

LIBERTAD DE TESTAR Y DERECHOS DE HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO: ¿UN SISTEMA NECESITADO DE REVISIÓN EN NAVARRA?

SUMARIO

- I. LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES: ASPECTOS GENERALES**
- II. EL ALCANCE TRADICIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO**
- III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY 272 DEL FN EN LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL**
 - 1. Principio de "no discriminación" por razón de la filiación**
 - 1.1. Alcance general del principio**
 - 1.2. El principio de igualdad en la ley 272 de Fuero Nuevo**
 - 2. Derechos del cónyuge superviviente e igualdad con los hijos de anterior matrimonio**
- IV. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS DESCENDIENTES DISCAPACITADOS EN NAVARRA**
 - 1. Aspectos generales de la cuestión**
 - 2. La protección del discapacitado en la sucesión "mortis causa"**
- V. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS HIJOS DE ANTERIORES NUPCIAS: PRESUPUESTOS PARA SU REVISIÓN EN EL RÉGIMEN NAVARRO**

I. LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES: ASPECTOS GENERALES

Es una afirmación común que el principio de libertad dispositiva "mortis causa" constituye el pilar básico del Derecho sucesorio navarro. Este principio identificaría al sistema foral y alejaría al régimen de Navarra del cauteloso sistema de legítimas del Código civil, permitiendo que el causante ordenase a su criterio y sin cortapisa la transmisión "mortis causa" de su patrimonio entre hijos, parientes, amigos o extraños.

El enunciado genérico, con el que se presenta la disciplina sucesoria del Fuero Nuevo, no deja de ser incorrecto por impreciso. El causante navarro también se encuentra sujeto a férreas restricciones en su libertad dispositiva "mortis causa", aunque las mismas no alcancen las dimensiones previstas en el Código civil. Dichas limitaciones se hallan ligadas al hecho de haber contraído nupcias sucesivas, dejando hijos de anterior matrimonio, o bien mantener un vínculo matrimonial o de pareja estable.

Más allá de lo querido por el disponente, en Navarra el cónyuge o conviviente goza "por ley" del usufructo sobre todo el patrimonio del difunto mientras no renuncie

al mismo o celebre nuevo matrimonio (ley 261 FN)¹. No se puede privar al supérstite de este derecho indisponible, ni por testamento, ni por contrato sucesorio, salvo que éste incurra "en causa de separación por abandono del hogar familiar, infidelidad conyugal, incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares o por haber atentado contra la vida del otro" (ley 254 in fine); cuestiones siempre de difícil acreditación por el momento en que despliega eficacia la previsión del disponente.

La reiteración de nupcias, dejando hijos de primer matrimonio, depara al causante la merma de su capacidad dispositiva en aras de una protección que le impone el propio ordenamiento. Si decide favorecer al cónyuge o hijos del segundo matrimonio, tendrá que igualar económicamente a su prole de las primeras nupcias con el más favorecido de las segundas (ley 272 FN). El disponente está también obligado a reservar a esa descendencia la propiedad de todos los bienes que, salvo las arras, recibiera por cualquier título lucrativo "de su anterior cónyuge, hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos" (ley 274 FN).

Estas exigencias se contemplan en un sistema en el que los hijos y descendientes, únicos herederos forzosos, no tienen más prerrogativas económicas en la herencia de sus padres que las que éstos quieran otorgarles (ley 267 FN). Su legítima carece de contenido material y sólo obliga a que se utilice la fórmula rituarial de la institución en "*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles*"; el instituido no posee la cualidad de heredero.

En el contexto social en el que vio la luz el Fuero Nuevo el régimen descrito no sólo ofrecía sentido, pues trataba de proteger los intereses de la familia extensa y tradicional, sino que era acorde con el régimen de familia legítima y matrimonio indisoluble que imperaba en España.

El progreso social y económico que ha experimentado nuestro país, al que no ha sido ajeno el influjo de la Constitución Española de 1978, han transformado profundamente las bases en las que se asentaba el régimen de limitaciones a la libertad de testar en Navarra.

La posibilidad de romper en vida la relación matrimonial, a través de la separación y el divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio), y la equiparación de los hijos ante la ley (Ley 11/1981, de 13 de mayo), fueron hitos significativos que satisficieron los principios constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, transformando profundamente la concepción de la familia, las relaciones entre parientes y la consideración de los núcleos familiares cualquiera que fuera su origen. El desarrollo legislativo posterior ha ampliado la libertad concedida al individuo, así como el sentido que deba ofrecerse del concepto de libre desarrollo de la personalidad, hasta facilitar la ruptura del matrimonio por la mera voluntad de "no querer seguir casado" (Ley 15/2005, de 8 de julio), o permitir el matrimonio de personas del mismo sexo (Ley 15/2005, de 1 de julio).

En nuestra sociedad la sucesión de matrimonios se ha hecho presente de manera exponencial, no tanto por la muerte de los cónyuges, sino por la esperanza de la segunda oportunidad que puede acompañar a la extinción del matrimonio por el divorcio. En este proceso la concurrencia de hijos de distintas relaciones constituye una realidad cotidiana y creciente, que enfrenta a los viejos principios forales con un panorama social y familiar impensado desde la tradición.

Tampoco se puede desconocer el auge del igualitarismo, que ha replanteado dialécticamente la legitimidad de unos derechos sucesorios que sólo se reconocen a los hijos de anterior matrimonio, por la posible vulneración de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (arts. 14 y 39 CE).

1. Torres Lana, J.A., "El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa", *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2004, nº 37, pp. 11 y ss.

Todo ello obliga a repensar el régimen de limitaciones sucesorias que rige en Navarra, basado en la familia tradicional y matrimonio indisoluble, cuyo encaje con el actual contexto social plantea dudas y controversias.

II. EL ALCANCE TRADICIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO

Para comprender en toda su dimensión los retos a los que han de hacer frente las vigentes leyes 272 y 274 del Fuero Nuevo conviene ahondar en el sentido tradicional que se ha venido ofreciendo de estas normas.

El punto de arranque para su intelección es la directa vinculación de esos preceptos al principio de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio. Este principio es uno de los pilares básicos del régimen sucesorio foral que informa el régimen de bienes en la familia -ley 77 FN²-, las disposiciones efectuadas a título lucrativo por los cónyuges de segunda o ulteriores nupcias -ley 157 FN³-, y las limitaciones impuestas a la libertad de testar -leyes 272 y 274 FN-.

La ley 272 del Fuero Nuevo recoge uno de sus mecanismos de tutela, el derecho de igualación, que materialmente opera mediante la restricción de la libertad dispositiva del causante, obligando a corregir las liberalidades que no se ajusten a los dictados legales.

La exigencia de la ley 272 del FN que los "*hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio*" y, en caso de recibir menos, "*el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiarios, sin alterar las participaciones de los demás*", se acompaña de otras previsiones con las que se quiere conjurar el posible fraude. Obedecen a esa filosofía la ineficacia de las sustituciones hereditarias que atentan contra ese derecho (ley 222 FN), o la inoperatividad de la partición hereditaria que hubiera realizado el propio causante en perjuicio del mismo (ley 339 FN).

El otro gran instrumento, que permite hacer efectiva la protección económica de los hijos de anterior matrimonio, es la reserva vidual (ley 274 FN). Su mecánica responde también a esa estructura de la ley 272 del FN y, en su virtud, el padre o madre bínubo queda obligado a reservar y dejar a su primera prole "*la propiedad de todos los bienes que por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su anterior cónyuge, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos*". De esta forma, se conmina a no distraer los bienes que se recibió de una familia anterior para favorecer a la nueva, aunque se pueda repartir como se quiera entre la primera descendencia.

El derecho de reserva entraña, igualmente, otras consecuencias. Los bienes afectos se excluirán del usufructo de fidelidad que corresponda al viudo del causante bínubo (ley 256-1 FN). Y la primera prole podrá velar por sus intereses, participando y exigiendo la liquidación de la comunidad conyugal de las primeras nupcias ya disueltas (leyes 105-111 FN)⁴.

2. Derechos de los hijos de anterior matrimonio.

Los derechos que esta Compilación reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros.

3. Derechos de los hijos de anterior matrimonio.

Los derechos de los hijos y descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda disposición a título lucrativo hecha por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros.

El disponente podrá establecer que los derechos de los hijos y descendientes de anterior matrimonio sean satisfechos con dinero, aun cuando no lo hubiere en la herencia.

4. Cf. Rentaría Arocena, A., "Derecho Civil de Navarra: capacidad de los cónyuges, sociedad conyugal de conquistas y derechos de los hijos de anteriores matrimonios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, 2004, nº 685, pp. 2279 y ss.

Ambos derechos tienen un origen común, que la tradición jurídica sitúa en la Ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766⁵. Esta ley se dictó en aras de resolver y aclarar las dudas interpretativas que había generado en la práctica la Ley XVI, Tit. XII, Lib. III, de la Novissima Recopilación⁶, norma que reconocía a los padres legítimos y naturales la facultad de disponer libremente de sus bienes, salvo que reiterasen segundas, terceras o más nupcias por la observancia del "estilo y costumbre" de las leyes *Lex foeminae*, (C. 5,9,3) y *Hac Edictali* (C. 5,9,6), *Codice de secundis nuptiis*.

Como se recordará, la *Lex foeminae* ordenaba a las viudas que tenían hijos del primer matrimonio, y contraían nupcias por segunda vez, "que transmitieran íntegro" a aquellos cuanto habían recibido por liberalidad del cónyuge premuerto, aunque podían distribuirlo entre ellos según su arbitrio. Igual criterio se observó respecto a los bienes heredados por la viuda bínuba de algún hijo del primer matrimonio. Sobre tales bienes ella ostentaba "solamente la facultad de poseerlos y disfrutarlos hasta el término de su vida; no así la de enajenarlos".

En el año 439 la regulación reseñada se extendió al viudo, completándose y aclarándose por la ley *Hac edictali*. Esta última dispondrá que el padre o madre que reitera nupcias con hijos de primer matrimonio no pueda "dejar a la madrastra o padrastro por testamento, o sin él, o con codicilo a título de herencia, legado o fideicomiso ni hacer pasar a título de dote, de donación antenupcial, o donación por causa de muerte o entre vivos más de lo que corresponda al hijo o hija, si fuere uno solo". En caso de que hubiese varios hijos, la limitación se concretaba "a lo que corresponda a cada uno dividiéndose los bienes en partes iguales"; y si las porciones que les correspondían eran desiguales "más que una parte igual a la del hijo que la tuviese menor por última voluntad o donación, guardando siempre salva la cuarta legítima".

La ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766 fijará las consecuencias que esas costumbres debieran tener en Navarra, delimitando el margen de libertad dispositiva reconocido al "de cuius" que reiteraba nupcias.

En sus primeros capítulos (1 a 6) impuso la obligación de reservar, en favor de los hijos de anterior matrimonio, los bienes recibidos a título lucrativo del cónyuge o hijos de esa familia, permitiendo que el padre o la madre bínubo decidieran a su arbitrio su reparto entre ellos. La reserva se prescribió tanto para la viuda como para el viudo, de forma indisponible y sin posibilidad de relevación por voluntad del causante.

En los capítulos 7 a 11 se reguló el derecho de igualación⁷, restringiendo la atribución al cónyuge o hijos de segundas o ulteriores nupcias de más bienes que los dispuestos para los hijos de primer matrimonio; así podía beneficiarse a esta prole, pero no a aquella. El exceso asignado a los miembros de la segunda familia entrafaba el reparto y la igualación entre todos. Este derecho nacía por "*el hecho de haver transitado á segundo Matrimonio hombre, ó muger sobreviviente á su predifunto conyuge teniendo hijos de primeras nupcias (...) sin que se pueda questionar, si ha cessado, ó no la causa de la inducción, sugestion, violencia, ni otras*" (capítulo 10). Y para evitar su frustración, al padre o madre bínubo se le obligaba a no "*renunciar á favor de su consorte las*

5. LACARRA MENDILUCE, V., *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1965, pp. 365 y ss.

6. Resultan significativas las explicaciones que se ofrecen para justificar la citada Ley 48 (Cortes de 1765-1766), de las que se puede deducir que éste era un tema de gran litigiosidad ante los Tribunales: "La generalidad de esa Ley á casos indefinidos, sin expresar alguno de los que tenía introducido el estilo, y costumbre, relativo á disposiciones de segundas, terceras, ó mas nupcias, ha sido causa de muchos pleytos que han fatigado la atención de los Tribunales, con indecible dispendio de nuestros Naturales por las graves dudas que excita la ingeniosidad, y no pocas veces la sutileza de los Abogados por la variedad de exemplares, y opiniones que hallan para aconsejar, y defender los casos que se les propone; y deseando nuestro zelo ocurrir en lo possible á que la causa comun, y publica, de todo el Reyno quede preservada de tan perjudiciales consecuencias que originan esos pleytos, por su naturaleza, hemos dedicado nuestra atencion entre otras cosas á discurrir los medios convenientes, y reconocemos lo será eficaz el que se establezca por explicación de dicha costumbre y aditamento de la citada Ley 16"

conquistas que se puedan hacer, y adquirir, y que este último item se entienda sin perjuicio de cualesquiera litispendencia que sobre este asunto hubiere" (capítulo 11).

La protección tradicional a la prole de primeras nupcias no acababa ahí. El padre o madre que contraía nuevo matrimonio quedaba excluido del cargo de tutor o curador (ley 5ª, Tudela año 1558 -ley 1, tit. 10, lib. 3, Novísima Recopilación-), con privación de la administración y usufructo de los bienes que correspondían a su primera descendencia. El bínubo se encontraba conminado a liquidar y partir tales bienes, así como a entregarlos al nuevo tutor o curador, evitando que sus frutos incrementaran las ganancias o conquistas del segundo o ulterior matrimonio. La inacción del padre bínubo se sancionaba con la participación de los hijos de primeras nupcias en un tercio del patrimonio conquistado por el nuevo matrimonio (ley 6ª- Tudela 1558- Ley 2, tit. 10, lib. 3 Novísima Recopilación)⁸.

Estas previsiones traslucen el gran recelo que merecían las liberalidades otorgadas por los padres que casaban de nuevo. Y aunque se negó que las citadas reglas se adoptaran con ánimo de castigar a quienes volvían a rehacer sus vidas tras la muerte de su cónyuge, no se puede desconocer el rechazo de algunos teólogos y moralistas a la reiteración de nupcias, que obligó a la Iglesia Católica a tachar de errónea la doctrina que negaba la posibilidad de contraer segundo matrimonio.

En nuestra tradición, Alonso entenderá que las citadas leyes de Cortes se justificaban no en el "*odio de repetición de las bodas*", sino en las "*justas precauciones, para que estas no perjudiquen á los derechos de los hijos de las primera, à impulso del cariño reciproco de los nuevos cónyuges y el consiguiente de sus hijos*"⁹. La razón de tales previsiones será la natural cautela ante una eventual captación de voluntad del causante, por nuevos afectos familiares, y la preservación de unas normales expectativas hereditarias para los hijos de primeras nupcias.

En la tipificación histórica se da por sentado que el disponente que favorece a la nueva familia tiene su mente nublada y siempre subyugada por las presiones afectivas. Por ello, esa hipotética captación de voluntad se configuró como una auténtica realidad jurídica, que no admitía prueba en contrario.

Esa presunción "*iuris et de iure*" nunca afectó a otros sujetos que no fueran el cónyuge y los hijos "matrimoniales" de la segunda familia. El causante siempre ha gozado de plena libertad dispositiva y su comportamiento no se ha constreñido, a pesar de que pudiera quedar inermemente ante las maquinaciones e influencia de otras personas que convivieran con él.

7. Cortes de Pamplona de 1765-1766, Ley 48, Capítulo 7: "Que el hombre, ó muger que quedando viudo, ó viuda una, dos, tres, y mas veces, pasasen á segundas, terceras, ó mas nupcias, no puedan dexar con título alguno mas bienes, derechos ni otras cosa al segundo conyuge que lo menos que se dexare á qualquiera de los hijos de primero matrimonio, segundo, tercero ó mas respectivamente"

Capítulo 8: Que la misma prohibición que contiene el capitulo antecedente en respecto al conyuge del hombre, ó muger que casó dos, ó mas veces, sea, y se entienda en cuanto al hijo, ó hijos del segundo, tercero, ó mas Matrimonios, porque no se ha de poder dexar mas bienes, derechos, acciones, ni otra cosa á los hijos de segundas, terceras, ó mas nupcias, que lo menos que se dexare á qualquiera de los hijos del primero, ó otros matrimonio anteriores, de suerte, que lo sumo á que se puede extender su facultad es á dexar igual cota del bienes, y derechos á unos, y otros; pero que si quisieren, pueden dar, y dexar todo á los hijos de las primeras nupcias, y aunque sea á uno solo de los de éstas.

Capítulo 9, "Que en caso de que el conyuge se hombre, ó muger segunda vez casado, dexare al sobreviviente, é hijos, ó hijos del Matrimonio de ambos, mas bienes, derechos, acciones, ó otra cosa, que al hijo, ó hijos de las primeras nupcias deberá repartirse el exceso, ó lo mas que se dexare, y diere entre el tal conyuge sobreviviente, é hijos del primero, y segundo matrimonio, de forma, que vengan á quedar todos igualados".

8. Cf. Alonso, J., *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*, Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1964, pp. 133 y ss.

9. Alonso, J., *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*", Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1964, pp. 132 y ss.

El testador navarro ha tenido, tradicionalmente, la oportunidad de favorecer "mortis causa" a sus familiares, al conviviente "more uxorio" o a sus hijos extramatrimoniales, aunque contara con hijos matrimoniales. También ha podido instituir en la legítima foral a todos sus herederos forzosos (hijos legítimos o matrimoniales, e hijos naturales), así como atribuir de manera desigual su patrimonio hereditario entre su primera prole¹⁰ a pesar de reiterar nupcias. Sólo el oprobio por las conductas más extravagantes, que difícilmente superarían el reproche social, ha restringido el ejercicio de una libertad testatoria que se configuró amplia y confiada al buen juicio del que la ejercía.

