

**EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LAS LEGÍTIMAS. UNA MIRADA CRÍTICA  
DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*Celia ARAUJO QUINTERO\**

---

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2017

Fecha de aprobación: 12 de febrero de 2018

**Resumen**

El aumento de litigios sucesorios con elementos extranjeros hace que el Derecho de sucesiones sea un verdadero campo de experimentación de los tradicionales problemas de aplicación del Derecho Internacional Privado, entre los que se destaca el orden público internacional. La constante frecuencia de los conflictos de leyes y de los litigios en materia sucesoria se debe, entre otros factores, a la diversidad con que está regulada en el mundo esta rama del Derecho. Cada ordenamiento jurídico presenta sus peculiaridades, apreciándose diferencias entre ellos, por ejemplo, la ausencia o presencia de legítimas, el reconocimiento o prohibición de la sucesión contractual y del testamento mancomunado. En estas instituciones se plantea la posible intervención del orden público internacional pero cabría preguntarnos si puede tener cabida este correctivo funcional en materia de legítimas.

---

\* Licenciada en Derecho graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Cuba). Especialista en Derecho Civil y Familia con mención en Actuación Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Cuba). Profesora Asistente de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Cuba). Jueza Suplente No Permanente del Tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba, Cuba. Correo electrónico: [celiaaraujo88@gmail.com](mailto:celiaaraujo88@gmail.com).

### **Palabras clave**

Sucesiones internacionales - orden público internacional - conflicto de leyes - legítimas - diversidad legislativa

## **INTERNATIONAL PUBLIC ORDER AND LEGITIMATE INHERITANCE. A CRITICAL VIEW FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

### **Abstract**

The increase in inheritance litigation with foreign elements makes the law of succession a field of experimentation within the traditional problems of application of private international law, amongst which the international public order stands out. The constant frequency of conflict of laws and litigation in matters of succession is due, among other factors, to the diversity of regulations throughout the world. Each legal system presents its peculiarities, for example: the absence or presence of legitimate heirs, the recognition or prohibition of the contractual succession and joint testaments. Among these institutions arises the possible intervention of the international public order, but it could be asked if this functional corrective can be accommodated in relation to legitimate inheritance.

### **Keywords**

International successions - international public order - conflict of laws - legitimate inheritance - legislative diversity

### **I. Notas introductorias**

La pluralidad y diversidad en la regulación de las sucesiones *mortis causa* en los ordenamientos jurídicos que hoy existen a nivel mundial conlleva a múltiples pugnas entre ellos, precisamente por la constante exportación e introducción de instituciones extranjeras diversas y polémicas. Todo ello converge en la necesidad de utilizar y articular instrumentos y técnicas apropiadas para favorecer la armonía y coexistencia de los sistemas que entran en contacto, lo cual constituye uno de los principales desafíos del Derecho Internacional Privado contemporáneo. Justamente, la excepción del orden público internacional aparece como el mecanismo más utilizado para conciliar los nexos entre los sistemas, sobre todo en

el ámbito del Derecho de familia y en el Derecho de sucesiones, al tratarse de materias en las que con mayor frecuencia se ponen frente a frente sistemas jurídicos que responden a concepciones sociales, culturales y religiosas totalmente diferentes.

El Derecho de sucesiones constituye uno de los capítulos técnicamente más complejos del Derecho Civil internacional. La sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico universalmente conocido, pero muy desigualmente regulado por los diferentes ordenamientos jurídicos. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2007: 60-1) estiman que la complejidad de la regulación jurídica de esta materia en el Derecho Internacional Privado deriva de varios factores (p.ej., la sucesiones se sitúan en la intersección entre el Derecho de la persona y de la familia, por un lado, y el Derecho de bienes por el otro). Esto contribuye a que las sucesiones sean un buen banco de pruebas para observar las cuestiones clásicas del Derecho Internacional Privado: en las sucesiones aparecen con extrema frecuencia problemas de calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de ley internacional, remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* y *ad intra*, prueba del Derecho extranjero, conflicto internacional transitorio, adaptación y cuestión previa internacional. De estos problemas de aplicación en materia sucesoria, el presente artículo se centrará en el estudio del orden público internacional y su posible intervención o no en las legítimas.

En los distintos sectores que hoy integran de forma indiscutida el Derecho Internacional Privado, el orden público internacional hace notar su impronta. Sin embargo, es en el sector del Derecho aplicable y en el de reconocimiento y ejecución de sentencias donde más se ha desarrollado y estudiado, visto como cláusula general o de reserva (en el primero de los casos), y como una de las excepciones que obstan al reconocimiento (en el segundo).

