferiría que terminara aquí este prólogo. Pero no puedo dejar de hacer algunas consideraciones sobre Josep M. FONTANELLAS, al que conozco desde hace ya muchos años y me consta la seriedad de su trabajo y la constancia que ha tenido en la preparación de esta obra. A diferencia de una gran mayoría de las tesis doctorales, en este caso se trata de una obra de madurez, como quedó altamente demostrado en el acto de la defensa en la Universitat de Lleida y que resultó particularmente brillante por el diálogo realmente científico que tuvo lugar entre el Tribunal y Josep M. FONTANELLAS. No es, por tanto, extraño que haya recibido el Premio Extraordinario de Doctorado. Pero si digo que se trata de una obra de madurez es porque, también a diferencia de muchas tesis doctorales, está perfecta y cuidadosamente escrita. Este cuidado se manifiesta también en las notas que, también a diferencia de lo que ocurre en muchos trabajos, no constituyen una labor de mero «acarreo», sino que todas y cada una de ellas ha sido rigurosamente consultada y preparada. Para dar idea de la seriedad del trabajo baste presentar una muestra: aun conociendo otros idiomas, consideró que este trabajo no podía hacerse sin conocer alemán y, sin prisa pero sin pausa, aprendió este idioma para poder leer la abundante bibliografía en esta len-*

gua. A lo largo de la preparación del trabajo no ha ahorrado esfuerzos para trasladarse a las más prestigiosas bibliotecas especializadas de Europa en busca de materiales, sin perjuicio de todo el que ha podido obtener por distintos medios desde su Universidad. No puede extrañar, por tanto, que el seguimiento de este trabajo a lo largo de los años no haya sido fácil para su directora. No obstante, el resultado alcanzado me satisface y me siento orgullosa de haber dirigido este trabajo realmente de investigación y de que su autor me haya pedido que escribiera el prólogo a esta versión revisada. Sólo falta ahora ver qué camino seguirá el futuro Reglamento comunitario, para el que la presente obra da importantes elementos de meditación.

Barcelona, 1 de noviembre de 2009.

Alegría BORRÁS
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

1. A primera vista, puede causar una cierta extrañeza que un trabajo de investigación realizado en nuestro país tenga por objeto una institución tan ajena a su tradición jurídica como es la *professio iuris* sucesoria; ahora bien, si tomamos en consideración los motivos que deben justificar un estudio como el presente —la actualidad, la relevancia y el interés de la materia escogida—, encontraremos pocos temas que aún de manera tan palmaria las cualidades enunciadas. En primer término, la conveniencia —o inconveniencia— de permitir una elección más o menos limitada de la ley sucesoria por parte del causante es una cuestión que, con altibajos, se ha venido discutiendo durante las últimas cinco décadas, pero desde la gestación del CLH89 y la introducción de dicha posibilidad en varias legislaciones nacionales el debate ha adquirido un protagonismo creciente que, en un futuro próximo, no cesará de aumentar al estar en marcha el proceso de elaboración de una regulación europea sobre las sucesiones internacionales, la cual, con toda seguridad, dará entrada a la autonomía conflictual del *de cuius*¹. En se-

¹ El 1 de marzo de 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el Libro verde relativo a las sucesiones y testamentos en las que concurre algún elemento de extranjería (texto en castellano en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0065es01.pdf), con el que formalmente se inauguraba la fase de consultas previa a la confección de una reglamentación comunitaria concerniente a la totalidad de la materia (ley aplicable, competencia judicial, reconocimiento de decisiones, medidas administrativas) en la que la elegibilidad de la *lex successionis* había de ser uno de los puntos a poner sobre la mesa (cuestiones 5 a 9, p. 6). El 26 de octubre de 2005, dicho Libro verde recibió un dictamen del Comité Económico y Social Europeo en el que se subrayaba la oportunidad de que, a la hora de disciplinar su sucesión hereditaria, el causante pudiera seleccionar la legislación nacional o la del lugar de residencia habitual [COM (2005) 65 final, *DOUE*, C 28, 3 de febrero de 2006, p. 5]. La misma posibilidad de opción fue defendida en la recomendación 3 anexa a la resolución adoptada, a propósito del Libro verde, por el Parlamento Europeo el 16 de noviembre de 2006 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES>). En el bosquejo de articulado que trascendió a mediados del pasado año, el *Document de réflexion sur les successions à cause de mort* —fechado el 30 de junio de 2008 y distribuido públicamente en el Seminario *Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance*, celebrado en Trier el 25 y el 26 de septiembre de 2008—, se contemplaba (art. 3.2, pp. 9-10) una profesión de ley muy parecida a la recogida en el art. 5 del CLH89 (*vid.*