La tipificación tradicional descrita de los derechos de hijos de anterior matrimonio se trasvasó al Fuero Nuevo y ha permanecido inalterada sustancialmente hasta el momento actual.

La Ley Foral de 1 de abril de 1987, dictada para adecuar el Fuero Nuevo a las exigencias constitucionales, apenas abundó sobre la cuestión de los derechos sucesorios de los hijos de primeras nupcias, salvo pequeños aspectos de estilo y ajuste formal. Ésta fue una solución pensada y consciente, como acredita que se equipararan la posición de los descendientes matrimoniales y no matrimoniales en cuanto al llamamiento intestado en los bienes troncales y no troncales (leyes 304 y 305 FN), la legítima foral (ley 268 FN), o el derecho de representación (leyes 308 y ss). En tal decisión, quizá, pesó que el derecho de igualación, ley 272 FN, o la reserva viudal, ley 274 del FN, se fundamentan no en el hecho del tipo de filiación, sino en la pertenencia a un grupo familiar concreto, el del primer matrimonio. La filiación en sí, según corroboran los antecedentes históricos, nunca ha constituido el elemento referencial para atribuir esos derechos y, por ello, siempre se ha podido disponer "mortis causa" sin restricciones en favor de los hijos "no matrimoniales".

A esta situación se ha superpuesto una nueva realidad jurídica que parece modificar la visión de esas leyes 272 y 274 FN. Ésta es la ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, con la que se pretende, según se dice en su exposición de motivos, "eliminar las discriminaciones por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia".

Dicha ley proclama, como principio general en su artículo 1, que "en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte". Y sobre él se ha replanteado el sentido de esas leyes, cuestionando si ese principio de "no discriminación" no debe desplazar al de protección de los derechos de los hijos de anterior matrimonio; o bien, si el régimen de éstos no contravienen las exigencias constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de la filiación; o, incluso, el sentido de un sistema de restricciones a la libertad de testar que protege a un grupo familiar concreto con exclusión de otros.

Estas dudas se intentarán despejar a lo largo del trabajo, permitiéndonos reflexionar sobre el alcance y significado que deban tener los derechos sucesorios de los hijos de anterior matrimonio, de presente y de futuro, en el Derecho civil de Navarra.

10. Cortes de Pamplona de 1765-1766, Ley 48: "Que por la Ley 16. Lib. 3.Tit.13. de la Novissima Recopilacion, está dispuesto se observe, y guarde la inmemorial costumbre de que los Padres legítimos, y naturales puedan disponer de cualesquiera bienes, que no sean de condicion de Labradores, dexando á cada uno de sus hijos la legítima de cinco sueldos, y una robada de tierra en los montes comunes, y que esto hay de tener efecto, no solo quando es instituido un hijo dexando tan solamente á los demás la referida legítima, sino tambien si lo fuere qualquiera estraño".

III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY 272 DEL FN EN LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL

1. Principio de "no discriminación" por razón de la filiación

1.1. Alcance general del principio

La consagración en la Constitución Española del principio de "no discriminación" por razón de nacimiento (art. 14), y su concreta aplicación al ámbito de la filiación (art. 39-2), supuso la ruptura con un modelo de tutela dispuesto para amparar a la familia legítima y a la filiación matrimonial.

Los compromisos asumidos por los poderes públicos, en el art. 39-2 de la Constitución, de proteger "integralmente a todo hijo" y asegurar "su igualdad ante la ley con independencia de su filiación", se resolvieron en el Código civil extendiendo a todo tipo de filiación el régimen sucesorio ya establecido.

La ley de 13 de mayo de 1981 igualó en derechos y obligaciones a la relación paterno-filial matrimonial, no matrimonial o adoptiva plena, obviando el vínculo afectivo-familiar que pudiera existir. Su única matización fue el beneficio concedido al cónyuge superviviente que concurría con hijos sólo de su consorte, concebidos constante matrimonio. En tal caso, su usufructo viudal sobre el tercio de mejora, art. 834 del Código civil, alcanzaba los dos tercios del patrimonio hereditario, según lo establecido por el art. 837 del Código civil. La polémica excepción, vigente hasta fechas recientes¹¹ y reputada discriminatoria para esos hijos extramatrimoniales, constituyó el único relieve a un régimen que no se pensó más allá del plano lineal del tratamiento igualitario de la descendencia.

La solución por la que apostó el legislador del 81 era una de las posibles, aunque no la única. El Prof. LACRUZ criticó su simplismo¹² por desconocer el papel de los derechos sucesorios; la diversa funcionalidad de éstos respecto a la prestación de alimentos, de carácter siempre necesario; así como la realidad social imperante, que ya entonces demandaba una profunda revisión del régimen sucesorio y sistema de legítimas¹³.

El ajuste a los dictados constitucionales del régimen de la sucesión "mortis causa" dispuesto en el Código civil no exigía, necesariamente, extender el sistema de legítimas a todo hijo matrimonial, no matrimonial o adoptivo; pero así se hizo. Tampoco conminaba a reconocer a cualquier descendiente, sin excepción, iguales derechos sobre el patrimonio hereditario de los ascendientes.

11. Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del régimen de la separación y divorcio, ha hecho desaparecer esta diferencia de trato con la supresión del párrafo segundo del art. 837 del Cc.

12. *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, 1981, p. 442, señalaba el insigne profesor que, en el ajuste a la Constitución Española, podía haberse ensayado una solución novedosa, "que tuviera en cuenta lo que tenía de familiar, matrimonial, el régimen de la legítima de los hijos legítimos en el Código civil de 1889, especialmente en cuanto a al institución de la mejora; y estableciendo por tanto una regulación nueva que igualase a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (sin prestarse a un posible desequilibrio a favor de éstos y en daño de la familia) a través de institutos pensados exclusivamente para la nueva situación". Aunque no se comparta el punto de vista inicial, el planteamiento resulta sugerente por cuanto propone una de las vías hacia la que caminamos, que el causante decida el destino de sus bienes y favorezca a los hijos que estime dignos o necesitados, toda vez que el progenitor habrá procurado a través de los alimentos, entre los que se comprenden su educación e instrucción, los recursos necesarios para que todo hijo goce de igualdad de oportunidades y pueda ganarse la vida.

13. Valladares Rascón, E., "Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil", *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4893 y ss.

La actual regulación de las legítimas lo advera¹⁴, cuando permite que los descendientes judicialmente incapacitados o discapacitados gocen de un trato de favor en la "sucesión mortis causa" del que carece el resto.

Los incapacitados pueden recibir todo, o la mayor parte del patrimonio hereditario, con gravamen de la legítima estricta de sus hermanos de vínculo doble o sencillo (hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos), mediante su institución como herederos fiduciarios (art. 808, párr. 3º Cc). A los discapacitados se les libera de la obligación de colacionar el legado de habitación que en su favor se disponga; y se les atribuye tal derecho "por ministerio de la ley", si lo precisan y nada hubiera dispuesto el causante (art. 822 Cc).

Todo ello desiguala a los hijos en la asignación de derechos sucesorios, en un régimen igualitarista como el del Código civil. No todos gozan de mismo "status" y, sin embargo, nadie discute el ajuste de esta normativa a los parámetros constitucionales.

Las apreciaciones referidas pueden servir de referente para comprender el sentido en el que deba orientarse el principio constitucional de "no discriminación" por razón de la filiación, cuando se proyecta al régimen tradicional de los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio que rige en Navarra.

Aspecto básico, en estas consideraciones, es la afirmación de las competencias que ostenta la Comunidad Foral para legislar en materia civil y disponer un régimen propio sobre sucesiones y filiación, disímil al previsto en el Código civil y, sin embargo, coherente con los principios constitucionales. Realidad que el Tribunal Constitucional reconoce en su sentencia 236/2000 de 16 octubre¹⁵, aceptando para Navarra "*la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea... más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo*", y admitiendo la capacidad del legislador foral para ejercer "*su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida..., en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra*". Con estas declaraciones se acoge, por el máximo intérprete de la Constitución, la incuestionable viabilidad constitucional de una diversidad de soluciones normativas que, aun cuando sean más limitativas que las imperantes en el régimen general, se estiman acordes al principio de igualdad.

No sabemos si los nuevos vientos que soplan en ese Alto Tribunal, dada la última intelección ofrecida sobre el principio de "investigación de la paternidad"¹⁶, llevarían hoy a un pronunciamiento diverso a aquél, que no tachó de inconstitucional la ley 71 del Fuero Nuevo¹⁷. En cualquier caso, parece inconcuso que nuestra Carta Magna no exige que el ordenamiento civil navarro tenga que mimetizar los criterios legislativos adoptados en el régimen común sobre sucesión "mortis causa" y filiación, pues ello supondría negar competencias que ampara el propio orden fijado por nuestra norma suprema.

14. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

15. Con ella se resolvió el recurso de amparo instado contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sentencia de 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9781), que negaba al progenitor biológico legitimación activa para reclamar la declaración de la paternidad no matrimonial, en virtud de lo dispuesto en la ley 71 del Fuero Nuevo.

16. El Tribunal Constitucional entendió, en su Sentencia 273/2005, de 27 octubre, que "aunque no pueda hablarse de la existencia de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art. 39.3 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica (y)... la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

17. Esta ley limita la legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial a los hijos y sus descendientes.

Hay que tener en cuenta que el principio de igualdad, según advierte el Tribunal Constitucional desde su sentencia 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22), no implica un igual tratamiento legal en todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. No toda desigualdad de trato normativo, respecto a la regulación de una determinada materia, supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Diferencia de trato que requerirá, para que sea constitucionalmente lícita, proporcionalidad de las consecuencias jurídicas, que se deriven de tal distinción, con la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [SSTC 152/2003, de 17 de julio (RTC 2003, 152), F. 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 255) , F. 4; y 10/2005, de 20 de enero (RTC 2005, 10) , F. 5].

Tampoco se puede olvidar la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado de los principios de "protección de la vida privada y familiar" y "no discriminación", consagrados en los artículos 8 y 14 del Convenio, en relación con los derechos hereditarios que puedan corresponder a los hijos.

Según se deduce de sus resoluciones, la defensa de la familia legítima y la protección de la vida familiar no justifican un trato normativo restrictivo de los "derechos sucesorios legales" que correspondan a los descendientes, fundado en el distinto tipo de filiación.

La idea se apuntó en la sentencia de 1 de febrero de 2000 TEDH, asunto Mazurek contra Francia, al considerar contrario a los principios del Convenio el artículo 760 del Código civil francés¹⁸. El precepto sancionaba en la sucesión "mortis causa" a los hijos adulterinos, reduciéndoles a la mitad su parte hereditaria en beneficio de la descendencia legítima y natural¹⁹. El Tribunal señala que la protección de la familia es un fin lícito, pero niega que exista una proporcionalidad entre los medios empleados y el fin deseado²⁰, cuando conduce al resultado que denuncia el recurrente. Resulta especialmente interesante la opinión parcialmente disidente de los jueces I. Loucaides y F. Tulkens, que apuntan un aspecto importante de la cuestión que esconde este tema: "lo que se discute no es solamente la igualdad concreta entre hijos nacidos de parejas diferentes en el reparto de la herencia de su progenitor común, sino de manera a la vez más abstracta y más fuerte, la identidad de los derechos vinculados a la filiación".

El criterio marcado por esta resolución se ha ratificado en la STEDH de 22 de diciembre de 2005, asunto Merger y Cros contra Francia, tachando de discriminatoria la normativa sucesoria francesa que impedía que los hijos adulterinos pudieran heredar de los padres en igual condición que el resto de los hijos²¹, aunque los progenitores

18. "Los hijos naturales cuyo padre o madre estaba, en el momento de su concepción, comprometido por los vínculos de un matrimonio del que había hijos legítimos, heredarán de su autor en concurrencia con esos hijos; pero cada uno de ellos recibirá únicamente la mitad de la parte a la que hubiera tenido derecho si todos los hijos del difunto, incluido él mismo, hubieran sido legítimos.

La fracción que se disminuya de su parte de herencia, aumentará solamente a la de los hijos nacidos del matrimonio contra el que el adulterio hubiere atentado; se dividirá entre ellos en proporción a sus partes en la herencia".

19. Este régimen fue reformado por la Ley nº 2001-1135, de 3 de diciembre de 2001 "relativa a los derechos del cónyuge sobreviviente y de los hijos adulterinos que moderniza las diversas disposiciones del derecho de sucesión", y suprimió las diferencias de trato existentes en el marco sucesorio entre hijos legítimos y adulterinos.

20. Resulta revelador el supuesto fáctico al que dio lugar la aplicación de la norma que se entiende discriminatoria. El "hijo adulterino" había nacido en 1942 cuando la madre se encontraba separada de hecho, produciéndose la ruptura total del matrimonio dos años después. Según se deduce de la sentencia, ambos hijos mantenían con su difunta madre las relaciones familiares propias.

21. El caso resuelto es singularmente interesante. El causante había dispuesto un reparto de su herencia por igual entre todos sus hijos, impugnado los legítimos esta disposición a favor de la hija extramatrimonial. El Tribunal aceptará que la normativa francesa imponía un trato discriminatorio que penalizaba a la recurrente y que impedía el cumplimiento de la última voluntad del disponente.

quisieran otra cosa (artículos 759²², 760, 908²³, 911²⁴, 913²⁵, 915-2²⁶ Code civil francés)²⁷.

También se ha dejado claro que la atribución a los descendientes de derechos sucesorios precisa de una previa determinación de la filiación. La protección de "la vida familiar", reconocida en el art. 8 del Convenio, no genera por sí un derecho a ser reconocido heredero a efectos de herencia (STEDH de 13 de enero de 2004, asunto Haas contra Holanda), aspecto importante en los nuevos tiempos que corren.

La tutela del principio de igualdad ante la ley y su traslación al régimen sucesorio "mortis causa" deben tener presente otros aspectos de la realidad a la que aboca el desarrollo técnico de nuestra sociedad.

Nadie niega que uno de los grandes logros del moderno Derecho de familia ha sido el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad, camino que ha permitido que la igualdad de los hijos ante la ley no sea una entelequia, así como superar el control que siempre han tenido los progenitores sobre este tema. Cumplir frente a todo hijo con los deberes inherentes a la filiación constituye una exigencia básica de justicia, que se funda en el principio de la responsabilidad por los propios actos.

Siendo ello así, y sin negar la protección que merece la descendencia con independencia de su origen, no se pueden desconocer las variables que introduce la utilización de técnicas de reproducción asistida en el sistema, cuestionando que la transmisión del material genésico deba anudar obligaciones y responsabilidades paternas, si la generación se ha producido sin su intervención o consentimiento.

El derecho de la personalidad a conocer los propios orígenes no tiene en nuestro ordenamiento jurídico un cauce propio, que lo desligue del principio de libre "investigación de la paternidad" (art. 39-2 CE), y lo limite a satisfacer la natural aspiración humana de saber quién aportó la semilla biológica de la que se procede.

22. "Los hijos naturales cuyo padre y madre se encuentre, en el momento de su concepción, comprometido por los vínculos de un matrimonio con otra persona, no excluyen a ésta de la herencia de su autor, cuando, en su defecto, hubiese sido llamada a la sucesión en aplicación de los artículos 765 y 766 siguientes.

En tal caso, no recibirán, cualquiera que sea su número, sino la mitad de lo que, en su ausencia, se hubiese atribuido al cónyuge según los artículos anteriormente citados, siendo el cálculo línea a línea (...).

23. "Los hijos naturales no pueden recibir nada a través de donaciones entre vivos o por testamento de su padre o de su madre más allá de lo concedido por los artículos 759 y 760 anteriormente citados cuando el testador estuviese, en el momento de su concepción, comprometido por los vínculos de un matrimonio con otra persona.

La acción de reducción no podrá ejercerse, sin embargo, sino por el cónyuge o por los hijos fruto de dicho matrimonio, según los casos, y solamente tras la apertura de la sucesión".

24. "Toda disposición en beneficio de un incapaz será nula, tanto si se disfraza bajo la forma de un contrato oneroso, como si se hace en nombre de personas interpuestas.

Se considerarán personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes, y el esposo de la persona incapaz".

(...) Las liberalidades, o bien a través de actos entre vivos, o por testamento, no podrán exceder la mitad de los bienes del disponente, si no deja al morir sino un hijo; la tercera parte, si deja dos hijos; la cuarta si deja tres o más; sin que proceda distinguir entre los hijos legítimos y los hijos naturales, excepto el caso del artículo 915".

25. "Las liberalidades, o bien a través de actos entre vivos, o por testamento, no podrán exceder la mitad de los bienes del disponente, si no deja al morir sino un hijo; la tercera parte, si deja dos hijos; la cuarta si deja tres o más; sin que proceda distinguir entre los hijos legítimos y los hijos naturales, excepto el caso del artículo 915".

26. "En caso de necesidad, el hijo natural cuya capacidad para heredar se encuentre reducida por la aplicación de los artículos 759 y 760 puede reclamar de la herencia, contra la renuncia de sus derechos a los herederos, una pensión alimenticia.

Esta pensión obedece a las normas del artículo 207-1 del presente Código.

Los herederos pueden, sin embargo, rechazar esta reclamación concediendo al solicitante una parte igual a la que habría obtenido sin la aplicación de los artículos 759 y 760".

27. En este mismo sentido de trato legislativo discriminatorio, por razón de la filiación matrimonial y extramatrimoniales en los derechos sucesorios legales, se pronuncian STEDH 1987\28, de 28 octubre 1987 (asunto Inze), STEDH 1979\2 de 13 junio 1979 (asunto Marckx).