## **II. Noción de orden público internacional: sus características y efectos**

La noción de orden público internacional es una de las más cambiantes en el tiempo y el espacio, por lo que no existe al respecto una única definición. No obstante, presenta dos vertientes una positiva y la otra negativa: (a) desde la dimensión positiva es visto como aquel conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los

valores esenciales<sup>1</sup> de una sociedad en un momento dado; mientras que (b) la dimensión negativa del orden público se utiliza como correctivo funcional frente a la norma de conflicto, eludiéndose la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto cuando resulte contraria al orden público. (FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, 2016: 167).

El orden público internacional es entonces una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Como se observa, está compuesto por principios y no por normas; y los principios son siempre, por definición, directrices generales: por ejemplo, no discriminación por raza o sexo, igualdad de los cónyuges ante la ley, protección del patrimonio artístico y medioambiental, derecho a la herencia, tutela judicial efectiva, estabilidad del estado civil, interés del menor, etc. (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008: 2360).

Werner GOLDSCHMIDT (2009: 243) expone que el orden público internacional tiene por función defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero que en sí resulta aplicable según las normas del Derecho Internacional Privado. Puede ser que se considere aplicable el Derecho propio referente a determinados temas (aplicación apriorística) o puede ser que se examine desde el punto de vista de la compatibilidad de sus valores con el Derecho propio, rechazando el primero y aplicando el segundo en el caso de incompatibilidad (aplicación a *posteriori*).

Por tales razones, se considera que el orden público internacional es una de las herramientas de las que se vale un Estado para preservar y asegurar en su territorio la vigencia de ciertos principios sociales, culturales, morales y jurídicos que hacen al espíritu de su sistema. Se presenta a los juristas "como un espectro luminoso" en cuyos extremos es fácil coincidir pero difícil en lo que se refiere "a la apreciación y deslinde de los intermedios" (KALLER DE ORCHANSKY, 1993: 136). Caracterizado como el *enfant terrible du droit international privé*, en su concepción tradicional y a través de una interpretación excesiva o exorbitante puede servir como excusa para privilegiar la aplicación de la *lex fori* en

---

<sup>1</sup> Los principios y valores esenciales que integran el concepto de orden público encuentran su origen en el Derecho constitucional. La Constitución como norma fundamental del Estado, constituye la referencia básica a la que debe ajustarse el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto.

desmedro del derecho extranjero normalmente competente para regir determinadas situaciones; y, en una interpretación más moderna y flexible (pero no por ello necesariamente novedosa), servir para lograr el delicado equilibrio entre los intereses del foro y la justicia, efectividad y la uniformidad de la solución que reclama un caso de Derecho Privado con elementos extranjeros.

La excepción de orden público se caracteriza por su particularismo o territorialidad, ya que el rechazo del Derecho extranjero se produce como resultado de su contrariedad con el orden público del foro. Para apreciar esa contrariedad, el juez que conoce el asunto debe tener en cuenta los principios y valores del Derecho de su país en el momento que debe dictar sentencia. Con esta característica se entiende que cada Estado posee un conjunto de principios fundamentales que pueden ser diferentes a los de otro Estado. Es así que cada Estado aplicará la cláusula en el territorio sometido a su soberanía.

Otra característica es su excepcionalidad, o sea, la ley extranjera ha de implicar una contradicción manifiesta con los principios que constituyen la arquitectura jurídica básica de la sociedad en la que se va aplicar, sin que sea suficiente una mera diferencia de contenido. Por tanto, debe operar siempre de modo restrictivo, lo cual significa que tal orden público internacional operará solo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario rechazar la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto. También se identifica por su temporalidad, lo cual indica que la excepción debe aplicarse de acuerdo con el contenido del momento actual, no del que tuviera en el pasado.

Tal parece que siempre que la ley extranjera sea contraria a lo que establece un país como orden público, esa ley es inaplicable en ese Estado, siendo este el principal efecto del orden público internacional. Sin embargo, no siempre sucede así, hoy se afirma que, en la búsqueda de una solución justa, se ha evidenciado la necesidad de una mirada diferente de la institución cuando se trata de insertar en el foro una situación jurídica al amparo de un Derecho extranjero. Por tanto, el concepto de orden público requiere ser refinado y aparecen así el orden público atenuado y el orden público de proximidad. (IUD, 2013: 438).

La doctrina del orden público atenuado implica que si bien existen relaciones jurídicas extranjeras que pueden ser contrarias al orden público de un determinado Estado, algunos de sus efectos sí pueden ser aceptados. Se trata de una tesis decimonónica original de Ludwing VON BAR (1889: 127-32) y de Antoine PILLET (1923-1924: 123-4).

