



ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

Matrimonio, Familia y Derecho Sucesorio

Pedro de Pablo Contreras - Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de La Rioja (España)

1/2013

Las reformas en el Derecho de Familia introducidas en el Derecho español en 2005, como otras semejantes en diferentes países, no han tenido en cuenta sus importantes repercusiones en el resto del Ordenamiento. Entre esas repercusiones destacan las que afectan al Derecho Sucesorio, cuyos presupuestos básicos se han visto radicalmente alterados, hasta el punto de que han dejado sin sentido no solo reglas legales concretas, sino las mismas líneas maestras del sistema. En este escrito se muestra la estrecha relación que ha existido históricamente entre el Derecho de Familia y el Sucesorio, y se demuestra cómo las más recientes reformas (divorcio unilateral sin causa, y matrimonio entre personas del mismo sexo) han desconectado uno de otro, privando al vigente Derecho de Sucesiones de los presupuestos que justifican buena parte de su contenido.

Derecho romano: de la libertad de testar a las legítimas

1. En la Roma clásica, el matrimonio era una situación de hecho determinada por la convivencia entre un varón y una mujer con *affectio maritalis*, esto es, con apariencia conyugal honorable (*honor matrimonii*). Esta honorabilidad dependía de la aprobación social, que aparecía facilitada por la celebración de ciertos ritos o actos sociales en el inicio de la convivencia (una cena en casa de los padres de la novia y la *deductio in domus mariti*, o traslado de ésta, en comitiva, a casa del novio); pero éstos en modo alguno eran imprescindibles para que hubiera matrimonio. Siendo como era una *res facti*, el matrimonio terminaba cuando lo hacía la convivencia (*divortium*, que no es un acto formal ni oficial) o la voluntad de seguir conviviendo, que, cuando cesaba en uno cualquiera de los cónyuges, solía ser formalmente notificada al otro (*repudium*). Por eso no era concebible la bigamia ni la prohibición de contraer la unión con persona ya casada, pues una nueva convivencia hacía cesar la anterior y, si se simultaneaban, faltaría la *affectio maritalis* y no podrían considerarse matrimonio.

El matrimonio producía, eso sí, algunas consecuencias jurídicas, y es en relación con éstas como debe entenderse la exigencia de determinados requisitos (así, el de que ambos cónyuges fueran púberes o que los padres prestaran su consentimiento si aquéllos eran *alieni iuris*) y algunas prohibiciones (por ejemplo, la que lo excluía con ciertos parientes, con los esclavos, con los militares en servicio activo o entre ciertas clases sociales). El incumplimiento de unos u otras hacía el matrimonio *iniustum*, esto es –con independencia de su valoración social– carente de efectos jurídicos. Los juristas romanos se interesan por el matrimonio únicamente en tanto en cuanto han de apreciar la existencia de tales efectos.

2. Entre los efectos civiles que producía el matrimonio en el Derecho romano se cuentan, desde luego, los de índole sucesoria, que por lo demás van vinculados a la evolución en él del concepto de familia:

a) En el *ius civile* el mismo sólo tenía relevancia en el Derecho sucesorio cuando la mujer se hubiera sometido a la potestad de su marido (matrimonio *cum manu*) y no en otro caso (matrimonio *sine manu*). En efecto, en él se empezó teniendo en cuenta exclusivamente la familia agnaticia, esto es la fundada en la potestad del *pater familias*: por eso llamaba en primer lugar a la sucesión intestada a los que, al morir éste, se hacían *sui iuris*, lo que incluye a sus hijos no emancipados y –cuando estuviera sometida a su potestad– a su mujer; y, faltando éstos, a los agnados de grado más próximo, esto es, los que estarían bajo una misma patria potestad de no haber premuerto su antecesor común. A pesar de la asunción por las XII Tablas de un sistema de libertad de testar, los primeros eran considerados como *heredes sui* o de pleno derecho, y por eso eran llamados también a la sucesión testada, provocando su preterición por el testador –esto es, su no institución como herederos en cualquier cuota o su libre desheredación– la ineficacia del testamento con su consiguiente llamamiento a la sucesión como herederos *ab intestato*.

b) En este contexto inicial, fue el Derecho pretorio el que dio entrada en la *bonorum possessio sine tabulis* a la familia cognaticia –o sea, a la fundada exclusivamente en vínculos de sangre–, llamando en primer lugar a los *liberi*, categoría que comprendía a los *heredes sui* y a los hijos ya emancipados del causante; y sólo en su defecto hacía los demás llamamientos en atención al parentesco con inclusión, en último lugar, del cónyuge viudo (*unde legitimi, unde cognati y unde vir et uxor*).