Hoy por hoy, si se logra la información precisa que pruebe la existencia de esos lazos de sangre, resultará complicado impedir el recurso a la jurisdicción y la consecuente determinación de la filiación, salvo que exista un vínculo de filiación adoptivo o la procreación tenga origen en técnicas de reproducción asistida con esperma de donante anónimo (art. 5-5 de la Ley de 22 de noviembre de 1988, sobre técnicas de reproducción). La ley sobre técnicas de reproducción asistida, de 22 de noviembre de 1988, intentó evitar este efecto estableciendo que "*la revelación de tal identidad no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*", pero esta norma podría tener sus días contados si el Tribunal Constitucional revisa sus criterios anteriores y decide ahondar en el camino que ha abierto hacia el pleno reconocimiento de la verdad biológica²⁸. Este giro del sistema no sería nada extraño, teniendo en cuenta que en nuestro entorno ya se han dado pasos que permiten investigar los orígenes a los nacidos por esas técnicas, como ha acaecido en el Reino Unido en las últimas reformas sobre la materia²⁹. Será temporal la tranquilidad que ofrece la decisión de la Comisión sobre las consecuencias que conllevan para un hombre donar su esperma, a fin de que una mujer pueda concebir por medio de la inseminación artificial. Pues, aunque la aportación del material genésico, "no entraña para el donante el derecho al respeto de su vida familiar con el hijo nacido de dicha inseminación" (núm. 16944/1990, Decisión de 8-2-1993, DR 74, p. 121), el factor humano y el sentir social puede llevarnos a transitar por otros caminos.

Las reflexiones expuestas no son un mero ejercicio retórico. Así lo acredita el conocido asunto Odièvre contra Francia³⁰, resuelto por la STDHE de 13 de febrero de 2003. No tranquiliza la decisión del Tribunal que estimó que no mediaba discriminación por razón de la filiación ante el criterio del Gobierno francés de no revelar la identidad de la madre de la recurrente. Pues la razón principal del fallo fue que ésta mantenía un vínculo de filiación con sus padres adoptivos con un objetivo patrimonial y hereditario, y "no podía aspirar, con respecto a su madre biológica, a encontrarse en una situación comparable a la de los niños con una filiación establecida respecto a ésta". Queda en la incertidumbre el criterio que se hubiera seguido si la filiación no hubiese estado determinada, aunque la propia sentencia pondere la necesidad de ajustar los derechos del hijo, a conocer los propios orígenes, y de la madre biológica a proteger su vida privada y familiar, satisfecha en la reformada Ley francesa de 22 de enero de 2002, que permite la reversibilidad del secreto de identidad de la madre cuando ésta consienta. Sólo hay un paso de este supuesto a la controversia por el nacimiento derivado de técnicas de reproducción asistida, y nuestro Derecho sucesorio no se encuentra preparado para afrontar tales problemas.

1.2. El principio de igualdad en la ley 272 de Fuero Nuevo

Ya se ha señalado que la constitucionalidad de la ley 272 del FN fue una cuestión que valoró el legislador foral del 1987, estimando que la dicción tradicional del precepto, en sus términos generales, no contravenía los dictados de nuestra norma suprema.

El principio de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio (leyes 77, 157 FN), y su concreción en la ley 272 del FN, se entendieron acordes con las exi-

28. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no ha variado en sustancia esta orientación (artículo 8).

29. Ley sobre donación de semen, óvulos y embriones de 1 de abril de 2005, que modifica ley sobre fecundación humana de 1990 (*The Human Fertilisation and Embryology Act 1990*). Cf. Pulido Quecedo, M., "¿El fin de la filiación anónima?", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, nº 2, pp. 2 y ss.

30. La demandante, hija adoptiva de los Sres. Odièvre, reclamó del Estado francés la entrega de los datos identificativos de su familia natural, a fin de determinar su filiación biológica y el reconocimiento de sus derechos sucesorios frente aquélla. El Gobierno francés se negó a proporcionar esos datos por haberse comprometido con la madre biológica a mantener en secreto su identidad.

gencias de igualdad y no discriminación requeridas por los artículos 14 y 39 Constitución Española.

No mereció ese juicio el régimen de la legítima foral y la sucesión legal de los hijos, que fueron modificados por la reforma de 1987, incluyendo en su disciplina a todos los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos (leyes 304 y ss.; ley 268 FN). Con ello el legislador foral cumplía las exigencias de igualdad de trato y "no discriminación" impuestas por el orden constitucional respecto a los "derechos sucesorios legales" que se anudan al hecho de la filiación; aquéllos que, en todo caso, se deben garantizar a la prole para evitar el trato discriminatorio, según la reseñada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con toda probabilidad en este escrutinio se tuvo muy presente las competencias legislativas que ostenta Navarra en materia civil para la "conservación, modificación y desarrollo" de su Derecho civil foral (art. 149-1,8 CE y artículo 48 LORAFNA), así como su innegable derecho a mantener la singularidad de sus instituciones y principios por caminos diversos al Derecho común general. Se aceptó, conscientemente, la legitimidad legislativa de un régimen sucesorio que ofrecía relieves y era conforme a la tradición jurídica, aunque estuviera alejado de la respuesta lineal por la que apostó el legislador estatal.

No debe olvidarse que el principio de "no discriminación" por razón de la filiación e "igualdad ante la ley" no supone, forzosamente, que se excluya toda diferencia. Según establece la doctrina constitucional, antes citada, resulta factible un tratamiento legislativo diverso cuando media una justificación objetiva y razonable, si sus consecuencias jurídicas son proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Deben concurrir razones de especial relieve que justifiquen ese régimen; y si existen, serán acordes a los parámetros de la igualdad.

Nadie discute que la disímil atribución de derechos sucesorios, a favor de los descendientes que precisan de una especial atención, como acaece con los discapacitados, supera cualquier juicio de reproche sobre una hipotética discriminación. La protección del discapacitado es una razón objetiva que autoriza la disparidad de trato legislativo y no puede reputarse gravosa o desmedida por los beneficios que reporta a aquellos. La modificación del régimen de la legítima de los hijos y descendientes, introducida en el Código civil por ley 41/2003, 18 de noviembre, superó ese test, aunque sus efectos se plasmen en una desigual asignación de derechos en beneficio exclusivo de los hijos incapacitados o discapacitados, amparados bajo el mandato constitucional de su auxilio y protección (art. 49 CE).

Por ello, la idea de la defensa de "hijos determinados" no es por sí contraria al orden constitucional. Otro tema será dilucidar si la tutela otorgada en la ley 272 del FN a los "hijos de anterior matrimonio" posee la racionalidad objetiva que legitima y justifica la asignación de ciertos beneficios sucesorios.

La pregunta puede encontrar una respuesta afirmativa cuando se acude al origen que impulso la conformación del principio de protección de los hijos de anterior matrimonio, no otro que la defensa de la prole del grupo familiar más debilitado, que se enfrenta con el hipotético olvido del progenitor que creó una nueva familia. Esa explicación, sin embargo, puede pensarse que hoy en día no conviene "sólo a los hijos matrimoniales" protegidos por la norma, sino a toda la prole que pertenezca a una familia anterior, aunque sea de origen extramatrimonial.

La intelección del problema varía cuando se advierte que la ley 272 del FN no establece la defensa de los hijos por su filiación, sino por su integración en un grupo familiar, como acredita que el derecho de igualación proceda tanto si aprovecha a alguno de los hijos de posterior matrimonio, como al cónyuge que casó en segundas nupcias con el causante. El fundamento de esa tutela descansa en la condición de miembro

de una familia y no en la filiación³¹. Este dato resulta especialmente relevante para valorar el ajuste constitucional de la ley 272 del FN.

Como se recordará, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo que el principio de protección a la familia no supone una exigencia de igualdad normativa para la familia matrimonial y no matrimonial. Según se reconoce expresamente en sus sentencias 184/1990, de 15 de noviembre, y 66/1994, 28 de febrero, así como en el reciente Auto 203/2005, de 10 de mayo, "no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio". Y es que el principio constitucional de igualdad -art. 14 CE- no impone al legislador que extienda los derechos previstos para la familia fundada en el matrimonio a todo tipo de familia, aunque éste goza de libertad para actuar en tal sentido dentro del ámbito de sus competencias.

Estas ideas, que se han venido postulando respecto a los derechos previstos en el ámbito de la seguridad social, son plenamente trasladables a la comprensión que ha de merecer la limitación impuesta a la libertad de testar en la ley 272 del FN. La legitimidad constitucional del derecho de igualación atiende a esos mismos apoyos argumentales, y no deben rechazarse por el único motivo de que esa medida persiga el beneficio del grupo familiar basado en el matrimonio³².

Por otra parte, el juicio de proporcionalidad de la ley se supera observando que el resto de los hijos "no matrimoniales" no sufren sanción por su omisión en la misma, ni se anudan para ellos efectos que puedan considerarse gravosos o desmedidos.

De un lado, su exclusión de la ley 272 del FN les otorga la oportunidad de recibir todo lo que quiera el causante. Sobre ellos no gravitan limitaciones que impidan ser tratados como cualquier miembro de la prole, a diferencia de lo que acaecía en el Código civil, antes de la reforma de 1981, según se gozara de la condición de hijo "legítimo" o "ilegítimo".

De otro, cuando el "de cuius" no ejercite en su favor la libertad dispositiva de la que disfruta, las consecuencias sucesorias serán las previstas, con carácter general, para todo hijo en el ordenamiento civil navarro³³. El Fuero Nuevo no garantiza en la sucesión testada que la prole reciba una parte del patrimonio de su progenitor, sólo que sea instituida en la "legítima foral", que carece de contenido material.

¿Qué ha variado en estas últimas décadas para que se replantee el tema y se alcen voces cuestionando la constitucionalidad de la ley 272 del Fuero Nuevo³⁴?

31. ROCA TRIAS, E. ("Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho civil*, 1990, nº 4, pp. 1077 y ss.) distinguía, a efectos de la observancia del principio de igualdad (art. 14 CE), entre las relaciones que se derivan de la filiación, en las que impera el principio absoluto de igualdad y protección del interés del más débil, y el estatus de cada tipo de familia, que "debe responder a la forma de su constitución" y no impone una regulación igual de las distintas realidades familiares.

32. Respecto a la pretendida neutralidad y exigencia de plena igualdad, que pudiera exigirse al legislador, en cuanto a la unidad de vida generada por una situación convivencial o el matrimonio, señala Bercovitz Rodríguez-Cano, R. ("Las Parejas de hecho", *Aranzadi Civil*, septiembre de 1992, p. 20), que tal postura "supone ir en contra de esa decisión de la sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio como institución encaminada a propiciar y proteger las uniones estables heterosexuales; consecuentemente supone socavar esa opción social y constitucional favorable a propiciar el emparejamiento estable de los ciudadanos adultos de distinto sexo". No puede olvidarse que el único matrimonio que acepta nuestro ordenamiento jurídico es el civil, aunque se admitan diversas formas de celebración (Cf. Cantero Nuñez, F.J., "Uniones de Hecho", *Instituciones de Derecho Privado*. Familia, T. IV, vol. 1º, coordinador Garrido de Palma, V.M., Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 335.)

33. Dispone explícitamente el párrafo 3º de la ley 272: "Este derecho de los hijos de anterior matrimonio no se dará respecto a las disposiciones en favor de cualesquiera de otras personas".

34. En este sentido Hualde Manso, T., "Ley 272 del Fuero Nuevo", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 809 y ss.

El sentir social ha evolucionado, ganando fortuna la idea de una protección lineal e igualitaria para los integrantes de cualquier familia, que curiosamente demandan la extensión de los aspectos beneficiosos del régimen previsto para el matrimonio, pero no los más exigentes o negativos³⁵. Pesa, además, el hecho de que el grupo familiar referido en la ley 272 FN sea el matrimonial, aun cuando no todo hijo nacido en el matrimonio resulte protegido por la norma. Se observa con sospecha y reticencia un principio general que ampara a los hijos de anterior matrimonio y no a todos los descendientes de una relación previa, pues se piensa que las exigencias sociales de equiparación requerirían que todo hijo nacido con anterioridad deba gozar del derecho a ser igualado con los posteriores.

Esta concepción social prescinde de un dato básico. El sistema sucesorio navarro tiene unos perfiles propios, que lo distinguen y diferencian del sistema articulado en el Código civil, cuyo fundamento es la "libertad civil", manifestada en el ámbito sucesorio en el principio de "libertad de dispositiva". La protección de los hijos de anterior matrimonio constituye un límite a ese pilar básico en el que se asienta el ordenamiento jurídico navarro. El único punto en el que se constriñe esa libertad deviene de la reiteración de nupcias. Fuera de ello el disponente navarro siempre ha gozado de plena autonomía para decidir el reparto de su patrimonio entre sus hijos, según su parecer y querer.

Además, la natural preeminencia y expansión del principio de libertad civil, que presume las normas dispositivas en Derecho civil navarro, motiva que cualquier ampliación del marco de restricciones a esa libertad deba ser ponderada y justificada. Un replanteamiento como el que se postula puede terminar arrumbando el sistema sucesorio y distorsionar el régimen de legítima foral. Se podría suscitar la paradoja que Navarra perdiera el rumbo, orientándose en un sentido contrario a su tradición, señas de identidad y exigencias sociales³⁶, en un momento en el que la libertad de testar³⁷ y el decaimiento de las legítimas se propugnan como el futuro inmediato del Derecho de Sucesiones del Código civil³⁸, según apuntan sus últimas reformas normativas³⁹.

Una parte importante de este sentir tiene su origen en la introducción de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en el ordenamiento jurídico navarro, cuya normativa no se pensó con el sosiego requerido, ni programó su ajuste a la idiosincrasia de nuestro Derecho civil foral⁴⁰. Objetivo de esta ley, declarado en su exposición de motivos, era la eliminación de todo tipo de discriminaciones, tanto las que padecen "los modelos de familia distintos del tradicional, basado en el matrimonio", como las que sufren "los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social" por su

35. Ya se ha denunciado el peor trato normativo que se ofrece a la pareja casada frente a la no matrimonial en algunos aspectos, que deriva de una postura del legislador tendente a equiparar ambas situaciones en las ventajas que comporta el matrimonio y no en las obligaciones e inconvenientes que conlleva el estado civil de casado. Cf. Cuenca Casas, M., "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", La ley, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

36. Cf. Fuentes Martínez, J.J., "La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria "intra vires". Algunas propuestas de reforma", *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, Coordinadores Serrano de Nicolás A., Vázquez Albert, D., T. II, Consejo General Notariado-Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pp. 494 y ss.; Serrano de Nicolás, A., "Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will substitutes*)", *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, Coordinador Garrido Melero, M y Fugardo Estevill, J.M., T. III, Consejo General Notariado-Editorial Bosch, Barcelona 2005, pp. 501 y ss.; Arriola Arana, J.M., "Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar", *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos*, Coordinador Garrido Melero, M., T. IV, Consejo General Notariado-Editorial Bosch, Barcelona 2005, pp. 775 y ss.;

37. Magariños Blanco, V., "La libertad de testar", *Revista de Derecho Privado*, 2005, nº 89, pp. 20 y ss.

38. Entre las conclusiones a las que se llegó en el IX Congreso Notarial Español sobre "Patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación y transmisión", celebrado en Barcelona 13-14 mayo 2005, se halla la propuesta de: "Acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. A tal fin se considera muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas y permitir desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación, organización y transmisión de la empresa familiar, tales como los testamentos mancomunados, los pactos "sucesorios y las instituciones fiduciarias, siempre que estas se ajusten a nuestro orden público económico".

"condición o circunstancia personal o social". En su virtud se modificó el régimen sucesorio navarro de forma peculiar. Se equiparó al conviviente de la pareja estable legalmente constituida⁴¹ con el cónyuge supérstite en los aspectos positivos del régimen, pero se omitió la extensión explícita de la mayor parte de las cargas, obligaciones y limitaciones impuestas a los viudos⁴².

En Navarra el "conviviente legal" tiene expresamente reconocido por ley el derecho al usufructo de fidelidad (ley 253 FN), el derecho a ser llamado a la sucesión legal de los bienes no troncales de su pareja (ley 304 FN) y la limitación de su capacidad para ser contador partidor (ley 341 FN).

Nada se indica sobre el deber de realizar inventario, a pesar de que si el viudo no cumple con él se le sanciona con la pérdida del usufructo legal de fidelidad (ley 257 FN), o bien sobre la privación de este derecho por incumplimiento de los deberes "conyugales" o familiares (ley 254 FN). Tampoco se explicitan las consecuencias que engendra la creación de una pareja estable por quien contrajo matrimonio con anterioridad. No se ha previsto que los bienes reservables de hijos de anteriores nupcias queden excluidos del usufructo de fidelidad, que corresponda al conviviente supérstite (ley 256 FN); ni que se deba cumplir, en tal caso, la obligación de reserva de las liberalidades recibidas de la anterior familia matrimonial (ley 274 FN); o bien que los progenitores queden sujetos a las exigencias de igualación, cuando beneficien "mortis causa" a su pareja (ley 272 FN).

Esta actuación normativa es la que ha motivado las dudas existentes sobre el sentido actual del principio de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio y la interpretación de esas leyes en relación con la pareja estable.

Para la mayor parte de los autores el camino a seguir resulta claro. Proponen la reinterpretación de los preceptos del Fuero Nuevo menos favorables y su extensión a la

39. Torres García, T.F., "Legítima y legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Sucesiones: Política del Derecho*, Santander 9-10 de febrero de 2005 (<http://derechocivil.net/ponencias/sommaire.php?id=140>) da cuenta de esta tendencia en las últimas reformas del Código civil (leyes 7/2003, de 1 abril y Ley 41/2003, de 18 noviembre). Por la primera, "el testador que quiere conservar la empresa (cualquiera ya que no enumera) o en interés de la familia quiere preservar indivisa una explotación...podrá usar de la facultad concedida (...), disponiendo que se pague en metálico, hereditario o no o que se aplace el pago de su legítima a los demás interesados (hijos, ascendientes e incluso cónyuge viudo. Por la segunda, cuyo fin es la protección patrimonial de las personas con discapacidad -al referirse exclusivamente a quien lo sea con arreglo a esta ley art. 2º LPPD- el legislador opta por la libertad de disponer cuando el testador excepcionando principios comúnmente aceptados en materia de legítima (art. 808 párr. 3 y 813 párr. 2 CC) ante un hijo judicialmente incapacitado, art. 200 CC, grava la legítima estricta de los demás legitimarios -hijos o descendientes- con una sustitución fideicomisaria, art. 782 CC, o la excepción de computar vía art. 818 CC la donación o legado, a favor del discapacitado legitimario, del derecho de habitación de la vivienda habitual, art. 822 CC, discapacidad que podrá ser constatada administrativamente, art. 2.2 LPPD".