La aplicación de la excepción de orden público será distinta cuando la norma de conflicto nos lleve a una ley extranjera que origine la creación de una nueva situación jurídica o que lleve a reconocer los efectos de una ya existente, nacida en el extranjero con arreglo a una ley extranjera que considera válida tal situación. Esta tesis resulta muy razonable por varios motivos, ya que refuerza la estabilidad legal de las situaciones creadas en el extranjero y la seguridad jurídica, tal como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008: 2371) refiriéndose a los ciudadanos españoles:

si el mero "cruce de frontera" convirtiera tales situaciones "legalmente creadas" en situaciones jurídicas "inexistentes" por resultar contrarias al orden público internacional español, los particulares implicados sufrirían un perjuicio muy elevado. La seguridad jurídica se resentiría. Con esta teoría, la situación jurídica legalmente creada en un país extranjero "sobrevive" en España en la medida en que no daña el orden público internacional español. Los particulares se ven beneficiados por ello.

El orden público internacional de proximidad operará en relación con casos cercanos al país cuyos tribunales conocen del asunto. Por tanto, se disminuye su radio de acción. Esta teoría fue elaborada por KAHN en el siglo XIX. Este orden público de proximidad se sigue, con ciertos matices propios, en Suiza (*binnenbeziehung*) y Alemania (*inlandsbeziehung*); y gana terreno con decisión también en Francia y España mediante la resolución de la Dirección General de Registros y Notarías del 10 junio 1989 sobre divorcio entre marroquíes con arreglo al Derecho marroquí. Asimismo, la resolución del *Institut De Droit International* del 25 de agosto de 2005 (sesión de Cracovia) —cuyo título es *Cultural Differences and Ordre Public in Family Private International Law*— ha apoyado de modo muy significativo esta tesis. Por ejemplo, en materia sucesoria indica que: "[l]es Etats pourront opposer l'ordre public aux lois successorales étrangères comportant des discriminations fondées sur le sexe ou la religion lorsque des biens de la succession se trouvaient dans l'Etat du for au moment du décès" (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008: 2372-3).

### III. La intervención del orden público internacional en las sucesiones. ¿Son las legítimas una cuestión de orden público internacional?

Las Conferencias de La Haya se ocuparon de las sucesiones internacionales desde la primera reunión (1893), planteándose el problema de la posible referencia al orden público en una reserva general o en varias reservas especializadas, es decir, en una formulación genérica o específica. Es así que los convenios en materia de sucesiones internacionales nacidos de las Conferencias de la Haya hacen mención expresa del orden público.<sup>2</sup>

El Reglamento de la Unión Europea N° 650/2012 del Parlamento Europeo (ÁLVAREZ GONZÁLEZ *et al.*, 2016) y del Consejo del 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio, en igual orden que los anteriores instrumentos, estima que sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por aquél reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro (art. 35).

En la actualidad, la intervención del orden público internacional se plantea en tres direcciones: (1) en relación con los ordenamientos jurídicos que permiten el testamento mancomunado y la sucesión contractual; (2) respecto a los ordenamientos anglosajones que reconocen la libertad absoluta de testar en detrimento del sistema de las legítimas, así como otros tipos de delación de la herencia como el *trust*; y (3) respecto a los ordenamientos islámicos que admiten el matrimonio poligámico y el repudio, lo cual incide en los derechos sucesorios de la esposa viuda. De estas instituciones, la autora centrará su estudio en las legítimas y analizará si puede considerarse que constituyen una limitación a la aplicación del Derecho extranjero.

---

<sup>2</sup> Estos son el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias del 05.10.1961 (art. 7) (consultado en [[www.hcch.net](http://www.hcch.net)] el 02.11.2017), el Convenio sobre la administración internacional de las sucesiones del 02.10.1973 (art. 17) (consultado en [[www.hcch.net](http://www.hcch.net)] el 02.11.2017), y el Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte del 01.08.1989 (núm. 18) (consultado en [[www.hcch.net](http://www.hcch.net)] el 02.11.2017).

La praxis en materia de sucesiones internacionales ha puesto de manifiesto cómo la proyección al plano internacional de la legítima es probablemente una de las cuestiones más problemáticas desde el punto de vista de la adaptación de sistemas sucesorios al no tener, por un lado, un reconocimiento generalizado en todos los ordenamientos jurídicos; y, por otro, no presentar una plena coincidencia en su contenido en aquellos que sí la reconocen.

La primacía de la libertad de testar y el sistema de legítimas —como posible restricción de aquélla— es un tema de debate clásico en el ámbito del Derecho de sucesiones que, aun hoy, sigue siendo objeto de revisión por la doctrina PARRA LUCÁN (2009: 483),<sup>3</sup> dados los cambios producidos en el mundo actual, más multicultural y más diverso, los cuales han derivado en una nueva configuración de la institución familiar.