gundo lugar, la importancia del tema elegido se evidencia, en nuestra opinión, en que la *professio iuris* constituye un banco de pruebas idóneo para la interacción de las tendencias primordiales que, tanto desde la perspectiva de la realidad normativa (diversificación y especialización) como desde la funcional (flexibilización y materialización), existen en el DIPr contemporáneo². En última instancia, es preciso no solamente que el asunto a tratar tenga objetivamente interés científico —que, en este caso, nadie puede negar—, sino que lo tenga *para nosotros*, lo que también está fuera de duda si, por un lado, contamos con que, como se acaba de decir, la *professio iuris* desempeñará un papel descollante en la venidera unificación europea; y, por otro lado, coincidimos con algunos de nuestros más prestigiosos juristas³ en que la profesión de ley estaría llamada a formar parte del DIPr español autónomo, si éste en su conjunto llegase a culminar la tentativa de renovación empezada hace unos años y que ahora parece encontrarse en un punto muerto⁴.

infra, nota 204 del capítulo II), que, sin embargo, ha visto recortada su amplitud en el art. 17 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:pdf>, p. 21), que va más bien en la línea del modelo suizo clásico (*vid. infra*, nota 124 del capítulo II). Con anterioridad a esta iniciativa, la Comisión, por medio de la Dirección General de Justicia y Asuntos Interiores, había encomendado al *Deutsches Notarinstitut* en colaboración con los profesores H. DÖRNER y P. LAGARDE, en calidad de coordinadores científicos, un estudio sobre las sucesiones internacionales en la Unión Europea [«Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne», en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, 2004] en el que, entre otras propuestas, se abogaba por una implantación de la *electio iuris* [pp. 18 (resumen francés), 21 (resumen inglés), 24 y 184 (resumen alemán), 104-107 (francés) y 266-270 (alemán)].

² Sobre la enumeración y la articulación de estas cuatro características fundamentales de la ciencia conflictual de vanguardia, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, *Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, 1996, pp. 5269-5270; *id.*, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *RCADI*, núm. 287 (2000), pp. 65-66. Para su disección pormenorizada, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification...» *op. cit.*, pp. 67-411.

³ En este sentido, A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol», en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 152. La elección de la *lex hereditatis* estaba prevista también en el «Borrador sobre las materias que conviene incluir en la Ley de reforma del sistema español de DIPr a los fines de la distribución de la labor futura» [«Reforma del sistema español de Derecho internacional privado», *REEI*, núm. 10 (2005), p. 5], preparado por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS.

⁴ Hasta el momento, la revisión del sistema español de DIPr [cuyo arranque lo representa la aparición del artículo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate», *REDI*, núm. LII (2000-2), pp. 351-369] se ha desarrollado en el círculo meramente doctrinal, en el que se han celebrado un par de jornadas científicas: la primera el 7 de junio de 2002, en la que se planteó la necesidad y la magnitud de una eventual reforma [G. PALAO MORENO, «Jornada sobre "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado"», *REDI*, núm. LIV (2002-1), pp. 520-522], y la segunda el

2. Las razones hasta aquí expuestas avalan la pertinencia del estudio emprendido, pero lógicamente nada revelan sobre su estructura, sistemática y metodología, a las que pasamos a referirnos a renglón seguido. Para explicar la vertebración interna del presente trabajo hay que acudir, ante todo, a su génesis, porque únicamente a partir de la misma se puede entender la disposición de las cuestiones abordadas. Una vez decidido el tema de investigación, lo que primeramente atrae nuestra atención es la denominación de la figura objeto de análisis: ¿por qué, a diferencia de lo que acontece en otros dominios como el contractual o el económico-matrimonial, la autonomía conflictual tiene en el derecho de sucesiones internacional un nombre particular?, ¿de dónde procede éste?, ¿a quién se debe su incorporación a nuestra disciplina? Estas incógnitas se comienzan a despejar tan pronto como se comprueba que la locución *professio iuris* es una fórmula, entre otras de valor sinónimo⁵, de la que, por motivos históricos⁶, se vale usualmente la doctrina helvética para aludir a la facultad conferida al testador para elegir la ley rectora de su sucesión *mortis causa*⁷, y que el CLH89 ha difun-