40. Cf. Torres Lana, J.A., "El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa", *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2004, nº 37, pp. 12 y ss.

41. Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Artículo 2. Concepto de pareja estable.

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

42. Cf. Cuenca Casas, M., "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *La ley*, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

"pareja legal", a fin de igualarla en las cargas y limitaciones sucesorias que el ordenamiento navarro ha impuesto al viudo⁴³. En la base de las argumentaciones que se ofrecen se halla la natural justicia de equiparar el régimen no sólo en los aspectos positivos sino también en los menos favorables, en aras de evitar una hipotética vulneración del "principio de no discriminación" por razón de pertenencia a un grupo familiar.

Las tesis postuladas, aunque voluntariosas y ajustadas a la equidad, no dejan de tener graves problemas técnicos. Suponen corregir la literalidad de unas leyes que tienen carácter prohibitivo e imperativo, con todo lo que ello supone en un sistema, como el navarro, en el que las normas se presumen dispositivas (ley 8 FN)⁴⁴.

La perplejidad interpretativa se incrementa por el alcance del artículo 1 de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, con el que el legislador ha pretendido ahorrarse el esfuerzo de revisar las leyes del Fuero Nuevo afectadas por las innovaciones, como hubiera requerido una acción legislativa rigurosa. Y es que la incorporación de ese principio al ordenamiento civil navarro, por el cual "nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación social", arrumba las bases del régimen sucesorio foral. El "principio de protección de los derechos de los hijos de anterior matrimonio (leyes 77, 157 y 272 FN) y el "principio de no discriminación" son difícilmente compatibles, si este último tiene que aplicarse en los términos manifestados por la norma: plena igualdad de trato a todo grupo familiar y los miembros que lo integran.

Éste es el núcleo gordiano de la cuestión: ¿Cuál de esos dos principios debe imperar, dado que el conflicto se encuentra dentro de los confines de la libertad normativa que ostenta Navarra en materia civil y la Constitución no impone una igualdad de trato normativo para todo grupo familiar?.

La respuesta requiere algunas valoraciones sobre el origen de esos principios y el carácter de las leyes en las que se plasman.

Señalaba De Castro⁴⁵ que las naciones van creando valores y acumulando caracteres que dejan su peculiar impronta, constituyendo el sello de su personalidad a través de su largo vivir. Usos, costumbres, estilos, convicciones, aspiraciones, manifiestan su especial idea de vida, y depurados por el tiempo constituyen la tradición nacional. En la esfera jurídica su exteriorización se plasma en unos principios que pueden llamarse tradicionales. Y son esos principios tradicionales o nacionales los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo.

43. Torres Lana, J.A., "Ley 256", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 759; Pou Ampuero, F., "Interpretación de la ley 272 del Fuero Nuevo, *El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial*, Parlamento de Navarra, 2004, Pamplona, pp. 177 y ss.; Arregui Gil, J., "Ley 272", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (leyes 253 a 345), T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 219 y ss.; Hualde Manso, T., "Ley 272", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 810; Nanclares Valle, J., "Ley 274", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (leyes 253 a 345), T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 265 y ss.; Colín Rodríguez, A., "Ley 274", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 818; Cf. Brancós Nuñez, E., "Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja", *Instituciones de Derecho Privado*, T.V., vol. 3º, coord. Garrido Melero, M., Consejo General del Notariado-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 990 y ss.

44. García Granero-Fernández, J., "Leyes 7 y 8", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (leyes 1-10), T. XXXV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1994, p. 393 indicaba que "No sólo es que, en el Fuero Nuevo, sea muy reducido el número de preceptos imperativos o prohibitivos, sino, además, que tienen carácter excepcional, pues dicho con palabras de la Exposición de Motivos, "las mismas leyes de esta Compilación, como todas las leyes vigentes en Navarra, tienen normalmente carácter dispositivo".

45. *Derecho civil de España, Introducción al Derecho civil*, T. I, reimpresión 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 423.

El principio de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio, y su concreción en la ley 272 del FN, obedece a esa caracterización. Es innegable su anclaje con la tradición jurídica y su pertenencia a los principios generales que informan "el total ordenamiento civil navarro"(ley 4 FN). Principios que constituyen fuentes del Derecho privado de Navarra y ocupan la tercera posición en el orden de prelación de fuentes (ley 2 FN). Aquél, además, integra nuestro Derecho común o general recogido en el Fuero Nuevo, fundamentando instituciones propias del régimen patrimonial y sucesorio, que no se limitan al derecho de igualación reconocido en la ley 272 del FN.

El "principio de no discriminación" (art. 1 de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio) resulta, en cambio, extraño a nuestra tradición jurídica. Esta circunstancia por sí no excluye su aplicabilidad, ya que la validez de los principios procede de su efectiva vivencia social, pero obliga a reflexionar sobre la manera en que se introdujo en el sistema y los efectos que ello conlleva.

La Ley Foral 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables es una regulación "ad hoc". Está gobernada por principios propios y contrarios a los dispuestos en el Derecho común navarro⁴⁶. Por ello, el "principio de no discriminación" opera en los confines de esta regulación específica. No puede ir más allá, pues su caracterización y esencia normativa no permiten que trascienda. Cuando las normas parten de principios antitéticos por circunstancias particulares, las reglas constituyen un Derecho excepcional⁴⁷ que no admite la extensión analógica (art.4-2 CC)⁴⁸.

El efecto de todo ello es que no cabe emplear la "analogía iuris" en esta cuestión, para integrar las "hipotéticas lagunas legales" de las leyes del Fuero Nuevo⁴⁹, ya que los principios en liza no se encuentran en pie de igualdad, ni tienen el mismo valor en su proyección sobre el Derecho civil común de Navarra. Técnicamente el principio de "no discriminación por razón del grupo familiar" carece de la virtualidad precisa para desplazar al de "protección de los hijos de anterior matrimonio". El legislador foral no amplió materialmente el marco de actuación de la Ley Foral 6/2000 hasta ese punto, como hubiera requerido otra conclusión. La propia opción legislativa hace dudar sobre las verdaderas intenciones del legislador, así como su voluntad de modificar o arrumbar los términos en los que nuestra tradición jurídica situó la protección de los derechos sucesorios de los hijos, que el Fuero Nuevo asumió para los que fueran fruto de anteriores nupcias.

Cabe preguntarse, sin embargo, si no resulta posible llegar a ese punto por la natural extensión de las disposiciones del Fuero Nuevo, "analogía legis", y satisfacer la deseable equiparación.

Así se ha propuesto por algunos autores, que estiman que la teleología de la ley 272 del FN precisa que se evite la atracción del querer del disponente respecto a toda nueva familia matrimonial y no matrimonial, y se ampare la descendencia de una rela-

46. Estos datos permiten comprender la paradoja en la que se encuentra sumida Navarra. La coincidencia en su sistema de dos principios antitéticos en su concepción y efectos, sin matizaciones y adaptaciones, en el que el principio de "no discriminación por razón del grupo familiar" queda relegado frente a la "protección de los hijos de anterior matrimonio".

47. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1988, pp. 139 y ss.

48. Señalaba Gullón Ballesteros, A. ("Artículo 4", *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, vol. 1, Madrid, 1993, p. 30) en relación con la prohibición de la extensión analógica de las leyes excepcionales contenida en el art. 4-2 del Código civil que: "La Exposición de Motivos del Decreto de 1972 las iguala con el "ius singulare" que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido a la norma general". Se trata, pues, de preceptos derogatorios del derecho general de una materia pero no se explica la razón de esa derogación. No puede ser otra que la de desarrollar unos principios contrarios u opuestos al de esa ordenación general". Cf. Rubio Torrano, E. "Ley 5", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 37-38.

49. En sentido contrario Hualde Manso, T., "Ley 272", *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil de Navarra*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 810.

ción estable anterior, que se enfrenta en afectos con el último hogar creado por el disponente⁵⁰. Sólo los descendientes de una relación esporádica quedarían fuera de la norma, pues si no existió convivencia decae la base en la que se apoya la ley 272 del FN: la captación de voluntad del causante que se presume "iuris et de iure"⁵¹.

Pero, ¿existe, de verdad, una laguna normativa en este tema? ¿Debe darse a las leyes forales la proyección que se propone?

En el tema de la equiparación de la pareja estable, la respuesta podría pensarse afirmativa, si se tiene en cuenta que la reforma del Fuero Nuevo supuso la extensión de los derechos sucesorios matrimoniales a las situaciones convivenciales legalmente reconocidas, en aras de una igualdad de trato legislativo. Una equiparación sensata de los estatus debiera haber supuesto no sólo la atribución de derechos, sino también de los deberes y restricciones inherentes a esa situación. Sin embargo, no se hizo.

No parece tan claro el aserto en cuanto a la aplicación del régimen de protección sucesoria a todo hijo que forme parte de un grupo familiar anterior, dado el tenor de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Esta norma equipara en su articulado la relación horizontal de la familia, pareja estable con cónyuges, pero nada indica sobre la relación vertical, hijos y descendientes. Basta observar que el único precepto que se refiere expresamente a los hijos, artículo 10 de la Ley Foral 6/2000⁵², lo hace para reconocer que los padres pueden pactar, en el supuesto de ruptura de la relación, el régimen de guarda y visitas de sus hijos. No cabe aquí la hipotética laguna legal, idea bastante común entre los autores⁵³, ya que la citada ley foral no ha abundado directamente sobre esta cuestión. El tema tuvo su respuesta, con mayor o menor fortuna, en la reforma del Fuero Nuevo del año 87, que equiparó a todos los hijos en los derechos "mortis causa" que se reconocen en Navarra por filiación: la sucesión legal y la legítima foral. Con todo, el comodín hermenéutico de "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (art. 3-1 Cc) siempre ha ofrecido cauce para justificar interpretaciones que van más allá de lo querido por el propio legislador y corregir el sentido de los preceptos.

Ahora bien, aún aceptando que pueda existir un vacío normativo, ello no basta para que proceda la extensión analógica de las normas. La aplicación de esta técnica no resulta posible cuando los preceptos tienen carácter prohibitivo o sancionador. El artículo 4.2 Código civil así lo dispone y este criterio rige para la interpretación normativa foral, en virtud de la máxima "odiosa sunt restringenda". En Derecho civil navarro deben interpretarse de manera restrictiva las leyes prohibitivas y sancionadoras, así como las que se consideran odiosas; tales son las limitativas de la capacidad de la per-

50. Contrario a esta idea se muestra Arregui Gil, J., "Ley 272", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (leyes 253 a 345), T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 221. Entiende este autor que el tratamiento que debe dispensarse a los hijos y convivientes de una unión estable debe limitarse a las restricciones dispositivas que se imponen al causante para los hijos y cónyuge de ulterior matrimonio, sin que quepa equiparar a los hijos de una relación estable anterior con los hijos de anterior matrimonio.

51. En este sentido se pronuncia Pou Ampuero, F. ("Interpretación de la ley 272 del Fuero Nuevo, *El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial*, Parlamento de Navarra, 2004, Pamplona, pp. 180 y ss), quien abunda en la idea de que "si un padre prefiere al hijo anterior a pesar de estar casado con otra que no es su madre y de vivir con los hijos del segundo matrimonio es porque está ejerciendo libremente su libertad de testar a pesar de haber contraído segundo matrimonio (...) si un padre prefiere nombrar heredero al hijo de la segunda esposa apartando de la herencia al hijo de la primera esposa existen muchos indicios para sospechar que no está actuando libremente, que su voluntad está influida y que se está perjudicando al hijo de primer matrimonio".

52. 1. En caso de cese de la pareja estable en vida de ambos miembros, éstos podrán acordar lo que estimen oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y al régimen de visitas, comunicación y estancia. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea lesivo para cualquiera de los miembros o para los hijos e hijas comunes.

2. El Juez acordará lo que estime procedente respecto de los hijos e hijas comunes, en beneficio de éstos y previa audiencia de los mismos, si tuvieran suficiente juicio o fueran mayores de doce años.

53. Pou Ampuero, F., "Interpretación de la ley 272 del Fuero Nuevo, *El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial*, Parlamento de Navarra, 2004, Pamplona, pp. 180 y ss.

sona y sus derechos fundamentales. Según advertía la Dirección General de los Registros y del Notariado, en una antigua resolución de 24 mayo 1930 (RJ 1930\1831), "es principio de derecho que en los casos dudosos ha de favorecerse el libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica" y "las leyes prohibitivas no pueden extenderse ni ampliarse a otros casos y personas que a los comprendidos en ellas".

También se halla sujeto a dicho criterio el Derecho considerado excepcional⁵⁴, dado que sus normas derogan, en una materia concreta, el Derecho general y se sustentan en principios contrarios o contrapuestos a éste.

Por tanto, la solución a este dilema depende, asimismo, de la calificación del tipo normativo que se desvele para la ley 272 del Fuero Nuevo y en esa tarea deben ponderarse algunos datos.

Un primer aspecto es el contenido de la regulación que recoge esa norma. La ley 272 del FN limita la capacidad dispositiva del causante y exceptúa un supuesto concreto del principio general de la libertad dispositiva, consagrado en la ley 149 del FN. No es casual la manera en la que se pronuncia esta última ley cuando reconoce, con expresión que pretende ser taxativa, el imperio de ese principio general: "sin más restricciones que las establecidas en el título X", Libro II del Fuero Nuevo.

A ese aspecto se une otro de gran calado, la voluntad unilateral del causante o principio de "paramiento fuero vienze" (Ley 7 FN) no puede imponerse sobre lo dispuesto en la ley 272 del FN y la obligación de igualación prevista a favor de los hijos de primer matrimonio. La contravención de la ley por el "de cuius" conlleva la "inoficiosidad", dice la norma, de las atribuciones que vulneren la igualación que la ley impone. Se sanciona con la "nulidad parcial" los actos dispositivos que no se ajusten a aquellos términos⁵⁵. Ello sólo puede significar que esta regla conforma uno de los "*preceptos prohibitivos con sanción de nulidad*" que la ley 7 del Fuero Nuevo establece como límite al principio de "paramiento fuero vienze". No hay que olvidar que otra de las leyes directamente implicadas en la protección de los derechos sucesorios de los hijos de anterior matrimonio, la ley 274⁵⁶ FN, se ha calificado de norma prohibitiva con sanción de nulidad, pues expresamente establece tal efecto para los actos que se realicen en contra del deber de reserva⁵⁷.

54. Rubio Torrano, E., "Ley 5", *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Editorial Aranzadi, 2002, p. 38; Cf. Díez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil I*, 11ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 182 y 183.

55. No empece a esa calificación el hecho de que "la acción de inoficiosidad" circunscriba su legitimación activa a los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes. La evolución que ha experimentando las distintas formas de invalidez negocial ha llevado a que se reconsideren los términos de los estereotipos fijados para las figuras de la nulidad y la anulabilidad. Y entre ellos se encuentra la legitimación activa. Cf. Egusquiza Balmaseda, M.A., *Cuestiones conflictivas en materia de nulidad y anulabilidad*, Editorial Aranzadi, 1999, p. 27 y ss.

56. *Obligación de reservar*

El padre o madre que reiterase nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes de los mismos, la propiedad de todos los bienes que por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su anterior cónyuge, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos.

Esta obligación subsistirá mientras existan descendientes reservatarios, aunque el padre o madre bínubo enviudare y muriese en tal estado.

Será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un cónyuge en favor del otro para el caso de que éste contrajera nuevas nupcias.

Será también nula toda disposición del padre o madre bínubo que contravenga de cualquier otro modo lo establecido en esta ley.

El padre o madre bínubo puede disponer de los bienes reservables con entera libertad entre los hijos o descendientes reservatarios. Si no dispusiere de los bienes, los heredarán los reservatarios conforme a lo establecidos para la sucesión legal.

57. Rubio Torrano, E., "Ley 5", *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Editorial Aranzadi, 2002, p. 38.

Por si no fuera suficiente con lo indicado, hay que tener en cuenta que en el régimen navarro las normas imperativas son de carácter excepcional, porque sus leyes se presumen dispositivas en razón de la "libertad civil" (ley 8 FN)⁵⁸.

Desde la perspectiva técnica, lo expuesto conmina a que no quepa una extensión analógica de las leyes 272 y 274 del FN, y, por tanto, que éstas sean aplicables a otros supuestos de hecho. No cabe ampliar por analogía estas normas, en favor o detrimento de los hijos extramatrimoniales, ni restringir la libertad dispositiva del causante, si el beneficiado es la pareja estable del disponente.