La prevalencia de este nuevo concepto de familia es la que acabó dando lugar a la legítima como límite a la libertad de testar. La misma, en efecto, empezó siendo protegida por la querella *inofficiosi testamenti*, mediante la cual, frente al heredero testamentario, los hijos arbitrariamente desheredados podían impugnar el testamento como contrario al *officium pietatis* o de afecto familiar con el argumento de que el testador no estaba en su cabal juicio, esto es, que había testado color *insaniae*; y cuyo ejercicio con éxito determinaba al principio la rescisión del testamento (D. 5, 2, 8, 16) con la consiguiente apertura de la sucesión intestada (D. 5, 2, 6, 1). Y luego, como esta solución podía ser defraudada por el padre o la madre donando antes de morir la mayor parte de sus bienes a uno de sus hijos, se atribuyó a los perjudicados frente a los donatarios y con el mismo plazo— la querella *inofficiosae donationis* para reducir las; y si la disminución patrimonial hubiera sido por una dote excesiva, de otro recurso conocido como querella *inofficiosae dotis* (cfr. C. 3, 29 y 30).

c) Por último, consolidada como familia únicamente la cognaticia, Justiniano consideró como primeros herederos *ab intestato* a los hijos y descendientes del causante y, en su defecto, a sus ascendientes de grado más próximo junto a sus hermanos o hermanas de doble vínculo, extendiendo a todos ellos, en la sucesión testada —aunque limitando la apertura de la intestada sólo a la preterición en el testamento de los descendientes y ascendientes—, la exigencia de desheredación por justa causa y la de que fueran favorecidos con una porción legítima: los hijos, con un tercio de lo que les correspondería a falta de testamento (o una mitad si eran más de cuatro: cfr. Nov. 18, 1) y con un cuarto los ascendientes. Después eran herederos *ab intestato*, por este orden, los hermanos o hermanas de un solo vínculo, los colaterales y, por último, el cónyuge viudo.

La filiación por naturaleza y sus efectos sucesorios

3. El cristianismo empieza exigiendo a sus fieles su doctrina sobre el matrimonio como preceptos de índole moral, aceptando, por lo demás, la disciplina romana. Es famosa, en este sentido, la decisión del Papa Calixto (217-222 d.C.) avalando la unión conyugal de cristianas patricias con varones de clase inferior o incluso esclavos, que, por infringir las prohibiciones a que antes nos hemos referido, la regulación romana no consideraba matrimonio, sino *concubinatus* o *contubernium*, respectivamente.

Tras la caída del Imperio Romano, todo indica que se mantuvo con estos rasgos la sustancial consideración del matrimonio como una situación de hecho. Tal vez por eso los Derechos germánicos, al ocuparse de la sucesión, atendían sólo a los vínculos de sangre, en particular a la filiación por naturaleza. De ahí que, prescindiendo en un principio de la voluntad del causante, consideraran que sus hijos y descendientes debían colocarse siempre en la posición jurídica del difunto; y esto excluía también la facultad de disponer de sus bienes *inter vivos* y a título gratuito a favor de otras personas.

En España, esto dio lugar —como reacción— a un sistema de plena libertad de disposición, *inter vivos* o *mortis causa*. Así lo pone de manifiesto el tenor del visigótico *Liber iudiciorum* (del año 654), el cual derogó la «ley antigua» que permitía al padre y a la madre, así como al abuelo o a la abuela, dar sus bienes a los extraños si quisiese y desheredar libremente a sus hijos y nietos; y que, considerando que a los descendientes les pertenecen por natura los bienes de sus ascendientes, restringió sobremedida sus causas de desheredación y dispuso expresamente que éstos tan sólo disponían de un tercio de los mismos para mejorar a alguno o algunos de aquéllos y de un quinto de la parte restante para dar «á la iglesia o á otros logares» (cfr. Fuero Juzgo 4, 5, 1).