De esta manera, en relación con las legítimas se han esgrimido posiciones favorables y contrarias (VALLET DE GOYTISOLO, 1966: 11 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, 1974: 25 y ss.; LACRUZ BERDEJO, 2009: 309-10). En contra de ellas existe un conjunto de argumentos diversos que varían desde su incompatibilidad con el libre ejercicio de los derechos de propiedad, el menoscabo de los últimos deseos del causante, el hecho de impedir al testador favorecer al más adecuado, así como que con ellas se obvia que el testador conoce mejor las necesidades de los hijos que la ley. También se afirma que las legítimas constituyen una amenaza para la continuidad de la economía, y que restringen las disposiciones en vida (MCAULEY, 2002: 253).

Por otro lado, han recibido una valoración positiva, estimándose que con ellas se simplifica la administración del patrimonio y elimina la necesidad de requerimiento judicial. También se ha afirmado que con el sistema de legítimas no hay el peligro de que la propiedad se acumule en unas pocas manos, favorece la movilización de la propiedad, aumenta el número de titulares o propietarios, etc. Otro fundamento a favor de las legítimas es el expuesto por García Goyena (*cit. pos.* VALLET DE GOYTISOLO, 1974: 38-9), al referir a los

---

<sup>3</sup> Al respecto, PARRA LUCÁN (2009: 483) señala que el análisis crítico de las legítimas no se contempla exclusivamente desde el punto de vista del puro interés personal, bien del testador (libertad de testar), bien de los legitimarios (derecho a ver satisfechas sus expectativas), sino desde un punto de vista del interés social (en relación con la función económica y social) que, se entiende, debe justificar la existencia de esta institución para que el ordenamiento garantice su protección.



deberes de la paternidad, quien expone que los progenitores —aunque deban quedar libres en el ejercicio del derecho de propiedad— deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con los hijos y con la sociedad. Por ello, el padre ha contraído con ellos la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna.

En resumen, hay dos líneas doctrinales básicas defendidas por los autores. Por un lado, la que opta por el mantenimiento de un sistema de legítimas que limite la autonomía de la voluntad del causante en favor de la protección de sus sucesores (en especial, los legitimarios), en cuanto las legítimas representan no solo un límite a la libertad dispositiva *mortis causa*, sino también límites a las disposiciones *inter vivos* (VALLET DE GOYTISOLO, 1974: 4).<sup>4</sup> Por otro lado, se considera preferible abolir restricciones testamentarias permitiendo que las personas puedan disponer con plena libertad de su patrimonio, en favor de quienes estimen oportuno, ya sean legitimarios o no (p. 25).<sup>5</sup>

En este contexto teórico es preciso tener en cuenta los diversos aspectos sociales y culturales para así acoger una u otra posición.<sup>6</sup> Como bien afirma LACRUZ BERDEJO (2009: 311), los cambios en la idea de familia en los nuevos contextos sociales deben ser tenidos en cuenta a la hora de afrontar reformas en la normativa sucesoria. Hoy la familia se caracteriza generalmente porque cada uno de los cónyuges genera su propio patrimonio. Asimismo, la esperanza de vida de las personas se ha incrementado lo que, junto con esa independencia económica, conlleva cuestionar si la solidaridad entre parientes es un fundamento de la legítima. En este sentido, los descendientes reciben la herencia del causante una vez que son adultos e independientes, y no exclusivamente por motivos de

---

4 En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO (1974: 4) señala el doble alcance limitativo de las legítimas, significando que las limitaciones dispositivas *inter vivos* afectan a las disposiciones a título gratuito que resulten inoficiosas y a los actos inoficiosos o fraudulentos.

5 Al respecto, Sánchez Román (*cit. pos.* VALLET DE GOYTISOLO, 1974: 25) considera que “el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no pueden ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias”.

6 De acuerdo con VALLET DE GOYTISOLO (1966: 38), lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por ello, en el régimen de las legítimas hay que valorar el clima moral y social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el objeto o contenido mismo de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en la que se hallan ubicados.

necesidad (VAQUER ALOY, 2007: 8 y ss.; PARRA LUCÁN, 2009: 483 y ss.; SÁNCHEZ-RUBIO, 2012: 623). De igual modo, se debe valorar la función social de la propiedad privada y de la herencia, así como la necesaria protección de la familia prevista por las normas constitucionales (ZUBERO QUINTANILLA, 2017: 57).

Como se ha analizado, este derecho supone en cualquier caso una importante limitación a la libertad del *de cuius* de disponer por medio de testamento, de manera que se produce una colisión de intereses: (a) por una parte, la libertad del testador de ordenar su sucesión por medio de una disposición por causa de muerte; y (b) por otra, el eventual derecho de algunos parientes configurado por la ley. Este conflicto provoca que los argumentos utilizados a favor y en contra de las legítimas no resulten especialmente concluyentes (AZCÁRRAGA MONZÓNIS, 2007: 52). A partir de este conflicto de intereses, en el plano comparado cada legislación ha sido libre de hacer prevalecer uno u otro. En términos generales podría afirmarse que las legítimas se contemplan usualmente en los países del *civil law*, mientras que los del *common law* apuestan por la libertad de testar. De igual forma, tal confrontación ha hecho nacer un sistema mixto que combina la libertad de testar con el sistema de legítimas y que ha sido el que ha triunfado en la mayoría de los ordenamientos de corte romano-francés (PÉREZ GALLARDO, 2016: 49).