Así lo ha entendido el Juez de Primera Instancia nº 1 de Pamplona en su sentencia nº 8 de 7 de enero de 2004, en la reclamación de los derechos sucesorios de hijos de anteriores nupcias frente a la pareja estable del causante⁵⁹, rechazando la aplicación analógica de la ley 272 y 274 del FN. La argumentación, a los efectos reseñados, es especialmente contundente "no puede sostenerse que estamos ante un olvido del legislador que no extendió a las parejas estables la regulación de las leyes 272 y 274 del Fuero Nuevo, cuando la Ley reguladora de la igualdad jurídica de las parejas estables reforma expresamente y para asimilar la pareja al cónyuge determinados preceptos de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, tales como las leyes 253, 304 y 341, modificación operada por el artículo 11 de la Ley de 7 de julio de 2000". En la sentencia se niega que "la falta de aplicación analógica de la ley 272 del Fuero Nuevo a las parejas estables, es decir, al supuesto de la pareja supérstite del causante sea discriminatoria, cuando tal limitación de disponer que establece la norma, no es absoluta sino que expresamente prevé supuestos en que la limitación no resulte aplicable, como son los casos de disposiciones a favor de terceras personas y los supuestos de desheredación⁶⁰, lo que revela que la intención del legislador no es la desproteger los derechos de hijos de anterior matrimonio sin límite alguno". Y, por último, se argumenta que "se opone a la aplicación analógica que se sostiene en la demanda, el carácter restrictivo, limitativo de las normas examinadas respecto de la libre facultad de disposición del testador que como principio general establece nuestro ordenamiento jurídico, por lo que estando dispuesto que la analogía no quepa aplicarse cuando de normas sancionadoras se trata, a las que podrían asimilarse las limitativas o restrictivas, no parece que sea acorde con el fundamento de la analogía, la extensión de tales normas limitativas a supuestos no contemplados expresamente por el legislador".

Esta argumentación se ha modificado en la apelación, sentencia de 15 de febrero de 2006 de la Audiencia Provincial de Navarra, con razones discutibles, que no terminan de convencer.

El Tribunal sostiene que cualquier opción legislativa de protección a los hijos que no dispense una igualdad de trato "incurrir en discriminación por razón del nacimiento, expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución". Afirmación que no es correcta, puesto que ese principio constitucional permite que exista la desigualdad siempre que esté justificada, como acontece en estos momentos respecto a los descendientes discapacitados en el Código civil.

58. Rubio Torrano, E., "Ley 7", *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Editorial Aranzadi, 2002, p. 41. García Granero-Fernández, J., "Leyes 7 y 8", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, (leyes 1-10), T. XXXV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1994, p. 393.

59. En el caso el causante había otorgado varios testamentos poco antes de morir, instituyendo heredera de confianza a su compañera en el último. Fallecido el causante, los hijos de primeras nupcias impugnaron los testamentos, alegando incapacidad del testador, y solicitaron subsidiariamente que se reconociera como pareja estable a la conviviente, beneficiada por las disposiciones de última voluntad, con aplicación de las restricciones previstas para la asignación de bienes al cónyuge bínubo en las leyes 272 y 274. El Juez niega que el testador careciera de capacidad, pero reconoce que constituía una pareja estable con su conviviente.

60. En este sentido se ha negado la extensión analógica sobre legítimas y desheredación en las SSTs de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7930), 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4792).

También razona, desde los parámetros de la igualdad, que las leyes 272 y 274 del FN contravienen ese principio constitucional, pues *"el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no a los hijos de anterior matrimonio, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos de pareja estable, sin incidir en una discriminación por razón del nacimiento"*. No tiene en cuenta que la atribución de esos derechos no descansan en el hecho mismo de la filiación, sino en la pertenencia a un grupo familiar concreto y, por tanto, el legislador puede decidir el arreglo legislativo que desee para cada grupo familiar, e incluso proteger a la familia matrimonial. Difícilmente se puede aceptar que los hijos extramatrimoniales se encuentran discriminados en esas normas cuando el ordenamiento jurídico no impide que reciban como el resto de los hijos. En Navarra no hay legítima material, ni se limita al causante para que les dispense un mejor trato. Estas elucubraciones se ofrecen por el Tribunal aun cuando el tema objeto de debate no versaba sobre esta cuestión.

La "ratio decidendi" de la sentencia tampoco termina de justificar el fallo. Se aduce que no extender las restricciones previstas en leyes 272 y 274 FN entrañaría una discriminación para el matrimonio respecto a la pareja estable, pues *"se dotaría a ésta última...de un status más favorable, lo que carece de justificación objetiva y razonable"*, y llevaría al absurdo de que la pareja estable tuviera más derechos que el cónyuge superviviente.

Ciertamente la pareja estable en Navarra goza, en el ámbito sucesorio, de un "status" más beneficioso que el matrimonio. Pero ello no es absurdo, porque así lo quiso el legislador; aunque pueda considerarse inadecuado. No se incluyó esa situación en el régimen de restricciones de la libertad de testar, conformada por normas imperativas con sanción de nulidad. Este sistema de Derecho excepcional en el Fuero Nuevo se quiere así conscientemente, para evitar que los preceptos se apliquen más allá de sus propios términos.

Además, difícilmente puede tildarse de discriminatorio el trato de favor normativo a la pareja estable si se acepta, como reconoce el Tribunal Constitucional, la diversidad de beneficios según el tipo familia. Cuando se admite que la familia matrimonial puede disfrutar de derechos que no se asignan al resto, no resulta coherente reprochar al legislador que atribuya otros distintos a la pareja estable; aunque lo razonable pueda ser la equiparación. De hecho, éste es un fenómeno reconocido y aceptado en el ordenamiento general. La pareja estable disfruta de una posición más ventajosa en el tema de presunción de fraude, previsto sólo para el matrimonio en la ley concursal (art. 78-1 y 2); o en la utilización de técnicas de reproducción asistida, en la que no se requiere que el compañero de la madre preste su consentimiento para la inseminación, lo que determina que no se le atribuya esa filiación (arts 7 a 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988); o bien en la cercana institución de la reserva viudal del Código civil, que se limita al viudo (art. 968 a 980 Cc⁶¹).

La interpretación que se ha dado en esa segunda instancia de las leyes 272 y 274 del FN, para fundamentar una solución seguramente justa, a mi juicio, lo es "contra legem"; aunque se niegue por el Tribunal.

Por ello, quizá tendrían que haberse explorado otras vías en el tortuoso camino hacia la justicia del caso. La situación fáctica de fraude a la ley puede resultar una magnífica salida para satisfacer las exigencias de justicia, sin quebrantar la técnica hermenéutica. Datos como la constitución de una relación afectiva, que limita la protección de los derechos sucesorios de los hijos de primeras nupcias, y la realización de actos dispositivos de última voluntad, que evidencian un querer propio de la estrecha

61. Cuenca Casas, M., "Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación del matrimonio", *La ley*, nº 6210, 15 de marzo de 2005, pp. 1 y ss.

relación que implica el matrimonio, permitirían valorar una situación de fraude a los derechos de los hijos, cuyo efecto será la aplicación de las normas que se han pretendido eludir, sin necesidad de forzar su contenido (ley 22 FN).

2. Derechos del cónyuge supérstite e igualación con los hijos de anterior matrimonio

El tenor de la ley 272 del FN plantea otras cuestiones de gran interés, cuya conflictividad ha ido creciendo a lo largo de los años.

La aparente comprensión del deber que se impone al causante en la ley 272 del FN, por el que se exige que "*los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio*", se torna un problema complejo cuando ha de conjugarse con los derechos que atañen al viudo. El usufructo de fidelidad, reconocido a todo cónyuge supérstite (ley 255 FN), se ha de conciliar con ese otro derecho y, aunque la ley 256-2 del FN abunda en el tema, los términos de esas leyes no resuelven claramente las incertidumbres sobre la extensión, comienzo y fin de ambos derechos.

Los interrogantes son muchos y de gran calado. Se duda si el derecho reconocido a los hijos en la ley 272 FN impone una auténtica "igualación material" en la que el usufructo de fidelidad, que corresponda al cónyuge supérstite de segundo matrimonio, tiene que ser incorporado a su cómputo. Se cuestiona si la ley 272 del FN garantiza a la prole de primeras nupcias un derecho económico de valor idéntico al que corresponda al cónyuge supérstite por todos los derechos "mortis causa", legales y voluntarios, que se deriven del causante. Y se plantea cuál sea la extensión material de los derechos hereditarios de los hijos de primeras nupcias, cuando concurren a la herencia con el cónyuge supérstite de su padre o madre fallecido.

La solución de estas cuestiones parte de la comprensión de algunas de las características que definen esos derechos sucesorios y determinan su actuación en el régimen foral. Éstas responden a dos temas concretos: la definición de la causa de atribución del usufructo legal de fidelidad, ley 253 del FN, y el carácter de los actos dispositivos limitados por la ley 272 del FN.

Señalaba LACRUZ BERDEJO, antes de la promulgación del Fuero Nuevo, que el usufructo de fidelidad navarro, al igual que la viudedad aragonesa, se soportaba en una causa onerosa⁶². Se atribuye por la ley y se integra en el régimen de bienes del matrimonio, constituyendo una ventaja y no una donación. Como toda ventaja matrimonial tiene un reparto desigual, producido por una circunstancia concreta: la supervivencia del cónyuge favorecido. Su carácter recíproco, aunque no permite que se califique como contrato conmutativo, elimina la idea de enriquecimiento unilateral. Y, por tanto, el ejercicio de ese derecho puede conllevar el perjuicio "legítimo" de los derechos de los hijos de primer matrimonio cuando le compete al cónyuge bínubo⁶³.

Las reflexiones expuestas son inestimables para el análisis de la actual tipificación de nuestro "usufructo legal de fidelidad", figura que tradicionalmente se ha venido considerando hermana de la viudedad aragonesa, ya que ambas comparten raíces comunes, tienen una regulación próxima y poseen una funcionalidad semejante⁶⁴.

62. "Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1964, nº 436-437, pp. 572 y 573.

63. Lacruz Berdejo, J.L., "Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad", *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, vol. III, pp. 354 y 355.

64. "Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1964, nº 436-437, pp. 567 y ss.; Arregui Gil, J., "Ley 253", *Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales*, T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 36 y ss.

El Fuero Nuevo caracteriza al usufructo viudal como un derecho asignado por ley. La propia dicción de la ley 253 del FN así lo sugiere al afirmar que "el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento". Es un derecho que se impone al causante y que resulta indisponible para éste. Sólo se puede privar del mismo, por testamento o contrato sucesorio, si se justifica que el superviviente incurrió en causa de separación por abandono del hogar familiar, incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares, o atentado contra la vida del otro (ley 254, 4 FN).

El cónyuge que sobreviva será su titular. Por ello, el usufructo posee un carácter recíproco, que opera entre los esposos como un seguro mutuo para el supuesto de fallecimiento de uno de ellos.

En cuanto a su fundamento, se considera que su base es familiar, aunque sus efectos se desplieguen "post mortem", ya que permite que el viudo continúe con la posición patrimonial que gozaba durante el matrimonio, manteniendo la unidad familiar y jefatura de la familia.

La tipificación descrita del usufructo fidelidad hace pensar que la causa de su atribución es onerosa. No procede de un acto de liberalidad voluntario, pues lo impone la ley. Tampoco se justifica en un título lucrativo, pues disfruta de carácter recíproco y de ventaja familiar, que impide que su asignación se califique de legado o donación.

Las consecuencias de esta caracterización son varias y relevantes. Si el usufructo legal de fidelidad no es una liberalidad voluntaria, los límites impuestos al testador en sus actos de última voluntad no incidirán sobre el mismo. Pero, además, como su definición y asignación procede de la ley, será ésta la que determine su extensión y operatividad, cuando se plantee la pugna de aquél con los derechos que competen a los hijos de primer matrimonio.

Desde esta perspectiva, el ajuste del derecho de igualación, contemplado en la ley 272 del FN, con el usufructo de fidelidad y las restricciones previstas en la ley 256-2 del FN, pueden encontrar respuesta adecuada. Aunque para ello debe tenerse en cuenta, además, el otro aspecto antes reseñado, el carácter de los actos dispositivos que limita el derecho de igualación y momento en el que opera.

Según ya se ha apuntado, la ley 272 del FN funciona como límite a la libertad dispositiva del causante y la asignación de liberalidades, su marco de actuación es el de las disposiciones voluntarias. Así lo acreditan la propia mención que se efectúa en el ladillo de esa ley, "limitación de disposiciones", y los antecedentes históricos del precepto, que sitúan la norma en el ámbito de la sucesión voluntaria. El propio fundamento del precepto abona esta solución, pues persigue conjurar la captación de voluntad, presunción "iuris et de iure", por favorecer el disponente bínubo a los hijos o viudo de segundo matrimonio con olvido de la descendencia de las primeras nupcias.

La otra cara de la moneda es la eliminación de la ley 272 del FN cuando el disponente beneficia a los hijos de primer matrimonio con postergación de la segunda relación. Entonces, no sólo se desactiva la sanción que dispensa este precepto, sino la norma misma.

Primer corolario de lo expuesto será que el derecho de igualación quede excluido cuando proceda una sucesión legal "mortis causa", pues no habrá declaración de voluntad del causante, ni hipotética captación de su querer. La ley 272 del FN no entrará siquiera a ser considerada en la delimitación de los derechos sucesorios, si el causante muere sin testamento o contrato sucesorio dejando prole de primeras nupcias y cónyuge e hijos de las segundas. La propia ley determinará, sin sanción por el matrimonio posterior, el contenido y extensión de los derechos que competan a los sucesores. Será el ponderado criterio del legislador el que asigne éstos, justos y acordes con la equidad según el Derecho civil navarro.

Una segunda consecuencia, ligada a la anterior, es la inaplicación de la restricción prevista en ley 256-2 del FN⁶⁵ al usufructo de fidelidad. El viudo no quedará privado, en la sucesión legal, del goce de los bienes que reciban los hijos de primer matrimonio. El carácter limitativo de esta ley, que debe interpretarse en sus propios términos⁶⁶, no permitirá que opere más allá del supuesto para el que fue diseñada; esto es, la sanción de igualación de la ley 272 del FN. Hay que tener en cuenta que las segundas nupcias no limitan por sí el derecho al usufructo viudal, sólo restringen el disfrute del patrimonio hereditario para los supuestos establecidos por el legislador en la ley 256 del FN⁶⁷.

De esta forma, en la sucesión legal, concurriendo hijos de distintos matrimonios y cónyuge de segundas o ulteriores nupcias, todos los hijos heredarán por igual, en virtud del llamamiento legal (ley 304 FN), y el viudo gozará de su usufructo legal sobre los bienes del difunto, sin la reducción contemplada en la ley 256-2 del FN.

Los efectos que proyectan la caracterización legal de los derechos de igualación (ley 272 del FN) y usufructo viudal (leyes 255 y 256-2 FN) son también notables cuando la sucesión se defiende por voluntad del causante.

Ya se ha indicado que la ley 272 del FN no actúa cuando el disponente favorece a los hijos de primer matrimonio con olvido de su segunda familia. Esta decisión del disponente entraña consecuencias importantes para el derecho que compete al viudo del bínubo. En este caso, a mi juicio, tampoco operará la limitación dispuesta en la ley 256,2 del FN y el cónyuge supérstite mantendrá su derecho al usufructo viudal sobre los bienes que el "de cuius" asignó voluntariamente a su primera prole. La razón es simple. Si el causante dispone de su patrimonio dentro del margen de libertad que le permite el ordenamiento, no interviene la ley 272 del FN, y tampoco se produce el supuesto base que da lugar a la actuación de la ley 256-2 del FN⁶⁸. No hay sanción para los actos de liberalidad que se ordenaron voluntariamente y el ordenamiento jurídico no penaliza al cónyuge supérstite, reduciendo su derecho de usufructo. Debe tenerse en cuenta que las

65. LEY 256. *Caso de segundas nupcias*

Del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto quedan excluidos los bienes siguientes:

2) Los que el cónyuge bínubo deba dejar en favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia respecto a los del matrimonio posterior, según lo establecido en la ley 272.

66. Señala Torres Lana, J.A., "El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa", *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2004, nº 37, p. 19, en relación con el usufructo legal de fidelidad navarro, que la regla es la universalidad y la manifestación natural del ámbito objetivo del derecho, la ley 256 es una excepción y "los supuestos incluidos...conforman, en primer lugar un catálogo exhaustivo y, en segundo, han de ser interpretadas de forma restrictiva". Cf. Gomá Lanzón, I., "Los derechos del cónyuge viudo", *Instituciones de Derecho Privado*, coord Garrido Melero, M., T.V, vol. 3º, Consejo General del Notariado-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 750 y ss.

67. LEY 256. *Caso de segundas nupcias*

Del usufructo del cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias del premuerto quedan excluidos los bienes siguientes:

1) Los que deben reservarse en favor de los hijos o descendientes de matrimonio anterior, conforme a lo establecido en las leyes 274 y 275.

2) Los que el cónyuge bínubo deba dejar en favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia respecto a los del matrimonio posterior, según lo establecido en la ley 272.

3) Los que el cónyuge bínubo hubiere adquirido por título lucrativo con llamamiento sucesorio en favor de hijos o descendientes de anterior matrimonio, si éstos sobrevivieren. Se exceptúa el caso de que para las segundas o posteriores nupcias se hubiese obtenido el consentimiento de todas las personas que ordenaron el llamamiento, o de las sobrevivientes.

68. En sentido contrario parece pronunciarse Arregui Gil, J., "Leyes 255 y 256", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, p. 86. Sin embargo, no se tiene en cuenta que el derecho de igualación que se reconoce en la ley 272 del FN no opera en todo caso, sino cuando se ha mejorado a la segunda familia. Si el causante respeta ese criterio el propio ordenamiento en la sucesión legal considera "justo" que el viudo de segundo matrimonio disfrute su derecho sobre todo el patrimonio hereditario del causante, aunque ello suponga que los hijos de primer matrimonio no puedan disfrutar de su parte hasta que fallezca éste, o bien acuerden la conversión voluntaria de su derecho.

segundas nupcias no interfieren en el desenvolvimiento de los derechos sucesorios más allá de lo que quiso el legislador, y el supuesto señalado no se recoge entre las causas que determinan la reducción del usufructo de fidelidad, al igual que acaece para la sucesión legal (ley 256-2 FN).