11 de febrero de 2005, en la que, además de reflexionar sobre las contingencias del proceso a la luz de las recientes experiencias belga y holandesa, se perfiló la composición del Grupo de Trabajo encargado de redactar el texto del anteproyecto [G. PALAO MORENO, «II Jornadas sobre “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”», *REDI*, núm. LVII (2005-1), pp. 536-538]. En mayo de 2005, el Grupo de Trabajo acordó organizarse en tres Subgrupos, centrados, respectivamente, en el derecho procesal civil, en el derecho de persona, familia y sucesiones, y en el derecho patrimonial [G. PALAO MORENO, «Hacia una Ley española de Derecho internacional privado (2002-2005)», *AEDIPr*, núm. V (2005), pp. 1250-1251]. Sin embargo, a finales de 2007, ya constituidos los distintos Subgrupos de Trabajo, había calado entre sus integrantes la idea de que el incremento —verificado o anunciado— de los instrumentos comunitarios obligaba a reconsiderar la reforma del DIPr de fuente estatal, cuando menos en cuanto a la ambición y al alcance con la que la misma había sido inicialmente planeada [J. M. ESPINAR VICENTE, «Memoria de actividades realizadas por la Sección de Derecho internacional privado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en relación con el Convenio suscrito con el Ministerio de Justicia para el año 2007», *REEI*, núm. 15 (2008), pp. 1-10].

⁵ En su magnífica tesis —la mejor publicada sobre nuestro tema—, G. KÜHNE (*Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, 1973, p. 20) estima equivalentes los términos siguientes: autonomía de las partes [o de la voluntad] («*Parteiautonomie*»), elección de ley [o de derecho] («*Rechtswahl*»), remisión [conflictual] [(*kollisionsrechtliche*) «*Verweisung*»] y *professio iuris*. A los que cabe añadir unos cuantos más (*designatio iuris*, *designatio legis*, designación de derecho, designación de ley, *electio iuris*, *electio legis*, *optio iuris*, *optio legis*, opción de derecho, opción de ley, *professio legis*, profesión de derecho y profesión de ley) que, a nuestro parecer, tienen *grosso modo* el mismo significado. Pese a ello, no pasamos por alto que, como ponen de relieve algunos expertos franceses, la *professio iuris* es, en puridad, una especie de *optio iuris* (L. ABADIE, *Essai sur l'introduction de la professio juris en droit international privé successorial français*, tesis, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2007, pp. 3-4), la cual, a su vez, puede conceptuarse como una especie de *electio iuris* (M.-E. MATHIEU, *L'electio juris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, tesis, Université Paris-II Panthéon-Assas, 1998, pp. 8 y 385). Más adelante (*vid. infra*, §§ 114-124), también nosotros nos preocuparemos de precisar y delimitar cada una de estas modalidades de autonomía conflictual.

⁶ *Vid. infra*, § 5.

⁷ Como indica A. E. VON OVERBECK («*Quelques solutions générales du projet suisse sur le droit international privé et premières réactions a leur égard*», *TCFDIP 1980-1981*, Paris, 1982,

dido universalmente. Es una terminología propia de la historia del derecho que, hace poco más de un siglo, MEILI⁸ trasplantó a los modernos conflictos de leyes convencido de la semejanza negocial entre las *professiones iuris* medievales y los actos de elección de la *lex successionis* tolerados por el ordenamiento suizo de su época. Este paralelismo no hace más que alentarnos a indagar cuánto hay de verdad en la similitud detectada entre la profesión del pasado y la de nuestros días, y por eso, dedicamos a las manifestaciones de genealogía jurídica típicas del medioevo, conocidas como *professiones iuris*, buena parte del capítulo I, el cual se completa con un repaso de la incidencia —mínima— que, a lo largo de la historia —y la prehistoria⁹— de los conflictos de leyes, ha tenido la voluntad del causante en la resolución de los de índole hereditaria, puesto que, al igual que GUTZWILLER, creemos que «en derecho internacional privado, la historia lo es todo»¹⁰ —o casi—. A continuación de este capítulo, la primera parte contiene otro consagrado a la progresión doctrinal, legislativa y jurisprudencial de la autonomía del *de cuius* en el derecho contemporáneo, que, a su conclusión, tiene que facilitarnos una descripción del estado actual y de las perspectivas más inmediatas de futuro de la *professio iuris* sucesoria. En esta primera mitad de la monografía, para reconstruir la trayectoria vital de las profesiones —antiguas y modernas—, para confrontar unas con otras y para cotejar el —dispar— grado de reconocimiento que la *optio iuris* tiene en los derechos conflictuales vigentes, se ha recurrido básicamente al método histórico y al método comparado.