Sin embargo, aquellos modelos que no han asegurado un sistema de legítimas por ministerio de la ley —y, por lo tanto, han optado por la libertad de testar— prevén normalmente ciertos derechos a favor de algunas personas cercanas al fallecido, y lo hacen, habitualmente, por dos vías: (a) en unas ocasiones estas personas tendrán derecho a reclamar ante los tribunales una parte de la herencia a los instituidos como herederos,<sup>7</sup> y (b) en otras, se trata de asegurar la manutención de determinados parientes mediante la herencia<sup>8</sup> (AZCÁRRAGA MONZÓNIS, 2008: 181-2).

---

7 Así lo prevén legislaciones como Australia (secs. 14-7, *Family Law Reform Act* de 1995), Nueva Zelanda (*Family Protection Act* de 1955), Botswana (sec. 5, *Ley sobre sucesiones* de 1970) y Holanda.

8 El Código Civil de México refiere a los siguientes parientes: descendientes, cónyuge, ascendientes, parejas de hecho habiendo convivido los cinco años anteriores al fallecimiento, hermanos u otros colaterales incapaces o menores (art. 1368). *Cfr.* Código Civil Federal de México, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada en *DOF* el 28.01.2010, consultado en [[www.oas.org](http://www.oas.org)] el 10.11.2017.

Los sistemas de legítimas se establecen a grandes rasgos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.<sup>9</sup> Detengamos la mirada a delimitar cómo ha sido prevista por las diversas legislaciones civiles.

En el ámbito europeo, las legítimas se contemplan en los sistemas de Dinamarca, Austria, Italia, Finlandia, Francia, España, Portugal, Bélgica, Alemania,<sup>10</sup> entre otros. Las

---

**9** En tal sentido, la absoluta libertad de testar, sin más cortapisas que la propia voluntad humana, no ha sido la tendencia acogida por los códigos civiles. Amén de franquearse cierto margen de disponibilidad patrimonial, esta ha estado limitada, entre otros, por el sistema de legítimas, visto como una restricción a la facultad de disponer.

**10** Dinamarca: considera legitimarios a los descendientes y al cónyuge (sec. 25, Ley de Sucesiones de Dinamarca de 2008). Cfr. Ley de Sucesiones de Dinamarca de 2008, consultado en [[www.retsinformation.dk](http://www.retsinformation.dk)] el 08.11.2017.

Austria: reserva la legítima para el cónyuge y descendientes, y en ausencia de estos últimos, para los ascendientes (art. 762, Código Civil austríaco). Cfr. Código Civil de Austria del 01.06.1811, consultado en [[www.jusline.at](http://www.jusline.at)] el 10.11.2017.

Italia: son legitimarios el cónyuge, los hijos legítimos, hijos ilegítimos, los ascendientes legítimos (art. 536, Código Civil italiano). Cfr. *Código Civil de Italia*, aprobado por el decreto real 262 de 16.03.1942, y modificado por el decreto 291 de 07.12.2016, consultado en [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)] el 8.11.2017.

Finlandia: la reserva la legítima a los descendientes (cap. 7, sec. 1, Ley de Herencias finlandesa). Cfr. Ley de Herencias de Finlandia 40/1965, consultado en [[www.finlex.fi](http://www.finlex.fi)] el 8.11.2017.

Francia: el Código Civil francés sufrió modificaciones con la ley 728/2006 del 23.06.2006, que considera solo reservatarios o legitimarios a los descendientes y el cónyuge sobreviviente en defecto de descendencia (arts. 913 y 914). Cfr. ley 728/2006 del 23.06.2006 de Francia sobre la reforma de sucesiones y donaciones, consultada en [[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)] el 20.11.2017.

España: se consideran herederos forzosos a: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código (arts. 806-7, Código Civil español). Cfr. Código Civil de España, real decreto del 24.07.1889, consultado en [[www.boe.es](http://www.boe.es)] el 08.11.2017.

Portugal: se define a la legítima como aquella porción de bienes de la que el causante no podrá disponer por estar por ley destinada a los herederos legitimarios (art. 2156, Código Civil portugués); y a quienes tendrán la consideración de herederos legitimarios, instituyendo como tales al cónyuge, los descendientes y los ascendientes (art. 2157). Cfr. Código Civil de Portugal, aprobado por el decreto-ley 47.344 de 25.11.1966.