Este mismo régimen será de aplicación al derecho viudal del cónyuge superviviente del nubido, si el causante decide instituir a todos sus descendientes en la legítima foral. El hecho de que la disposición del "de cuius" encaje dentro de lo permitido por la ley 272 del FN obligará a que no prospere la reducción del usufructo de fidelidad del viudo. No se aplicará esta ley y, con ella, tampoco la limitación de la ley 256-2 del FN. Será así, aunque el causante mencione a su cónyuge superviviente en las últimas voluntades, siempre que aquél se limite a atribuirle el usufructo que le corresponde por ley. El legado que se deje al viudo, si no trasciende la extensión que legalmente incumbe a ese derecho, satisfará las exigencias que impone el ordenamiento jurídico; la institución que se realice tendrá causa onerosa y no de mera liberalidad. El derecho de igualación no tendrá lugar, ya que pensado para las atribuciones voluntarias con causa liberal, que se reputan "iuris et de iure" como fruto de la captación de voluntad, aquí no se llega a producir. No puede entenderse como mejora o favor recibir lo que por ley se considera justo y recíprocamente también se debe al fallecido; cuando, además, la renuncia al llamamiento voluntario permitiría al cónyuge superviviente obtener lo mismo por ley, sin cuestión sobre una hipotética vulneración de la limitación legal⁶⁹.

La extensión del derecho viudal puede ser mayor que la que auguraría la aplicación de las leyes 272 y 256-2 del FN también en otros supuestos de sucesión voluntaria.

Cuando el causante instituye por iguales partes a hijos de primer matrimonio y cónyuge e hijos de segundas nupcias, la posición del viudo puede resultar aventajada si su prole supera en número a la de primeras nupcias. Ciertamente las exigencias del derecho de igualación obligarán a que los hijos reciban por igual y que se excluya el usufructo de fidelidad sobre los bienes que se concedieron a la primera descendencia (ley 256-2 del FN), ya que el disponente ha mejorado voluntariamente al viudo otorgándole una parte de la titularidad de su patrimonio. Pero el mayor número de descendientes de las segundas nupcias hará que se incremente el derecho viudal que le corresponde por ley al cónyuge superviviente. Éste disfrutará, por voluntad del causante, del pleno dominio en una parte igual que el resto de los hijos de primer matrimonio, pero también del usufructo sobre el resto de los bienes atribuidos a su prole de segundas nupcias. La ley 272 del FN no establece un reparto por mitad del patrimonio hereditario entre las familias, sino un derecho individual de igualación para los hijos de primeras nupcias, cuando sean olvidados por el disponente. En cuanto al usufructo que disfruta el viudo, tal derecho no entra en el cómputo de la igualación. Su carácter legal y causa onerosa lo dejan fuera de la órbita de control de la ley 272 del FN, pues esta norma restringe las atribuciones voluntarias que favorecen a la segunda familia y no toda asignación cualquiera que sea su causa.

La solución reseñada ya se ha adoptado por la Audiencia Provincial de Navarra, en su sentencia de 1 de octubre de 1999 (AC 1999, 8998). En el caso, la hija de primer matrimonio pretendía, sobre la base de la ley 272 del FN, que se igualara económicamente su derecho con el cónyuge superviviente, incluyendo el valor patrimonial del usufructo viudal⁷⁰. El Tribunal rechazó la pretensión porque "viniendo impuesto por disposición legal el derecho de usufructo de fidelidad en favor del cónyuge viudo (ley 253

69. Puede acontecer que por el juego de las reglas sucesorias una institución en la legítima foral de todos los hijos y descendientes, no teniendo el causante ni hermanos ni ascendientes, termine beneficiando al cónyuge superviviente, que sería llamado como heredero a la sucesión intestada (ley 304 del FN). Si se acredita que tal disposición se hizo con ánimo de defraudar los intereses de los hijos de anterior matrimonio habría que plantearse la aplicación de las medidas correctivas de fraude que contempla la ley 22 del FN.

70. Se daba la circunstancia que el causante había instituido como herederos por iguales partes a los cuatro hijos del segundo matrimonio y viuda, así como a la hija de primer matrimonio.

FN), tratándose de un beneficio legal ajeno totalmente a la voluntad del causante, estimamos que la limitación de disposición que contempla la Ley 272 del Fuero Nuevo viene impuesta a los padres en favor de los hijos del primer matrimonio, en consideración exclusiva a aquellos bienes y derechos de los que efectivamente pueden disponer, impidiendo que el ejercicio de esa libertad de disponer y dentro de su exclusivo ámbito, estrictamente sucesorio pueda ser más favorecido el cónyuge del ulterior matrimonio o los hijos fruto del mismo, que los del anterior matrimonio, pero sin que en la cuantificación o comparación a efectuar al respecto puedan computarse otros derechos que pueda ostentar el cónyuge viudo y que sean extraños a esa facultad de disponer, en dicho ámbito estrictamente sucesorio, que se pretende limitar, y que tengan otro origen ajeno a dicha facultad de disponer". Y concluyó que "el derecho de usufructo de fidelidad viene legalmente establecido en favor del cónyuge viudo y queda fuera de la facultad de disponer del testador, y la limitación que establece la Ley 272 afecta exclusivamente a aquello que entra dentro del ámbito de la libertad de disponer, limitándolo, pero sin que en dicha Ley se contenga referencia alguna al derecho de usufructo del cónyuge viudo, ni contemple en modo alguno tal derecho". En suma, como el cónyuge superviviente "no puede considerarse "favorecido" por el fallecido en relación con el derecho de usufructo, por cuanto dicho derecho no es consecuencia de la disposición del fallecido, sino de la Ley (...) no resulta computable el valor del referido usufructo en relación con lo establecido en la citada Ley 272".

Hay, además, otros aspectos interpretativos sobre la acomodación de las leyes 256-2 y 272 del FN que precisan una valoración en este tema de la conjugación de los derechos de igualación y usufructo de fidelidad.

Según señala la ley 256,2 FN, la reducción del usufructo de fidelidad tiene lugar cuando los favorecidos por la magnanimidad del causante son los integrantes de la segunda o ulterior familia con descendencia. Esta referencia ha generado dudas sobre si la restricción procede cuando el derecho de igualación se activa por favorecer al cónyuge superviviente que no tuvo descendencia con el disponente.

El dilema arranca de la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de julio de 1978⁷¹, en la que se estimó que la remisión que realiza la ley 272 a la ley 256-2 FN no lo es a toda hipótesis que pueda acoger la norma. Para el Tribunal Supremo únicamente cabe la reducción del usufructo de fidelidad en el caso de "la conflictiva que se origina por la concurrencia de hijos o descendientes de ambas uniones"; y, por tanto, no tiene lugar para las segundas nupcias que no resultaron fértiles. El cónyuge superviviente que concorra con hijos de anterior matrimonio mantendrá, según este pronunciamiento, su derecho de usufructo sobre el patrimonio del causante, incluyendo los bienes que les pertenezcan aquellos por igualación.

No sin razón se ha criticado esta visión del precepto, abundando en los antecedentes históricos de la ley 272 del FN, la discriminación de los derechos de los hijos de anterior matrimonio respecto a los que conciernan al viudo, el posible fraude a la ley que supondría tal intelección, la interpretación analógica de la norma⁷² y la quiebra del sistema del derecho de igualación que ello introduciría. Se aduce, además, la existencia de un pronunciamiento de la Audiencia Territorial de Pamplona, sentencia de 10 de diciembre de 1971⁷³, dictada con anterioridad al Fuero Nuevo, que propone la reducción del usufructo de fidelidad también por igualación con el viudo de segundas nupcias no fértiles. En realidad, basta con incidir en la interpretación del último inciso de

71. Sancho Rebullida, F., *Jurisprudencia Civil Foral*, T.II, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1997, nº 873, pp.706 y ss.

72. En sentido contrario Torres Lana, J.A., "El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa", *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2004, nº 37, p. 19.

73. Sancho Rebullida, F., *Jurisprudencia Civil Foral*, T.II, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1997, nº 759 ter, pp. 488 y ss.

la ley 256-2 del FN, que liga la reducción del usufructo viudal "según lo establecido en la ley 272", para defender esta tesis, cuando el derecho de los hijos nace por recibir el cónyuge superviviente liberalidades que le colocan por encima de lo que le corresponde por ley.

Así parece intuirse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004 (RJ 2004, 644)⁷⁴, aun cuando la argumentación deje mucho que desear, en el supuesto paradigmático de concurrencia de hijos de primer matrimonio, instituidos herederos fideicomisarios y demandantes del derecho de igualación, con la viuda de segundo matrimonio, heredera fiduciaria con facultad de disponer, a título oneroso y para caso de necesidad libremente apreciada por la instituida.

El Tribunal Supremo, con una interpretación que se limita a repetir la letra de la ley 272 del FN⁷⁵, acepta la nulidad de las disposiciones testamentarias, por constituir "una crasa violación del límite inserto en esa Ley". Las razones que se ofrecen en la sentencia no superan la ley 272 del FN y la situación en la que quedarían los hijos como herederos fideicomisarios, que no percibirían nada de presente y tampoco de futuro, si el cónyuge superviviente hiciera uso de la facultad de disposición⁷⁶. Como colofón se ordena que el patrimonio hereditario sea repartido por igual entre todos los instituidos.

El Tribunal Supremo acierta, aunque las razones que esgrime no explican del todo las conclusiones a las que llega. La idea que se postula en la sentencia, una institución del fideicomiso de residuo a favor de la segunda esposa desata la sanción de la ley 272 del FN, precisaría haber profundizado sobre cuál fuera ese mejor tratamiento

74. Puede sorprender que fuera el Tribunal Supremo el que resolviera este asunto y no el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. El mismo procedía de la audiencia Provincial de Guipúzcoa y el Supremo entendió que era competente, a pesar de incidir directamente en la interpretación del Derecho civil foral de Navarra, en virtud de lo dispuesto en el art. 73.1 a) LOPJ. Este precepto supedita la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial, al requisito de que la resolución recurrida se haya dictado por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Derecho Civil Foral o Especial se considere infringido.

75. En la primera y segunda instancia (SAP de Guipúzcoa de 21 de abril de 1998 (AC 1998/7933)) se rechazó la demanda porque la acción interpuesta era la de nulidad del testamento y no la "acción de inoficiosidad" que faculta la ley 272 del FN, entendiendo que la institución realizada por el disponente del fideicomiso de residuo respetaba los límites legales establecidos en la ley 239 del FN y los derechos de los herederos fideicomisarios, pues éstos podían exigir a la esposa que conservara y no dispusiera los bienes "mortis causa" y a título lucrativo.

76. Tribunal Supremo dirá: "El Derecho Foral Navarro, - siguiendo a la doctrina especializada y resoluciones de su orden judicial-, la citada Ley 272, inserta dentro de su L.II T.X, cuyo título es bien expresivo como "Limitaciones de la facultad de Disponer" de su Fuero Nuevo, prescribe una sanción protectora de los derechos de los hijos del primer matrimonio ante el supuesto evento de que su progenitor contraiga nuevas nupcias y, de las mismas o bien nazcan otros hijos, o bien sobreviva el segundo cónyuge -por lo que es inexacto, como se afirma en la impugnación del Motivo, que sólo juegue o sea atinente esa sanción ante la concurrencia con los segundos hijos de posterior matrimonio- y, por ello, en el caso de autos, es cierto que la disposición atacada en la que se nombra heredera fiduciaria a la segunda esposa de todos los bienes con facultad de disponer a título oneroso y en caso de necesidad -con la prohibición de la disposición gratuita de los mismos- nombrando a su vez fideicomisarios a los cuatro hijos anteriores, los hoy actores, supone una crasa violación del límite inserto en esa Ley, al sancionar que estos hijos "no deberán recibir de sus padres menos que el mas favorecido de los hijos o cónyuge del anterior matrimonio" (rcl 1973\ 456 y rcl 1974, 1077) , porque, siendo evidente que mientras persista este auténtico fideicomiso de residuo, los actores hijos de anterior matrimonio, no percibirán nada de presente, y, es más, con el riesgo de que tampoco lo reciban de futuro tras la muerte de la fiduciaria, si la misma, habilita la autorización para el evento de esa -en su caso, discutible- "necesidad", siendo, por lo demás, inadecuado o evanescente como remedio a tal desamparo la eventualidad que se inserta de que se pueden impugnar los Actos dispositivos de la fiduciaria (máxime cuando -se repite- hasta se posibilita que sea ésta la que "aprecie" la repetida necesidad habilitante de su facultad dispositiva) mientras que la citada adquiere y disfruta de todo el patrimonio así deferido, todo lo cual, conlleva a la acogida del Motivo, procediéndose con la debida corrección igualitaria que se prescribe, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del citada Ley 272, con la estimación del recurso y con los efectos derivados del art. 1715-1-3 LECiv, sin que a tenor del artículo 1715.2º LECiv, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los arts. 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso, al litigio".

económico que el causante procuró a su segunda esposa por encima del derecho que por ley posee toda viuda o viudo en Navarra.

No se abunda en la idea de que la institución de heredero fiduciario con facultad de disponer supone conferir la propiedad de los bienes fideicomitidos, aunque sea éste el núcleo central de la decisión⁷⁷. Es esa titularidad plena, que el disponente otorga voluntariamente a su viudo, la que determina el nacimiento del derecho de igualación, así como la que activa la reducción del derecho viudal conforme a la ley 256-2 del FN. Este último aspecto se silencia en la sentencia, a pesar de las dudas interpretativas a las que se ha hecho referencia, sin cuya dilucidación positiva no resulta tan evidente que el derecho de igualación de los hijos de primer matrimonio deba suponer la entrega en propiedad de una parte del valor del patrimonio hereditario, igual al que se atribuyó al viudo, como postula el Tribunal Supremo.

Tampoco se incide sobre las diferencias de esa institución de fideicomiso con el usufructo universal vitalicio que por ley corresponde al cónyuge superviviente, con el que mantiene concomitancias importantes derivadas de la temporalidad de ambos títulos y su común obligación de restituir; aspectos que seguramente se tuvieron en cuenta por el Notario autorizante para plasmar la última voluntad del disponente⁷⁸. Los herederos fideicomisarios no son propietarios de presentes, pero sí tienen un derecho de futuro aplazado, negociable, transmisible "mortis causa" y no "eventual".

Hay que tener en cuenta que, desde la perspectiva económica que marca la valoración tributaria de las transacciones, el fideicomiso con facultad de disponer⁷⁹ y el usufructo al que se liga dicha facultad⁸⁰, incluso por causa de necesidad, se reputan plena propiedad (Decreto Foral Legislativo 250/2002, 16 de diciembre, que aprueba el texto refundido de las disposiciones del Impuesto de Donaciones y Sucesiones). Además la

77. En tal sentido la STSJ de Navarra de 17 de marzo de 1993.

78. Dentro de la jurisprudencia se ha planteado las semejanzas existentes entre el fideicomiso de residuo y el usufructo con facultad de disponer. La STS de 9 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5335), que sigue la doctrina de RDGRN de 8 de febrero de 1950, señala al respecto que "No cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un "ius in re aliena", mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer "mortis causa", y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudos propietarios adquieren desde luego un derecho sobre los bienes cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, cuya esencial posición no se desnaturaliza por la cláusula que le atribuye la facultad de enajenar en caso de necesidad, yuxtaponiendo al derecho de usufructo tal poder dispositivo -sentencias de 17 de mayo de 1962 (RJ 1962\2248), 9 de diciembre de 1970 (RJ 1970\5440) y 14 de octubre de 1971 (RJ 1971\3954)"

79. Art. 45-3. a) En la sustitución fideicomisaria se pagará el Impuesto en la institución y en cada sustitución con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante, haciéndose aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.3 de esta Ley Foral.

b) Si los herederos instituidos en tal concepto no tuviesen derecho en ningún caso a disponer de los bienes de la herencia sujetos a la sustitución, ya por actos "inter vivos" o por causa de muerte, se reputarán como meros usufructuarios.

c) Cuando la autorización para disponer de dichos bienes se halle afecta a una condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad de cualquiera de los herederos, albaceas, contadores-partidores o de otra persona expresamente designada en el testamento, se liquidará por la plena propiedad de aquéllos; pero los derechohabientes del heredero podrán solicitar la devolución del Impuesto satisfecho por su causante en la parte correspondiente a la nuda propiedad si justifican el incumplimiento de la condición y la transmisión de los bienes afectados por la sustitución íntegramente al sustituto designado.

d) La disposición de la letra anterior se observará también cuando el testador autorice al heredero para disponer de los bienes en caso de necesidad, ya le imponga o no la obligación de justificar ésta, enajenando antes sus bienes propios, así como cuando dicha autorización deban otorgarla los coherederos, albaceas, contadores-partidores u otra persona expresamente designada por el testador.

Para que la devolución proceda deberá también acreditarse en estos casos la transmisión íntegra al sustituto de los bienes de la herencia sujetos a la sustitución.

80. Cf. Art. 38-2 Decreto Foral Legislativo 250/2002, 16 de diciembre, que aprueba el texto refundido de las disposiciones del Impuesto de Donaciones y Sucesiones.

normativa fiscal equipara la institución de heredero fiduciario con la del usufructuario (artículo 45-3, b y 46-4⁸¹ del texto refundido de las disposiciones del Impuesto de Donaciones y Sucesiones del 2002). La simple disposición como heredero fiduciario del viudo del causante bínubo y la atribución a la primera prole matrimonial de la condición de herederos fideicomisarios podría pensarse ajustada a las exigencias legales, por ser equivalente a un llamamiento abintestato. Su resultado económico, según la normativa foral, parece semejante al que depara la sucesión legal con la atribución de los derechos que les corresponden a cada uno de los sucesores⁸². Si ello es así, esas últimas voluntades del testador bínubo no deberían tener sanción, ni ser de aplicación las leyes 272 y 256-2 del FN.