3. No es hasta la segunda parte de la obra, subdividida en dos capítulos como la primera, donde propiamente se examina la institución que nos incumbe, haciéndolo desde un doble punto de vista: por un lado, tras definirla a partir de sus rasgos característicos, se determina su naturaleza, se fija su régimen jurídico y se establecen las relaciones entre sus componentes; por otro lado, se sopesan los argumentos —lo mismo de carácter conflictual que de carácter material— que, en el tráfico externo del siglo XXI, persuaden o disuaden de acoger la *professio iuris* sucesoria en un sistema de DIPr. La metodología empleada en estos dos capítulos es diferente: mientras que en el tercero predomina el método analítico —esto es, aquel en el que, a fin

p. 86), con el apelativo de *professio iuris*, el «jargon suisse» hace referencia a la autonomía de la voluntad que tiene el *de cuius* en el derecho de sucesiones, con arreglo a la cual se le autoriza a «optar por su ley sucesoria nacional en lugar de la ley sucesoria del último domicilio» [P. DE PREUX, *La «professio juris» (Étude de l'article 22 LRDC)*, Lausanne, 1981, p. 11].

⁸ No hemos hallado ningún autor que antes de F. MEILI (*Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, vol. II, Zürich, 1902, p. 121) haga servir, en el contexto que nos ocupa, la expresión *professio iuris*.

⁹ En lo tocante a la posibilidad de hablar con propiedad de conflictos de leyes en períodos anteriores a la eclosión de las teorías estatutarias, *vid. infra*, nota 2 del capítulo I.

¹⁰ M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *RCADI*, núm. 29 (1929-IV), p. 292.

de estudiar el objeto de investigación, se distinguen primero los elementos que lo conforman, para luego revisar ordenadamente cada uno de ellos por separado—, en el cuarto se ha hecho uso de la «jurisprudencia de intereses»¹¹ —procedimiento que es privativo de la ciencia del derecho y que ha encontrado un eco extraordinario en nuestra disciplina¹²—, porque pensamos que solamente desde el prisma de los intereses que convergen en una sucesión internacional puede tomarse partido a favor o en contra de la elección de la *lex hereditatis* por parte del causante.

¹¹ Acerca de la «jurisprudencia de intereses» y de su influencia en la ciencia jurídica, vid. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1991, pp. 49-58.

¹² La gran penetración de la «jurisprudencia de intereses» en el DIPr se debe principalmente a G. KEGEL, «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», en *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, 1953, pp. 259-288.

PARTE PRIMERA

LA *PROFESSIO IURIS*: RAÍCES HISTÓRICAS Y DESARROLLO EN LA CIENCIA MODERNA

4. En esta primera parte nos hemos impuesto una duplicidad de tareas: en primer lugar [I], investigar los aspectos más relevantes de la *professio iuris* medieval, así como también sus posibles precedentes y consecuentes; en segundo término [II], esclarecer, exclusivamente respecto de las sucesiones por causa de muerte —que constituyen su ámbito primigenio—, el proceso de implantación de la moderna *professio iuris* en el DIPr contemporáneo.

5. No cabe ninguna duda de que la actual *professio iuris* recibe su peculiar denominación «en reminiscencia»¹ de las *professiones iuris* que, durante el medievo, tuvieron lugar en el antiguo suelo romano. Un *nomen* idéntico no tiene que inducirnos, no obstante, a suponer que estamos ante etapas sucesivas en la evolución de la misma institución jurídica. Cuando el DIPr de fines del siglo XIX las exhuma, las profesiones de ley llevaban más de medio milenio ausentes de toda práctica notarial o forense, con lo que es totalmente impensable una continuidad que exceda de la simple herencia terminológica. Ahora bien, la homonimia tampoco es aleatoria, dado que, en principio y salvando la enorme distancia histórica que las separa, ambas profesiones gozan de un fundamento común: la relevancia que conceden a la voluntad de las personas intervinientes en una relación jurídica para decidir el derecho que la ha de regular. Sin embargo, amén de otras diferencias que se irán perfilando², entre la *professio iuris* pretérita y la presente puede señalarse una distinción esencial: la diversa clase de conflictos de leyes que

¹ F. VISCHER, «General Course on Private International Law», *RCADI*, núm. 232 (1992-I), p. 130.