Bélgica: se reserva una parte de la herencia al cónyuge supérstite, a los hijos o al padre y la madre del difunto, mientras que se regulan los bienes sobre los que el testador podrá disponer con absoluta libertad, lo cual deviene en la reserva de una serie de cuotas a favor de personas determinadas (arts. 913 y ss., Código Civil belga). Cfr. Código Civil de Bélgica, de 21.03.1804, reformado por la ley de

normativas de este grupo de países comparten varias similitudes, entre las que vale destacar: (a) la legítima cuenta con un marcado contenido patrimonial; (b) los legitimarios pueden ser los descendientes, el cónyuge supérstite y los padres del causante, con especial prelación a favor de los primeros; (c) se observa un cierto abandono de la satisfacción *in natura*, es decir, del pago de bienes de la herencia (*pars bonorum*), cediendo ante la satisfacción en dinero (*pars valoris bonorum*).<sup>11</sup>

No obstante, la homogeneidad en la regulación de las legítimas en Europa no es absoluta. En tal sentido, sobresalen las siguientes diferencias: (1) respecto a la cuota legitimaria, ésta se concreta *per relationem* o sea, se fija una fracción que normalmente es la mitad de lo que el legitimario percibiría en su llamamiento como heredero *abintestato* en los países de Finlandia y Austria, mientras que en Dinamarca es de un cuarto. En el caso de España, Italia, Portugal, Francia, Bélgica y Luxemburgo, se distingue entre la cuota disponible y la cuota reservada a la legítima, por tanto ésta puede fluctuar; y (2) el plazo para ejercer este derecho no es igual: en Finlandia es de seis meses; treinta años en Bélgica, Luxemburgo, España, Francia; dos años en Portugal; tres en Alemania y Austria; cinco en Italia, por solo citar algunos ejemplos. A pesar de estas diferencias, se puede afirmar que en Europa existe un amplio consenso en reservarles derechos sucesorios a los legitimarios, a excepción del Reino Unido que aboga por la libertad absoluta de testar, constituyendo un ejemplo paradigmático en este caso.

En los países latinoamericanos también existe una fuerte tendencia en defender el sistema de las legítimas. Éstas se reconocen en Argentina, Venezuela, Perú, Ecuador, Chile, Brasil, Bolivia, Uruguay, Colombia, y Cuba.<sup>12</sup> Los menos no la regulan, tales como: Costa Rica,

---

28.03.2007, consultado en [[www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be)] el 08.11.2017.

Alemania: son legitimarios del causante los descendientes, progenitores, y cónyuge o pareja (art. 2301, Código Civil alemán). Cfr. Código Civil de Alemania, de 18.08.1896, modificado hasta la ley de 01.10.2013, consultado en [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)] el 08.11.2017.

**11** En el Código Civil español tal posibilidad se encuentra regulada en los artículos 841 y siguientes.

**12** Argentina: el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (art. 2444).

Venezuela: el Código Civil venezolano establece como legitimarios a descendientes, ascendientes y al cónyuge (art. 883). Cfr. Código Civil de Venezuela, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 2990 del 26.07.1982.

Perú: el Código Civil peruano establece que los herederos forzosos son los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge (arts. 723 y 724). Cfr. Código Civil de Perú, promulgado por decreto legislativo 295 de 24.07.1984, consultado en [[www.oas.org](http://www.oas.org)] el 10.11.2017.

Ecuador: el Código Civil ecuatoriano establece que son legitimarios los hijos y los padres (arts. 1204 y 1205). Cfr. Código Civil de Ecuador, Codificación 2005-010, de 10 de mayo de 2005, consultado en [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)] el 10.11.2017.

Chile: el Código Civil chileno considera a las legítimas como asignaciones forzosas (art. 1167.2); y establece que son legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente (art. 1181). Asimismo, establece que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal. Cfr. Código Civil de Chile, aprobado por el decreto 1937 de 29.11.1976, consultado en [[iberred.org](http://iberred.org)] el 10.11.2017.

Brasil: el artículo del 1845 del Código Civil brasileño considera legitimarios, a quienes denomina herederos necesarios, a los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Cfr. Código Civil de Brasil, aprobado por la ley 10.406 de 10.01.2002, publicado en *DOU* el 11.02.2002.

Bolivia: los artículos 1059, 1060 y 1061 del Código Civil boliviano señalan a quienes considera legitimarios, denominándolos herederos forzosos, estos son: hijos y demás descendientes, ascendientes y el cónyuge. Cfr. Código Civil de Bolivia, aprobado por el decreto ley 12.760 de 06.08.1975.