4. Sin embargo, en los siglos bajomedievales la Iglesia termina conformando un verdadero Derecho matrimonial propio a la vez que afirma su propia jurisdicción en la materia, necesaria por lo demás dada su concepción del matrimonio como un acto jurídico del que nace un vínculo jurídicamente indisoluble. Lógicamente, la otra cara de la moneda de esta concepción matrimonial es la existencia de un preciso régimen de nulidad del matrimonio: éste será nulo —y, por tanto, no habrá existido desde el principio— siempre que falte el consentimiento, cuando los cónyuges carezcan de capacidad para emitirlo (o cuando lo hayan hecho incumpliendo los requisitos de fondo o forma requeridos para su validez), y cuando su voluntad no se haya adherido a los rasgos esenciales del concepto de unión conyugal que prefigura el ordenamiento, de los que forma parte la mutua y exclusiva disponibilidad sexual.

Pues bien, desde al menos el siglo X y hasta la Reforma protestante (s. XVI), en los reinos cristianos de Europa se entiende que es materia propia del Derecho canónico regular sustantivamente el matrimonio de los cristianos, correspondiendo también a la jurisdicción de la Iglesia —esto es, a los tribunales eclesiásticos— resolver los litigios matrimoniales que les afecten. En cambio, sí que regula el Derecho civil los efectos o consecuencias jurídicas del matrimonio, siendo la filiación matrimonial o legítima la que repercute en el Derecho sucesorio:

a) El criterio del *Liber iudiciorum*, traducido en el Fuero Juzgo (1241), se mantiene en el Derecho castellano medieval, pero acogiendo la concepción procedente del Derecho canónico entonces socialmente asumida y aclarando que sólo eran herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos o matrimoniales del causante (cfr. Fuero Real de 1255, 3, 6, 1). A comienzos de la Edad moderna, la Ley 9 de Toro (1505), recogida en la Nov. Rec. del s. XIX (10, 20, 5), determinó que los hijos bastardos o ilegítimos no podían heredar a sus madres *ex testamento ni ab intestato* si éstas tuvieran hijos o descendientes legítimos, si bien permitiendo que les pudieran dar en vida o en muerte hasta la quinta parte de sus bienes «de la cual podrían disponer por su ánima, y no más allende»; pero sí que extendía a esos hijos no matrimoniales —prefiriéndoles a los ascendientes legítimos— el régimen previsto para los matrimoniales si no concurrían con éstos y no eran fruto de adulterio o «punible ayuntamiento de parte de la madre», hipótesis ésta a la que extendía lo previsto para el caso anterior.

b) Además, la Ley 6 de Toro, acogiendo el criterio procedente del Derecho justiniano y cuando el causante no tuviera hijos o nietos con derecho a heredar, atribuyeron la condición de herederos forzosos a sus ascendientes legítimos «por su orden y línea derecha», si bien permitiendo que los causantes dispusieran libremente, *inter vivos* o *mortis causa*, de un tercio de sus bienes.

5. El Derecho canónico medieval, partiendo de la consideración del matrimonio como institución natural, estimaba casados al hombre y la mujer que de cualquier modo se hubieran prestado el consentimiento matrimonial, sin que hiciera falta observar ninguna formalidad ni realizar ningún rito o acto especial: aunque con frecuencia se siguiera alguno por convención social, jurídicamente el matrimonio era, pues, un acto privado y, desde luego, puramente consensual. Al amparo de esta regulación, era frecuente en Europa el matrimonio –por supuesto, canónico– consensual o sin publicidad, que potenció la plena libertad de los cónyuges para contraerlo propugnada por la Iglesia en detrimento de los intereses de las familias que –especialmente si eran acomodadas, por la aptitud del matrimonio para cambiar el rumbo de las fortunas a través de las normas sucesorias– aspiraban a que fuera siempre necesaria la aprobación previa de padres o parientes, por lo que el Derecho civil incluyó en este sentido prohibiciones con diversas sanciones, pero sin efecto alguno sobre la validez del matrimonio.

De hecho, la ineficiencia de estas normas civiles explica en buena medida la secularización del matrimonio, esto es, la radical afirmación de que la competencia sobre él corresponde al poder civil. Este criterio tiene su origen en la Reforma protestante, y por eso la disciplina matrimonial en ella inspirada –así las ordenanzas de Württemberg (1553), Ginebra (1561) o el Palatinado del Rin (1563)– fue la primera en exigir que las parejas obtuvieran el consentimiento de los padres antes de casarse y que el matrimonio hubiera de celebrarse necesariamente ante un ministro de la Iglesia reformada. Pero el mismo alcanza su máxima expresión en la Revolución Francesa, la cual –con abierta hostilidad al matrimonio canónico– incluyó como uno de sus postulados irrenunciables el completo monopolio legislativo y jurisdiccional del Estado sobre la unión conyugal; y por eso el Código civil francés, además de considerar esencial la forma en el matrimonio civil –que es obligatorio y va acompañado de sanciones penales para quienes, antes de contraer aquél, lo celebren en forma religiosa–, afirmó la nulidad del contraído por los menores de cierta edad (inicialmente, veinticinco años el varón y veintiuno la mujer) sin la licencia de sus padres o parientes.