Un último aspecto de esta sentencia Tribunal Supremo que resulta inquietante es su declaración de nulidad de las disposiciones testamentarias por vulneración de la ley 272 del FN. Este precepto, a pesar del pronunciamiento del Tribunal, no establece el decaimiento de las últimas voluntades del disponente, sino la "inoficiosidad" de sus efectos y la obligación de compensar las diferencias económicas "igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiarios, sin alterar las particiones de los demás". Este resarcimiento, además, puede efectuarse "con bienes de la herencia o con dinero", como ya se ha reconocido en STSJN de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2637), dado el criterio general de la responsabilidad "pro viribus" que impera en la sucesión "mortis causa" foral (ley 318 del FN).

IV. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS DESCENDIENTES DISCAPACITADOS EN NAVARRA

1. Aspectos generales de la cuestión

La protección de las personas con deficiencias físicas o psíquicas ofrece otra visión de los problemas que anuda el tema de la tutela de los derechos de los hijos de anterior matrimonio, enfrentando otras realidades igualmente necesitadas de amparo y protección.

La discapacidad, que sitúa a los sujetos que la sufren en situación de inferioridad y debilidad, ha sido un tema al que se le ha dado diversas respuestas legislativas, en aras de la equiparación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, con cobijo en el propio orden constitución (art. 49 CE).

En el ámbito estatal una de sus normas más significativas en la materia ha sido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial del discapacitado, que introdujo dentro del sistema un nuevo tipo de patrimonio⁸³, con el que se aspira ampliar los mecanismos privados de protección económica, en el ánimo de aligerar el peso que soportan las familias o las instituciones públicas en la atención personal y vital de esas personas⁸⁴.

81. Si el fiduciario o persona encargada por el testador de transmitir la herencia pudiera disfrutarla en todo o en parte, temporal o vitaliciamente, o tuviese la facultad de disponer de los productos o rentas de los bienes hasta su entrega al heredero fideicomisario, pagará el Impuesto en concepto de usufructuario y con arreglo al grado de parentesco que le una con el causante.

82. En caso de duda el viudo podría renunciar a la institución hereditaria y pedir lo que por ley le correspondiera, ya que se puede renunciar a la herencia y aceptar los legados, y viceversa.

83. Rubio Torrano, E., "El patrimonio del discapacitado", *Revista Gallega de Administración Pública*, 2005, pp. 321 y ss.

84. Esta tipificación legal, además de constituir jurídicamente toda una novedad, conjuraba cualquier duda o controversia sobre la factibilidad de constituir un patrimonio separado de tales características dentro del ordenamiento del Estado. No puede olvidarse las grandes controversias que se suscitaron en cuanto a la calificación del sistema de los derechos reales que rige en el Código civil, dividiéndose la doctrina entre los que entendían que era de "numerus clausus" o los que defendían un régimen de "numerus apertus". Cf. Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 22 y ss. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 78 y ss.

El patrimonio de protección, creado en beneficio de su titular, ha buscado satisfacer las mayores necesidades a las que se enfrentan las personas que sufren determinadas minusvalías⁸⁵. Por ello, se permite que puedan adelantarse a ellas su beneficiario, a través de la afectación de una parte de su patrimonio, o las personas que tengan una especial preocupación por su futuro (padres, tutores, curadores o terceros), constituyendo o dotando un patrimonio con liberalidades, inter-vivos bajo el régimen de la donación, "mortis causa" según las reglas de la sucesión. Tales atribuciones deberán ser aceptadas, conforme al régimen general⁸⁶, pudiéndose recabar el auxilio judicial ante una negativa injustificada de padres o tutores que limiten su constitución o acrecimiento⁸⁷.

Éste no es un patrimonio totalmente independiente, pues no goza de personalidad jurídica, ni responsabilidad separada⁸⁸. Cabe, no obstante, que los benefactores establezcan un ulterior destino de sus aportaciones, si se extingue el mismo por muerte de su titular, declaración de fallecimiento o cese de la situación que provocó la discapacidad⁸⁹ (art. 6-3 Ley 41/2003).

Sin duda, podría haberse avanzado mucho más en la protección de los intereses del discapacitado con otra caracterización patrimonial⁹⁰, que evitara que los esfuerzos económicos de padres o terceros puedan frustrarse ante la responsabilidad universal de su titular; responsabilidad efectiva, incluso, en caso de que el disponente haga uso de su facultad de destino, si el discapacitado carece de más fortuna (art. 4-3 Ley 41/2003)⁹¹. Pero la ley no profundizó en este punto, aunque sí reguló otros aspectos que pretendieron estimular y promover la creación de estos patrimonios, con implicaciones significativas para el régimen navarro.

El Código civil ha sufrido una profunda reforma en aras de ese fin, en temas como la autotutela (arts. 223, 234 y 239 Cc)⁹², la regulación del contrato de alimentos

85. Para la ley 41/2003 no todo sujeto con disminución de capacidades posee la condición de discapacitado. Sólo las personas que reúnan los requisitos que se señalan en art. 2.2: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

86. En caso de que carezca el discapacitado de capacidad de obrar, la aceptación de la donación deberá ser efectuada por sus representantes legales, por ello no se plantean ulteriores exigencias de consentimiento para este supuesto en la ley 41/2003. Ha de tenerse en cuenta que la doctrina mayoritaria considera que para la aceptación de donaciones puras y simples (art. 626 del CC) no se precisa capacidad de obrar general, bastando la aptitud psíquica de entender y querer (Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil I*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 123-124).

87. El régimen previsto en la ley, respecto a la necesidad de la aceptación de las aportaciones que se realicen por terceros por parte del discapacitado, con o sin asistencia de curador, o por parte de sus representantes legales, careciendo de capacidad, no es sino la aplicación de las exigencias relativas al negocio jurídico de la donación, en la que se precisa la aceptación para que ingresen en el patrimonio del beneficiario los bienes y derechos asignados, así como la forma oportuna (art. 3 y 4.1 de la Ley 41/2003)

88. Pereña Vicente, M., "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *Actualidad Jurídica*, primera quincena de 2004, pp. 1764 y ss.

89. Art. 2.2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

90. Cf. Martín Santisteban, S., "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, n° 612, pp. 1 y ss.

91. En caso de que el discapacitado dispusiera de otros bienes de valor suficiente para hacer frente a sus deudas, la circunstancia de la peor ejecutabilidad de los bienes no debería impedir que se cumpliera las previsiones de destino patrimonial que dispuso el aportante.

92. Debe destacarse que la Ley 41/2003 no siempre tiene presente para la aplicación de sus medidas a los mismos sujetos. Para la constitución de un patrimonio protegido se tiene en cuenta a los discapacitados en los que concurren las circunstancias del art. 2-2 de la ley, se encuentren o no incapacitados. Sin embargo, para la aplicación de alguna de las medidas de Derecho sucesorio, como el gravamen de la legítima estricta, se debe estar incapacitado, aunque no se sea discapacitado conforme a los parámetros del art. 2-2 de cita ley 41/2003. Esta diversidad de criterios, en cuanto a los sujetos protegidos, ha sido criticada por los autores, ya que no deja de generar perplejidades en la utilización de estos mecanismos. Cf. Pereña Vicente, M., "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *Actualidad Jurídica*, 2004, n° 20, pp. 1764 y ss.; Lucini Nicás, J., "La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad", *Actualidad civil*, segunda quincena de julio de 2004, pp. 1623 y ss.

(arts. 1791 a 1797 Cc), o la emblemática disciplina de "legítima de los hijos". Esta última animada por el sentimiento de que los padres pudieran proteger ampliamente a su descendencia más necesitada.

El régimen sucesorio "mortis causa" del Código civil se ha modificado en varios aspectos. Se ha autorizado al causante para gravar la legítima estricta del resto de legítimarios "en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado", siempre que los otros coherederos forzosos sean instituidos herederos fideicomisarios (arts. 782, 808, 813 Cc). Se ha excluido del cómputo de la legítima, y de la obligación de colacionar, la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual que favoreciera al discapacitado (822, párr. 1º Cc). Por ministerio de la ley, se ha impuesto un legado legal de habitación para "el legitimario discapacitado que lo necesite" y hubiera convivido con el fallecido (art. 822, párr. 2º Cc)⁹³.

La intangibilidad cualitativa y cuantitativa de legítima se ha visto fracturada para proteger a los hijos incapacitados o discapacitados, y minimizar las dramáticas consecuencias vitales que ocasiona el fallecimiento de las personas que atendían a esos legítimarios más necesitados, ya fueran descendientes, ascendientes o cónyuge.

En Navarra estas inquietudes del legislador estatal apenas han tenido eco, ni se ha manifestado preocupación por ahondar en la cuestión de la protección patrimonial de las personas con discapacidad, a pesar de las competencias legislativas de la Comunidad Foral sobre la mayor parte de los aspectos civiles y fiscales que se disciplinan en la Ley 41/2003.

Este descuido del legislador foral plantea problemas que trascienden a la reafirmación de sus competencias legislativas y la preservación de su hecho diferencial normativo. El Derecho civil navarro posee una disciplina peculiar sobre persona, patrimonio y sucesión "mortis causa" que le obliga al ajuste normativo, si se quiere ofrecer al discapacitado navarro un nivel de protección semejante al que, en estos momentos, confiere el régimen general.

Por otra parte, la regulación estatal no ha querido, ni ha podido, inmiscuirse en la regulación material que compete a los Derechos civiles forales o especiales y que afecta a la ley de protección patrimonial de las personas discapacitadas, como reconoce su exposición de motivos y se dispone en su articulado (arts. 4-2 y 6-3 Ley 41/2003). El recurso de inconstitucionalidad (núm. 1004/2004)⁹⁴ instado por el Parlamento de Cataluña contra el art. 1-2⁹⁵ de la ley 41/2003 da una idea de los intereses que se hallan en juego.

Esta situación se ha agravado con la actuación poco meditada del legislador foral, que ha decidido regular el tratamiento fiscal del patrimonio protegido sin considerar cuál fuera la regulación sustantiva a la que debía referirse. La ley foral 19/2004, 29 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias, estableció un tratamiento tributario idéntico al estatal, y para ello se ha remitido a los aspectos sustantivos de la Ley 41/2003⁹⁶. El presupuesto del que parece partir este com-

93. Pereña Vicente, M. "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *La ley*, nº. 5957, 18 de febrero de 2004, pp. 1 y ss; Díaz Alabart, S., "La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, 2004, pp. 258 y ss.

94. BOE núm. 102, de 27-04-2004, p. 16606

95. En dicho precepto se indica que "el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código civil",

96. Ley Foral 19/2004, 29 de diciembre. Art. 1, siete, ocho y nueve. Vigésima. Régimen fiscal de las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

A las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se les aplicará el siguiente régimen fiscal...

portamiento, la incorporación del contenido de esta ley al Derecho civil de Navarra, resulta criticable por varias razones.

En primer lugar, el carácter fiscal de una norma no sustrae que se satisfagan en los aspectos sustantivo-civiles las exigencias que requiere la aprobación de las leyes de Derecho civil, mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto (arts. 20-2 y 48-2 LORAFNA); tales requisitos no se han cumplido.

En segundo lugar, la compleción del ordenamiento civil navarro orilla la inmediata referencia al Derecho estatal. Habrá que intentar integrar las lagunas normativas, conforme al sistema de fuentes establecidos en el Fuero Nuevo, antes de recurrir al Derecho civil general (leyes 5 y 6 FN). Y en este tema se cuenta con una regulación que permitiría suplir dicho vacío y crear instrumentos semejantes a los que se articulan en la citada Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre. En Navarra rige, en materia de derechos reales, un sistema de "numerus apertus"⁹⁷. Se contemplan, además, algunas disciplinas específicas para patrimonios separados o de especial afectación. Así, se reconoce, por disposición de ley, el patrimonio hereditario en cuanto al régimen de responsabilidad por deudas del causante (ley 319 FN) y se permite la separación patrimonial voluntaria para los supuestos de designación de heredero de confianza (leyes 289 y ss FN) o la fiducia en garantía (ley 466 FN). Por tanto, la constitución de un patrimonio protegido podría llevarse a cabo sin acudir a la normativa del Estado, aunque la carencia de una regulación detallada sobre su régimen de administración y supervisión, obligara a prever tales extremos al momento de su conformación.

La situación producida plantea el indudable problema práctico de la inseguridad normativa. Tampoco resulta deseable, pues conlleva una pérdida de oportunidad para avanzar en la protección material del discapacitado y la mejora del régimen de la Ley 41/2003⁹⁸.

El Derecho patrimonial navarro ofrece una estructuración que facilita el acomodo de las titularidades fiduciarias, no tan evidente en el régimen general. Navarra podría, en uso de sus competencias legislativas, configurar un régimen de patrimonio fiduciario, semejante al conocido *trust*⁹⁹ del *Common Law*, sin los reparos estructurales a los que se enfrentó la citada Ley 41/2003. De esta forma nos aproximaríamos a ordenamientos cercanos¹⁰⁰, como el italiano¹⁰¹, y mejoraríamos las bases jurídicas de nuestro Derecho propio, ofreciendo instrumentos de gran utilidad para la tutela de multiplicidad de intereses concurrentes en el tráfico económico.

97. Sancho Rebullida, F.A., "Los derechos reales en Fuero Nuevo de Navarra", *Estudios de Derecho civil* II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 258 y ss.

98. Rubio Torrano, E., "El patrimonio del discapacitado", *Revista Gallega de Administración Pública*, 2005, p. 339.

99. Quienes desean beneficiar a un sujeto afectado por una discapacidad transmiten, mediante acto "mortis causa o inter vivos", la propiedad de determinados bienes a una persona física o jurídica, que se obliga a administrarlos y gestionarlos en beneficio del discapacitado. Esa persona física o jurídica queda vinculado a destinar los bienes a la satisfacción de las necesidades de la persona discapacitada, sin que tal patrimonio quede afecto a la responsabilidad patrimonial del constituyente del mismo, ni a la del titular que los gestiona y administra.

100. El Convenio de la Haya de 1 de junio de 1985, "sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento" ha sido firmado y ratificado por Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Italia (desde 1 enero de 1992), Holanda (desde 1 de febrero de 1996), Francia y Luxemburgo. Cf. Cámara Lapuente, S. "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea", *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1099 y ss.

101. El pasado 5 de julio de 2005 se aprobó por la Cámara Italiana un proyecto de ley que introducirá en el Código civil italiano un nuevo precepto, artículo 2645-ter, según el cual en el registro de la propiedad inmobiliaria se podrá hacer constar la afectación de los bienes inmuebles o bienes muebles registrados para la realización de intereses mercedores de tutela. Cf. Viglione, F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 65 y ss.; Neri, A., *Il trust e la tutela del beneficiario*, Cedam, Padova, 2005, pp. 12 y ss.

2. La protección del discapacitado en la sucesión "mortis causa"

Los inconvenientes a los que se ha aludido, en cuanto a la constitución o dotación del patrimonio protegido en la Comunidad Foral, se tornan dificultades insalvables cuando su efectividad se condiciona a la muerte de la persona, bajo cuyo cuidado se encontraba el discapacitado o incapacitado, y se activan los límites, antes reseñados, a la libertad dispositiva del causante.

No hay compatibilidad posible entre la tutela de los derechos de los hijos de anterior matrimonio y la protección del hijo discapacitado de segundas nupcias, pues la obligación de igualación que se impone en la ley 272 del FN no conoce excepciones que permitan favorecer a esos descendientes, aunque sea por tan loable motivo como la evidente necesidad. Cuando el hijo discapacitado ha sido fruto de un segundo matrimonio, la voluntad del padre o madre por tutelarle económicamente, constituyendo a su favor un patrimonio protegido o aportando al mismo bienes suficientes para su vida, chocará con esa limitación a su libertad dispositiva. Las liberalidades asignadas al hijo o descendiente, aunque se justifiquen por esa causa meritoria, no se librarán de la inoficiosidad, y a pesar de que los descendientes que la demanden no precisen del patrimonio del difunto para su mantenimiento ni desarrollo vital.

La ley 272 del FN es demoledora, incluso aunque sólo se pretenda atribuir una donación o legado de derecho de habitación sobre la vivienda habitual que el causante compartía con el discapacitado. Todo lo que éste reciba del disponente entrará en el cómputo de la igualación, pues la legítima foral no atribuye a los hijos derecho económico alguno (leyes 267-271 FN).

La posición a la que se relega en Navarra al descendiente discapacitado o incapacitado de las segundas nupcias contrasta con la que se ofrece en el régimen del Código civil, a pesar de fundarse éste en un estricto sistema de legítimas materiales. En este último ordenamiento, se podrá mejorar y fracturar el reparto lineal de las legítimas (arts. 823 y ss. Cc). Cabrá instituir al incapacitado heredero fiduciario, gravando la legítima estricta del resto de sus hermanos. Y se le beneficiará, excluyendo de la colación la donación o el legado voluntario de habitación, o atribuyendo legalmente ese derecho cuando precise alojamiento (art. 822 Cc). Nada de ello resulta posible en el régimen foral, si procede el derecho de igualación de la 272 del FN. Y esta realidad presenta una difícil defensa cuando se trata de proteger al hijo discapacitado, cuya desigualdad de trato normativo no vulnera los principios de "no discriminación e igualdad ante la ley" (art. 14 y 39 CE).

No se puede desconocer, sin embargo, que el régimen de limitaciones "mortis causa" con las que topan los padres navarros se encuentra legitimada por las competencias legislativas que ostenta nuestra Comunidad Foral y la singularidad de su régimen sucesorio "mortis causa", que difiere del Código civil. Esta situación debería variar si se quiere profundizar en el amparo patrimonial de los discapacitados, como apuntan las medidas fiscales adoptadas en la Ley foral 19/2004. Entonces, será ineludible que desaparezcan las barreras que imponen la ley 272 del FN, ya que el alea del nacimiento no puede determinar un trato desigual de la prole con minusvalías, mediando en todos los casos idénticas razones de protección, y hallándose su tutela ligada a un principio de orden constitucional.