² Hace notar L. ABADIE (*op. cit.*, pp. 14-15) que, en contraste con la de nuestro tiempo, en la *professio legis* medieval se trataba menos de incidir sobre el elemento de conexión utilizable, pues sólo el *genus* era tomado en cuenta, que de «determinar subjetivamente la aprehensión concreta del punto de conexión fijado objetivamente»; es decir, el arbitrio privado no operaba en la

se proponen resolver. La antigua *professio iuris* surge como un remedio destinado a mitigar las dificultades que la gradual degradación del sistema ancestral germánico de aplicación personal del derecho —conforme al que, en el mismo territorio y en la misma época, individuos de etnias distintas obedecían ordenamientos diferentes— ocasionó en la solución de los conflictos interpersonales medievales³. Por contra —y dejando de lado otros empleos hipotéticos de la figura⁴, quizás más en consonancia con su ascendencia—, la *professio iuris* coetánea repercute sobre los conflictos interterritoriales —por lo general, internacionales, pero, igualmente, internos—, en relación a los cuales faculta al causante para designar qué ley, de entre las supuestamente competentes, gobernará su sucesión.

6. Será, por consiguiente, a partir de estas afinidades y de estas disonancias, apenas insinuadas, que nos disponemos ahora a recorrer el largo trayecto que, desde la *professio iuris* originaria —e incluso con anterioridad—, conduce, en paralelo al desarrollo paulatino de nuestra disciplina, al auge de la vigente *professio iuris* sucesoria en el DIPr de la actualidad.

selección del criterio de conexión —único e incontestable—, sino en la especificación del derecho que, en virtud de dicho criterio genealógico, devenía aplicable.

³ E. VITTA, «The Conflict of Personal Laws», *Israel Law Review*, núm. 5 (1970), pp. 170-172.

⁴ Como, entre otros, hacen constar K. LIPSTEIN e I. SZÁSZY («Interpersonal Conflict of Laws», *IECL*, vol. III, *Private International Law*, capítulo 10, Tübingen, 1985, p. 28) y J.-Y. CARLIER (*Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992, pp. 260-261), en el derecho contemporáneo, la *professio iuris* ha sido asimismo esgrimida para dar una salida a los conflictos de leyes interpersonales (*vid. infra*, nota 1 del capítulo II).

CAPÍTULO I

LA PROFESSIO IURIS HISTÓRICA

1. INTRODUCCIÓN

7. Las conocidas como *professiones iuris* aparecen durante la temprana Edad Media a consecuencia de la mezcla de razas en la que, a la postre, desembocan las sucesivas oleadas de invasores germanos que, en el occidente europeo, acaban con la hegemonía romana. Con todo, los factores que coadyuvan a su gestación —coexistencia en un mismo territorio de gentes de procedencia bien diversa, régimen de aplicación personal del derecho, posibilidad de apartarse de la ley propia para acogerse a otra de las convivientes en el mismo Estado— han tenido que confluir en otros períodos de la Antigüedad, por lo que, con carácter previo [2], habrá de inquirirse si las civilizaciones clásicas llegaron a poseer —singularmente en las relaciones sucesorias— instituciones parecidas. Después [3], centraremos nuestra atención en las profesiones de ley propiamente dichas; para, por último [4], pasar revista a la trascendencia que, desde los genuinos comienzos del DIPr hasta la resurrección decimonónica de la *professio iuris*, haya podido asignarse a la voluntad del *de cuius* en la resolución de los conflictos hereditarios.

2. ANTECEDENTES: ¿PROFESIONES EN EL MUNDO ANTIGUO?

8. En los albores de las culturas clásicas, en los que los sistemas jurídicos —muy rudimentarios— eran compartimientos estancos, ajenos a cualquier exterioridad, se antoja difícil que se dieran no solamente los presupuestos necesarios para la emersión de prácticas semejantes a las profesiones, sino incluso aquellos que son indispensables para el surgimiento de los conflictos de leyes. Hablar de DIPr en estas sociedades autárquicas no deja de ser un eufemismo que repara más en la apa-

riencia que en la esencia de las relaciones privadas internacionales. En efecto, unas comunidades en las cuales «la idea de hombre y de humanidad no existía en modo alguno», en las cuales «el extranjero era enemigo y como tal no tenía ningún derecho»¹, casan mal con una ciencia que se construye sobre la base de la paridad de condición de las personas y de las naciones, para, a partir de ahí, aceptar una equivalencia y eventual colisión de las leyes en éstas promulgadas².