En el Derecho español, la Ley provisional de 18 de junio de 1870 estableció un sistema de matrimonio civil obligatorio; pero, en la regulación del mismo y desde el punto de vista sustantivo, adoptó el modelo o concepto de matrimonio propio del Derecho canónico, acogiendo en particular su contenido ontológicamente sexual, y por ello objetivamente orientado a la procreación. Esta disciplina del matrimonio civil pasó sin modificaciones al Código civil de 1889 (cfr. su art. 83), aunque éste –acogiendo las convicciones sociales entonces imperantes– rectificó la anterior atribuyendo también eficacia civil al matrimonio canónico (cfr. su art. 42).

Por eso el Código consideraba en su redacción originaria como herederos forzosos a los descendientes y ascendientes legítimos y también –reduciendo siempre la porción legítima que atribuía a éstos (cfr. art. 842) y en mayor medida cuando concurrieran con hijos o ascendientes legítimos (cfr. arts. 840 y 841)– a «los hijos naturales legalmente reconocidos» y al «padre o madre de éstos»; mientras que a los hijos ilegítimos que no tuvieran la calidad de naturales –esto es, fundamentalmente a los adulterinos– sólo les reconocía el derecho a alimentos, que se transmitía a los herederos del obligado a prestarlos en vida mientras el alimentista no alcanzara la mayor edad o dejara de estar incapacitado (art. 845). De este modo limitaba el Código, no sólo –a través de la legítima– la libertad de disponer a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* (cfr. arts. 636 y 806), sino también la porción a que tenían derecho en la sucesión intestada los hijos naturales del causante en caso de concurrir con hijos o ascendientes legítimos (cfr. arts. 939 y 942).

Hubo que esperar casi un siglo para que el legislador estatal –por exigirlo así la Constitución de 1978– eliminara de las normas sucesorias contenidas en el Código civil las distinciones entre los hijos y ascendientes extendiendo a los no matrimoniales el régimen previsto antes para los matrimoniales (Ley 11/1981), y equiparando luego con éstos también a los hijos y padres adoptivos (Ley 21/1987).

Los derechos sucesorios del cónyuge viudo

6. Como ya se indicó, en el Derecho justiniano el cónyuge viudo ocupaba el último lugar en la sucesión intestada, y esta fue la solución que acogió el Código civil en su redacción originaria (cfr. su art. 952), aunque la Ley 11/1981 le colocó a continuación de los hijos y descendientes o de los ascendientes del causante, lo que sigue vigente (cfr. art. 943 Cc.). Pero el Código le atribuye además, sea la sucesión testada o intestada –y salvo desheredación por justa causa (cfr. art. 855)–, un derecho de usufructo de origen legal que tiene por objeto una porción de bienes del haber hereditario cuya entidad puede ser distinta según concurra o no con los parientes en línea recta del causante, siendo esto lo único que objetivamente le vincula con la legítima a que éstos tienen derecho, sobre la que incluso puede recaer en parte (cfr. art. 834 Cc.).

Este último es el modo en que sus redactores pretendieron cumplir lo dispuesto en la Ley de bases de 1888, que les obligaba a establecer «a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a la que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo» (base 17). Con esto se hacía referencia al usufructo universal que, con origen medieval, le atribuían entonces –y mantienen ahora– los Derechos civiles de Navarra, Aragón y Cataluña; aunque, adaptando lo previsto en el *Code* francés, recayendo el mismo sólo sobre una porción o cuota del haber hereditario.