Uruguay: el artículo 870.3 del Código Civil uruguayo considera a las legítimas como asignaciones forzosas. Según su artículo 885 son legitimarios o herederos forzosos: los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales; los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural y los ascendientes legítimos. Cfr. Código Civil de Uruguay, aprobado por la ley 16.603 de 19.10.1994, consultado en [[www.impo.com.uy](http://www.impo.com.uy)] el 10.11.2017.

Colombia: el artículo 1226.3 del Código Civil colombiano, en sintonía con el Código Civil de Uruguay y el de Chile, estima que las legítimas son asignaciones forzosas. Considera legitimarios a los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes; los padres adoptantes y los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple, según establece su artículo 1240. Cfr. Código Civil de Colombia, sancionado el 26.05.1873, aprobado por la ley 57 de 1887, consultado en [[www.oas.org](http://www.oas.org)] el 10.11.2017.

Cuba: la denominación que utiliza el Código Civil cubano es la de herederos especialmente protegidos, así lo reconoce en el artículo 492. Estos son: los hijos o sus descendientes en el caso de haber premuerto aquellos, el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. Ellos tendrán esta condición siempre y cuando cumplan con dos requisitos: no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, así lo establece el artículo 493. Cfr. Código Civil de Cuba, ley 59 de 16.07.1987, anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO en el año 2011. La Habana. Ed. Ciencias Sociales.

Guatemala,<sup>13</sup> Honduras, México y Nicaragua.<sup>14</sup> Sin embargo, como bien afirma PÉREZ GALLARDO (2016: 50), en estos países no se desprotege al núcleo familiar ya que por un lado existen los alimentos obligatorios (Honduras<sup>15</sup> y México);<sup>16</sup> y, por otro, cuando el testador distribuye la totalidad de sus bienes en legados, se reserva para el declarado heredero un diez por ciento (Costa Rica).<sup>17</sup>

Los países latinoamericanos mencionados que prevén el sistema de legítimas, también presentan diferencias respecto a la cuota legitimaria. Así, en Bolivia las legítimas ascienden a cuatro quintos; Perú, Uruguay y Argentina la restringen a dos tercios; Brasil y Chile reservan la mitad de la herencia a los legitimarios. En Chile, Colombia y Ecuador se distinguen la porción conyugal, las mejoras y las legítimas.

Todo lo expuesto, conlleva a sostener que el sistema de las legítimas es una de las cuestiones más polémicas tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, al no presentar un reconocimiento extendido en todos los ordenamientos jurídicos, y no existir una plena coincidencia en su configuración donde sí es reconocida. No obstante, la autora considera que no por ello se debe entender que las legítimas son una cuestión de orden público internacional: constituyen una limitación de orden público interno en materia sucesoria en aquellos ordenamientos jurídicos que la reconocen, no pudiendo el testador disponer libremente de su patrimonio.

En tal sentido, si la sucesión se rige por el Derecho inglés, no debe existir inconveniente alguno en aplicar el principio de libertad absoluta de testar de dicho

---

13 Código Civil de Guatemala, aprobado por decreto ley 106 de 14.09.1963, consultado en [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)] el 10.11.2017.

14 Código Civil de Nicaragua, de 01.02.1904, publicado por decreto 2148, de 14.10.1903, reformado por la ley 186 de 16.11.1995.

15 Artículo 979 del Código Civil de Honduras, aprobado por decreto 76 de 08.02.1906, consultado en [[www.poderjudicial.gob.hn](http://www.poderjudicial.gob.hn)] el 10.11.2017.

16 Artículo 1368 del Código Civil mexicano.

17 Artículo 612 del Código Civil de Costa Rica, aprobado por la ley 30 de 19.04.1885, su vigencia se inició a partir de 01.01.1888, en virtud de la ley 63 del 28.09.1887, consultado en [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)] el 10.11.2017.

ordenamiento, si estamos en presencia de una sucesión internacional. Por tanto, se afirma que las legítimas son un principio de orden público interno, conformado este por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico, no derogables por la voluntad de las partes pero no de orden público internacional (FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, 2016: 167),<sup>18</sup> al ser este un concepto más restringido, que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales (o de imperatividad reforzada) que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos.

La señal de alarma del orden público internacional no debe sonar ante la presencia de un principio a salvaguardar sino ante el resultado contrario a tales principios al que conduce la aplicación del Derecho extranjero *in casu*. En pocas palabras, se trata de un correctivo circunstancial, de una barrera frente a las consecuencias de la aplicación del Derecho extranjero. Por esta razón se dice que la función del orden público es esencialmente negativa (QUIÑONES ESCÁMEZ, 2000: 59). La misión del legislador o del juez consiste en rechazar, por su decisión, los resultados incompatibles que produce el Derecho extranjero en el foro; en averiguar si, aplicando o dando efectos a la norma va a vulnerarse un principio fundamental en razón del resultado, pero en lo que no consiste la misión del juez es en juzgar o censurar al legislador extranjero o la norma extranjera *in abstracto* (AZCÁRRAGA MONZONÍS, 2008: 147).