¹ F. LAURENT, *Le droit civil international*, t. I, Bruxelles-Paris, 1880, p. 45.

² ¿Fue el legislador antiguo realmente consciente de la naturaleza de los conflictos de leyes y de los métodos para resolverlos? La respuesta a dicho interrogante, a menudo abierto por los académicos, descansa, a nuestro juicio, en el significado que quiera atribuirse a las locuciones utilizadas: si por «conflicto de leyes» se alude a una confrontación universal e igualitaria entre unos ordenamientos en potencia aplicables, y si por «métodos de resolución» entendemos un procedimiento técnico, específico y sistemático, ideado para solventar los litigios resultantes, es casi forzoso convenir con E. SCHÖNBAUER [«Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte», *ZSS*, núm. XLIX (1929), pp. 367-383, especialmente pp. 372 y 375; «Die Doppelbürgerschaft im römischen Reiche und ihre Wirkung auf die Rechtsentwicklung», *AÖAW*, núm. 86 (1949), p. 351; «Personalitätsprinzip und Privatrechtsordnung im Römerreiche», *AÖAW*, núm. 97 (1960), pp. 183-189, sobrentendido], con W. NIEDERER («Ceterum quero de legum Imperii Romani conflictu», en *Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 128-132), con F. SCHWIND («Internationales Privatrecht und römisches Recht», en *Festheft Schönbauer*, Napoli, 1965, p. 36) y con H. J. WOLFF (*Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike*, Heidelberg, 1979, pp. 7 y 74-76) que los regímenes clásicos no alcanzaron siquiera a concebir un DIPr como el que hoy tenemos. No obstante, si se rebajan las pretensiones y se busca en los «conflictos de leyes» de la Antigüedad situaciones fácticas de colisión accidental, bien que reiterada, de reglamentaciones disímiles, no programadas ni preparadas para una aplicación extraterritorial, y se contemplan los «métodos para resolverlos» como recursos dispares y fragmentarios, aunque coherentes y efectivos, dirigidos a subsanar un problema intrincado que, a pesar de no estar hilvanado teóricamente, era de relativa frecuencia en la praxis, pueden darse por buenas las conclusiones de H. LEWALD [«Conflits de lois dans le monde grec et romain», *RCDIP*, núm. LVII (1968), pp. 427-428, 440, 636 y 639], E. VOLTERRA [«Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l'antiquité», *ADI*, núm. 1 (1965), pp. 554-555 y 562], E. RUILOBA SANTANA [«Conflictos de leyes e "ius gentium" en el mundo jurídico romano (visión retrospectiva desde la dogmática permanente del Derecho internacional privado)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, t. II, Valencia, 1974, pp. 327 y 341-342], F. STURM [«Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», *JDI*, núm. 106 (1979), pp. 262, 266-268 y 273; «Recensión del libro de H. J. Wolff, *Das problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike*», *IVRA*, núm. XXXI (1980), pp. 154 y 158-159], J. PLESCIA [«Conflict of Laws in the Roman Empire», *Labeo*, núm. 38 (1992), pp. 33 y 51], L. WINKEL («Quelques remarques sur les traités d'assistance juridique et sur l'existence du droit international privé dans l'Antiquité», en *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, vol. I, Liège, 1999, p. 577) y M. GARDENES SANTIAGO [«Reflexiones sobre los orígenes históricos del Derecho internacional privado», *AEDIPr*, núm. III (2003), pp. 108-109, 116, 125-129 y 134-135] en el sentido de que griegos y romanos captaron las dificultades inherentes al DIPr y habilitaron medios adecuados para superarlas. Ahora bien, siendo el tema tan controvertido, parece oportuno seguir la recomendación de C. ROCHAT (*La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Lausanne, 1986, p. 22) según la cual el manejo del término conflicto de leyes, a propósito de las épocas prestatutarias, «debe ser considerado como una caracterización provisional, históricamente discutible, pero lo suficientemente gráfica para que sea difícilmente reemplazable».