7. Este régimen sucesorio de carácter imperativo sigue teniendo como punto de referencia el matrimonio indisoluble salvo por muerte (que era la concepción inicial a que respondía el Código) o, al menos, como comunidad de vida durable nacida del consentimiento matrimonial (a la que respondía dicho texto legal tras la introducción del divorcio causal por la Ley 30/1981, de 7 de julio) y vinculada a la fundación de una familia. A este criterio responden los tratados internacionales que acogen el *ius connubii* (cfr. arts. 16 DUDH, 23.2 PIDCP, 12 CEPDH, etc.); pero, en las últimas décadas, ese inicial fundamento se difumina y gana enteros otro distinto, vinculado al libre desarrollo de la personalidad y por tanto de naturaleza individual, en el que el matrimonio compite con las uniones de hecho y se acaba considerando como un acto formal que atribuye a la preexistente relación de afectividad entre dos personas –aunque sean del mismo sexo– un reconocimiento del que deriva un sólo efecto jurídico adicional: la necesidad de seguir un procedimiento para disolverlo, que deja de tener como premisa la concurrencia de causas tasadas o el mutuo disenso pasando a ser una decisión unilateral y discrecional de cualquiera de ellos. En España, a esto responde la admisión por la Ley 13/2005 del matrimonio civil entre personas del mismo sexo y por la Ley 15/2005 del divorcio-repudio, así como que las mismas fueran precedidas –en Galicia, País Vasco, Baleares, Navarra y Cataluña– por leyes autonómicas que previeron la constancia en un registro administrativo de las uniones de hecho y extendieron a éstas los efectos civiles imperativos de índole sucesoria que atribuye al cónyuge viudo su Derecho civil propio.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre ambas cuestiones. La STC. 198/2012, de 6 de noviembre, considera que la Ley 13/2005 es conforme con la Constitución fundamentando su criterio en una «interpretación evolutiva» del art. 32 CE. que le lleva, acogiendo la concepción social hoy dominante, a definir el matrimonio como «una comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente, mediante las formalidades previstas en el ordenamiento» (f. j. 9); pero, en realidad, lo único que permite asumir su argumentación es la conversión inmediata por la Ley 15/2005 del matrimonio civil en una unión formal libre y unilateralmente disoluble (cfr. art. 86 Cc.). Y la STC. 93/2013, de 23 de abril, reconociendo la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para la modificación y desarrollo de su Derecho civil propio (cfr. art. 149.1.8.ª CE), entiende que la Ley Foral 6/2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables, vulnera el art. 10.1 CE. en cuanto, «al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja» que, atendiendo al libre desarrollo de su personalidad, han optado por no casarse, extiende a éstas el régimen sucesorio imperativo –usufructo de fidelidad y vocación a la sucesión intestada– que según su Compilación o Fuero Nuevo acompaña al matrimonio.

Conclusión

Como se ve, la subsistencia en el Derecho español de restricciones a la libertad de testar ha quedado en buena medida sin el fundamento familiar y patrimonial que antes tenía. La configuración jurídica del matrimonio, aproximándola a las uniones de hecho, como una «comunidad de afecto» formalizada y unilateralmente disoluble carece de la entidad necesaria para justificar el usufructo viudal, que es un gravamen legal e imperativo que recae sobre bienes de terceros, en concreto de los llamados a la sucesión testada o intestada. De hecho, tal vez haya hoy más razones que nunca para atribuir al testador la facultad de disponer, sin contraprestación e *inter vivos* o *mortis causa*, de todos sus bienes a favor de cualquier persona, con total independencia de que exista o no con ella un vínculo familiar, que hoy depende más de la convivencia que de la filiación por naturaleza. En cuanto a los hijos y descendientes, los ordenamientos que acogen esta solución no pretenden excluir a los hijos por extraños, sino más bien –y este es el sentido que tienen su preterición y desheredación, figuras que, aunque modificando su régimen, pienso que han de mantenerse– permitir que el testador pudiera nombrar heredero en su testamento a alguno de ellos para que continuara con la explotación del patrimonio familiar, favoreciendo a los demás con legados o donaciones. En cambio, lo más lógico es excluir de este régimen a los ascendientes, aunque reformando a la vez la obligación de alimentos (que es lo que anticipan las modificaciones introducidas en el Derecho sucesorio por la Ley 41/2003 para las personas con discapacidad). Por lo demás, sólo retomando este enfoque parece posible que el testador pueda prevenir o resolver los conflictos entre los herederos forzosos que hoy acrecienta la diversidad de modelos familiares admitidos por el legislador y, a la vez, que pueda ser coherente con sus convicciones por no estar limitada su facultad de favorecer en vida o por causa de muerte a entidades públicas, políticas, religiosas, de acción social u otras.

© The Family Watch 2013

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de la International Federation for Family Development, The Family Watch o cualquier otra institución. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.