#### IV. Consideraciones finales

Al ser esencialmente negativa la función del orden público internacional, este es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, descartándose la aplicación de la ley extranjera que es contraria a los principios fundamentales que constituyen la

---

<sup>18</sup> Así lo interpretó también la sentencia la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo español de 23.10.1992 (consultado en [supremo.vlex.es] el 14.04.2018), la cual se refiere a la sucesión de un nacional belga. Se trata de un recurso contra la decisión del Tribunal *a quo*, por haber resuelto conforme al Derecho español y no así de acuerdo con la legislación sucesoria belga. En esta sentencia el Alto Tribunal entendió que la norma aplicada por la decisión recurrida "se refiere a una institución sucesoria, como las legítimas, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho". Pero esta misma sentencia distingue entre el orden público interno y el orden público internacional, debiendo entenderse que las legítimas forman parte del primero de ellos pero no así del segundo. Como consecuencia de este razonamiento, el recurso fue finalmente desestimado.

arquitectura jurídica básica del país cuyos tribunales conocen del asunto.

En materia sucesoria es frecuente la intervención del orden público internacional, debido precisamente a la diversidad legislativa existente en cuanto a sus instituciones. En materia de legítimas, el tema se complica aún más, al no tener un reconocimiento generalizado en todos los ordenamientos jurídicos, y no existir una plena coincidencia en su contenido donde sí la reconocen. Sin embargo, esto no significa que por ello deba descartarse la aplicación de la ley extranjera, toda vez que consideramos que este mecanismo de correctivo funcional debe activarse cuando el resultado que conduce la aplicación del Derecho extranjero sea contrario a los principios fundamentales que enarbola su sistema jurídico, no ante la presencia de un principio a proteger.

Por tanto, nada obsta que se aplique el Derecho extranjero si estamos en presencia de una legislación que reconoce el sistema de legítimas o de aquella que aboga por la libertad de testar. Recordemos que la excepción de orden público internacional tiene precisamente un carácter excepcional, por tanto, su invocación no puede convertirse en una actuación generalizada.

## Referencias

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *et al.* (2016) *Legislación de Derecho Internacional Privado*. Granada, Editorial Comares.

AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C. (2007) "El tratamiento de las legítimas en el Derecho Comparado", en *Revista Jurídica Castilla-La Mancha*, número 43, pp. 49-86.

— (2008) *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2007) "Sucesión internacional y reenvío", en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, volumen 55, número 2, pp. 59-121.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008) "Orden público internacional y externalidades negativas", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, número 2065, pp. 2351-78.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2016) *Derecho Internacional Privado*. España, Civitas / Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, S.A., 9ª edición.

GOLDSCHMIDT, W. (2009) *Derecho Internacional Privado. Derecho a la Tolerancia*, actualizada por la Dra. Alicia M. PERUGINI ZANETTI. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 10ª edición.



- IUD, C. (2013) “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, número 8, pp. 437- 51.
- KALLER DE ORCHANSKY, B. (1993) *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Ed. Plus Ultra.
- LACRUZ BERDEJO, J. (2009) *Elementos de Derecho Civil*. Madrid, Dykinson.
- MCAULEY, M. (2002) “Pro Portione Legitima - A Polemic in Defence of Children as Heirs-at-law” en ATHERTON, R. (edit) *Papers of the International Academy of Estate and Trust Law - 2001*. New York, Kluwer Law International.
- PARRA LUCÁN, M. (2009) “Legítimas, Libertad de testar y Transmisión de un patrimonio”, en *Anuario de Facultade de Dereito de Universidade da Coruña (AFDUDC)*, número 13, pp. 481-554.
- PÉREZ GALLARDO, L. (2011) *Código Civil de Cuba, ley 59 de 16.07.1987, anotado y concordado*. La Habana. Ed. Ciencias Sociales.
- (2016) *Estudios sobre la Legítima Asistencial*. La Habana, Ediciones ONBC.
- PILLET, A. (1923-1924) *Traité pratique de droit international privé*, volumen II. París, Sirey.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2000) *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona, Fundación La Caixa.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2012) “La Legítima”, en DELGADO ECHEVERRÍA J. (dir.) *Manual de Derecho civil aragonés*, pp. 613-42. Aragón, El Justicia de Aragón editores.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1966) “Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 19, número 1, pp. 3-44.
- (1974) *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, volumen I. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- VAQUER ALOY, A. (2007) “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 3, pp.1-25.
- VON BAR, L. (1889) *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*. Volumen I.
- ZUBERO QUINTANILLA, S. (2017) “Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen IV, número 2 (abril-junio), pp. 55-81.