Otras singularidades de nuestro ordenamiento foral añaden dificultades a una previsión patrimonial amplia para el hijo discapacitado.

El derecho vidual del cónyuge o pareja estable (ley 253 FN), cuando se ostenta por quien no es progenitor del discapacitado, puede motivar que se atenúe su amparo patrimonial, según lo apuntado en relación con la ley 256-2 FN. En estos casos queda a la buena voluntad del supérstite que el discapacitado logre el uso y disfrute de los bienes atribuidos, incluso cuando se trate del derecho de habitación sobre la vivienda habi-

tual que compartía con el causante. La única solución a este dilema provendrá de una interpretación generosa de los deberes que se engloban dentro de la obligación de prestación de alimentos, que vincula al cónyuge superviviente frente a los hijos o descendientes del fallecido (ley 259-3 FN). Su incumplimiento se sancionará con la privación del usufructo viudal, instado por el nudo propietario, y este castigo será el mejor acicate para evitar la desatención de esa descendencia necesitada (262-4 FN).

La utilización del pacto sucesorio o el testamento de hermandad también pueden generar en la tutela del discapacitado interacciones adversas, cuando la incapacidad o discapacidad tenga lugar en fecha posterior a la celebración de esos negocios jurídicos.

La gran bondad de estos instrumentos, la adopción de decisiones sin vuelta atrás, se torna un obstáculo insalvable cuando sobreviene una situación inopinada. En el contrato sucesorio, el disponente no podrá modificar, por su sola voluntad, la institución de heredero o atribuciones que hubiera realizado, pues los pactos devienen irrevocables desde la aceptación (ley 178 del FN). Igualmente el fallecimiento de alguno de los otorgantes, en el testamento de hermandad con instituciones recíprocas, conllevará que quede vedada toda disposición a favor de terceros a título lucrativo (ley 204 FN). Estas rigurosas consecuencias que acompañan a la libertad de testar, para las que quizá debiera pensarse en una cláusula "rebus sic stantibus", pueden conjurarse con una adecuada previsión en los instrumentos que se otorguen, según admite la normativa foral.

Nada se podrá hacer, sin embargo, cuando el futuro discapacitado renuncie anticipadamente a la herencia, pues su resolución será irrevocable (ley 315 FN) y plenamente válida y eficaz, si consta en escritura pública (ley 155 FN). Las circunstancias sobrevenidas no pueden alterar el sentido de aquella, los eventos posteriores no admiten una proyección hacia el pasado que justifique un hipotético vicio de la voluntad, según sostiene el Tribunal Supremo¹⁰².

La opción de actuar en vida, para eludir las limitaciones que se imponen "mortis causa", no siempre será una solución deseable o válida. El futuro causante puede no estará dispuesto a perder de manera inmediatamente unos bienes y derechos que, quizá, necesite para su propia subsistencia. Además, cuando cree o dote un patrimonio tiempo antes de la muerte, una prueba eficaz sobre el fraude a los derechos de tercero impedirá que pueda saltarse las restricciones que marca el propio ordenamiento (ley 22 FN).

El único recurso válido al que aboca el actual panorama normativo es la acción legislativa responsable, que dé solución a todos los intereses en juego en consonancia con el sistema privativo de Navarra.

V. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS HIJOS DE ANTERIORES NUPCIAS: PRESUPUESTOS PARA SU REVISIÓN EN EL RÉGIMEN NAVARRO

Hasta aquí se han desgranado los problemas que plantea, desde distintos ángulos, la protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio. Las muchas incertidumbres e ineficiencias que genera la observancia de este principio, en su adecuación a los actuales dictados sociales, introducen dudas sobre su utilidad y necesidad, si bien

102. STS de 29 de diciembre de 1997 dirá que: "Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo".

no se puede desconocer que la última palabra sobre la vigencia normativa la tiene siempre el legislador.

Toda reforma normativa, para que sea efectiva, requiere una adecuada ponderación de las situaciones que pretende regular y las necesidades a las que ha de servir. Por ello, se hace necesario preguntarse si más allá de la tradición jurídica, que una realidad cambiante puede dejar de legitimar, hoy en día tiene sentido que se mantenga el principio de protección de los derechos de los hijos de anterior matrimonio en el sistema de atribución patrimonial y sucesorio de Navarra. Y, si es así, qué aspectos deberían reformarse y cuáles tendrían que mantenerse en el proceso de ajuste a los dictados marcados por la actual realidad social.

Un dato inexorable, para esta valoración, es el hecho de que la actual fisonomía de la familia navarra apenas ofrece diferencias relevantes, que contrasten con las realidades familiares del resto de España y entorno europeo¹⁰³. Fenómenos como la llamada "familia de hecho" o la "familia recompuesta" tienen, también, una presencia importante en la Comunidad Foral.

Ya se ha hecho referencia a la problemática sucesoria que genera la llamada "familia de hecho", al valorar las dudas interpretativas que plantea el derecho de igualdad de la ley 272 del FN, amparada en el ordenamiento jurídico navarro por la Ley 6/2000, de 3 de julio. Alguna reflexión merece ese otro fenómeno de la "familia recompuesta", apenas tratado desde la perspectiva jurídica en nuestro ordenamiento, y cuya problemática resulta bien conocida en ámbito anglosajón bajo la terminología de "blended families" o "stepfamily"¹⁰⁴.

El inexorable ritmo de crecimiento de la ruptura matrimonial, por separación o divorcio¹⁰⁵, y la natural tendencia a nuevas relaciones afectivas han promovido el auge del fenómeno de la familia "recompuesta o reconstituida". Con este término se alude a los nuevos grupos familiares que se producen cuando los padres rehacen sus vidas, tras la ruptura de una relación anterior, contrayendo nuevo matrimonio e incorporando a ese núcleo convivencial los hijos habidos en relaciones anteriores¹⁰⁶. A esta estructura se le augura una creciente presencia en la sociedad post-industrial y se atisba como el tipo de familia prevalente del futuro¹⁰⁷.

Este tipo de organización familiar no es tan novedoso como parece. La recomposición de la familia, con integración de hijos de anteriores matrimonios, siempre ha estado presente en nuestra sociedad por las nupcias de los progenitores viudos con hijos menores a su cargo. La novedad del tema es la amplitud de supuestos que dan pie a que surja un grupo familiar de esta índole, por la facilidad con la que se accede al

103. Cf. Petitti, C., "I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro", *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2003, n° 4, pp. 1021-1037; Paladín, M., "La filiazione nella famiglia di fatto", *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2002, n° 3, pp. 609-622; Rescigno, P., "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2000, n° 1, pp. 1 y ss.; Dell' Utri, M., "Famiglie ricomposte e genitori "di fatto", *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2005, n° 2, pp. 275 y ss.

104. Según los estudios sociológicos que se han venido realizando en Estados Unidos e Inglaterra, se prevé que para el inicio del próximo siglo la "segunda familia" será el tipo sociológico de familia prevalente. Cf. Zoppinni, A., *Le successioni in Diritto comparato*, Trattato di Diritto Comparato, Utet, Torino, 2002, p. 114, nota 61.

105. En España, según los datos que se ofrecen, el ritmo de crecimiento de los divorcios supera el de los matrimonios.

106. De Mauro, "Le famiglie ricomposte", *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2005, n°4-5, pp. 767 y ss.; Biló G., "I problema della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese", *Rivista di Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2004, n° 4-5, pp. 831 y ss.; Auletta, T., "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *Rivista di Diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2005, n° 1, pp. 19 y ss.

107. Zoppinni, A., *Le successioni in Diritto comparato*, Trattato di Diritto Comparato, Utet, Torino, 2002, p. 114.

divorcio, la extensión de la convivencia "more uxorio", o el creciente fenómeno de familia monoparental. El espectro de la familia reconstituida se ha ampliado e incrementado en número, y ello supone la potencial intensificación de los conflictos en relaciones que son tendencialmente problemáticas¹⁰⁸.

En el Derecho sucesorio la atención sobre la familia "recompuesta" se ha proyectado sobre dos temas.

El primero consiste en la posibilidad de conferir un trato sucesorio semejante al que se dispensa para la filiación propia a los hijos de la pareja o cónyuge. En esta línea se cuestionan la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que olvidan en la sucesión legal a los sujetos que han mantenido una relación especialmente significativa con el "de cuius", conviviendo con éste y prestándoles asistencia gratuita. Se critica que no sean llamados a la sucesión intestada los hijos de la pareja o cónyuge, que compartieron vida y afecto con el causante, cuando la sucesión legal se configura como una respuesta a los vínculos afectivos y de solidaridad que se soportan en la convivencia. En apoyo de esta tesis se aducen motivos éticos, que llevarían a que la paridad de trato que se dispensa en vida a los hijos que conviven en un mismo núcleo familiar se extienda "mortis causa", para evitar que una distinta filiación conlleve la diversificación de los estatutos patrimoniales de esos sujetos.

Hasta la fecha estos planteamientos han tenido una escasa fortuna normativa, pero no se puede desconocer su proyección de futuro. Baste pensar que en California (Cal. Probate Code § 6408) se admite el llamamiento intestado del hijo de la pareja o cónyuge, si la relación interpersonal fue iniciada durante la minoría de edad del llamado y queda constancia clara de que el causante estaba dispuesto a adoptarlo. En Italia se acepta una vocación dentro del segundo grado de afinidad, cuando se viviese a cargo del "de cuius" (art. 2122 C.civ.). Y en el sistema inglés se reconoce al sujeto que fue tratado como hijo en el ámbito familiar el derecho a reclamar el patrimonio hereditario, cuando sea posible comprobar que existió un efectivo ejercicio de la autoridad parental (§1, d) *Inheritance Act* de 1975).

El segundo gran tema al que se enfrenta la familia recompuesta descansa en la cuestión que nos ha venido ocupando, la tutela de los intereses de los hijos de anteriores nupcias frente al segundo cónyuge. El punto de mira se centra en el riesgo que los bienes que provienen del primer matrimonio acaben siendo recibidos por la segunda familia. Se plantea la cuestión de la captación de voluntad del causante, pero sobre todo la distracción de los bienes del tronco familiar, al que naturalmente debieran revertir, ante la creación de nuevas relaciones familiares. Las soluciones que se ofrecen, disciplina sucesoria especial para la segunda familia con un criterio diverso de reparto de las cuotas hereditarias, o régimen de devolución de los bienes hereditarios a favor de determinados hijos¹⁰⁹, recuerdan la problemática que envuelve nuestras leyes 272 y 274 del FN¹¹⁰.

Desde estos parámetros, las normas que protegen "el principio de protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio" no sólo no han quedado desfasadas, sino que miran hacia el futuro, adelantándose a una conflictividad en alza y cada vez más común. Ello no supone, sin embargo, que el tenor actual de las leyes 272 y 274 FN no requiera una profunda revisión que dé respuesta a los problemas que ya se han reseñado.

108. Cf. Zoppinni, A., *Le successioni in Diritto comparato*, Trattato di Diritto Comparato, Utet, Torino, 2002, p. 115.

109. Zoppinni, A., *Le successioni in Diritto comparato*, Trattato di Diritto Comparato, Utet, Torino, 2002, pp. 115-120.

110. Archederra Aranzadi, I., "Divorcio y reserva de bienes", *Anuario de Derecho civil*, 1999, pp. 1401 y ss.

Bajo mi punto de vista el futuro normativa de esas leyes no debería ser semejante, pues los intereses que en cada caso subyacen presentan una proyección diferente, aunque se encuentren ligados por el sentir común de la protección de los hijos de anterior matrimonio.

En el caso de la reserva viudal, ley 274 del Fuero Nuevo, habría que reconsiderar la doble faceta a la que sirve: la captación de voluntad del disponente por la nueva familia y la quiebra de la confianza que supone destinar a extraños unos bienes que provienen de un grupo familiar, defraudando la fe que se depositó en el causante para que actuara en beneficio de su primera descendencia, conforme a los criterios de justicia distributiva.

Ciertamente la reserva viudal en Navarra siempre se ha ligado al hecho de las primeras y segundas nupcias, pero las nuevas realidades familiares y sociales tendrían que llevar más allá el tenor de la ley 274 del FN. Con el fin de ajustar el sistema, habría que extender la protección patrimonial a todos los hijos que provengan de una primera familia, matrimonial o no, frente a la segunda, cualquiera que sea su condición. El Fuero Nuevo permite que los padres usufructúen los bienes de sus hijos, sean o no matrimoniales, en interés de la familia que con ellos conforman (ley 63-3 FN), y el propio ordenamiento reconoce que reviertan a la línea familiar los bienes troncales en la sucesión intestada (leyes 305 y ss.). Por tanto, no hay razón para establecer diferencias entre unos descendientes y otros, en ese cumplimiento de los dictados de la justicia distributiva.

Creo, además, que esa ley 274 del FN debería acoger otros aspectos de la actual realidad social. No se puede desconocer que la amenaza de captación de voluntad, tradicionalmente limitada a la "madrastra" o "padrastra" e hijos de la segunda familia, actualmente no es la única, ni la más potente. La prolongación de la vida hasta edades muy avanzadas, la soledad de los mayores por abandono del hogar de los hijos y fallecimiento del cónyuge o conviviente, sus mayores necesidades de atención y las dificultades materiales para asumir los descendientes su cuidado¹¹¹, hacen que los padres mayores sean una presa fácil para personas e instituciones que pretendan obtener su favor "mortis causa". El establecimiento de un régimen de protección que evite las decisiones de último momento sobre el destino del patrimonio y garantice que vuelvan a la familia de origen los bienes que recibió de ésta, una vez haya atendido sus necesidades, puede ser una decisión adecuada en el actual escenario social. Ninguna novedad se introduciría en el sistema con tal previsión, pues a esa mismas razones atiende la figura de la incapacidad que se establece en el Fuero Nuevo para adquirir a título lucrativo, inter-vivos o mortis causa, por "las personas que hayan intervenido para la formalización" de los actos de última voluntad (ley 153-1 FN).

En cuanto al futuro del derecho de igualación, pienso que éste debe apuntar hacia la profundización de la libertad dispositiva "mortis causa". Las dificultades de adaptación de la ley 272 del FN al contexto social tendrían un plausible remedio si se prescinde de la obligación de igualación en caso que los actos del causante beneficien a los hijos de segundas nupcias. Aquí se encuentran en juego los bienes del disponente y no los que le asignaron confiando en su buen juicio, como acontece en la ley 274 del FN. Las razones que hacen atractiva esta idea son varias.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la exigencia de igualación a los hijos y descendiente de primeras nupcias contradice las bases en la que se asienta el sistema sucesorio navarro. Es el único punto en el que se arrumba el régimen de la legítima formal; cuando, además, la libertad civil permite que el causante disponga a favor

111. Arcos Vieira, M.L., "El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 347002, de 10 de diciembre, de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, 2003, nº 36, pp. 51 y ss.

de terceros de todo su patrimonio y no le impide que su descendencia quede sin bienes, sin reproche o sanción por actos que pueden considerarse extraños según el orden natural de los afectos.

En segundo lugar, la presunción "iuris et de iure" que establece la ley 272 del FN de captación de voluntad, por favorecer a los hijos de segunda nupcias, plausible en un régimen que diferenciaba los estatutos familiares, ofrece una difícil defensa si se postula el acercamiento pleno entre éstos. No resulta inteligible la exclusión de la ley 272 del FN de los hijos "sin posesión de estado", que no encajan en el supuesto de la norma por no mediar relación familiar, desde la perspectiva de protección de unos hijos y no de otros¹¹², aun cuando el silencio de la ley les conceda la ventaja de recibir sin restricciones.

En tercer lugar, no puede olvidarse que, hoy por hoy, la verdadera dimensión del amparo económico de los "hijos y descendientes" deviene del amplio derecho de prestación de alimentos que impone el ordenamiento jurídico a los padres; el verdadero motor de fortuna y medios de obtención del sustento depende de la educación. A ello se suma que, generalmente, los bienes que se reciben "mortis causa" carecen de la relevancia vital y profesional que ofrecían en otros tiempos. La prolongación de las expectativas de vida hace que el llamamiento sucesorio acaezca en un momento en el que los descendientes se encuentran ya plenamente instalados social y económicamente. Permitir que el causante decida el destino de su patrimonio, también entre sus hijos, facilitaría la tutela particular de los miembros más necesitados de la familia. De esta forma podría resolverse, con pleno respeto al sistema sucesorio navarro, las exigencias de protección a las personas con discapacidad, facilitando la creación de patrimonios protegidos a favor de los hijos y descendientes, necesitados de mayores recursos para su subsistencia y atención.

La única salvedad a esta idea de ampliación de la libertad dispositiva del causante, frente al derecho de igualación de la ley 272 del FN, es la que concierne al cónyuge superviviente, que debiera extenderse al conviviente por coherencia del sistema.

No se puede olvidar la posición económica que disfruta "mortis causa" el viudo en Navarra, ciertamente privilegiada. Goza de un usufructo legal vitalicio y universal sobre todo el patrimonio del causante, al margen de los derechos que le competan por régimen económico matrimonial. Situación que contrasta abiertamente con la de los hijos y descendientes.

Tampoco se puede desconocer la realidad social que rodea la situación del viudo del causante que reitera nupcias, generalmente enfrentada en afectos con los hijos de anteriores relaciones. Datos como los ofrecidos en Francia sobre la conflictividad hereditaria¹¹³, que desvelan que la controversia más común es la que se plantea entre el cónyuge sobreviviente y los hijos de anterior matrimonio del causante, hacen reflexionar sobre esta situación, así como la bondad de eliminar toda restricción a la libertad dispositiva "mortis causa". Las naturales expectativas de los hijos pueden sucumbir ante comportamientos ofuscados o cautivos del disponente, de los que ni siquiera él es consciente. El derecho de igualación de la ley 272 del FN ofrece, entonces, un bastión que conjura los males de una libertad civil que puede resultar esclava de sí misma.

112. El problema ya se ha planteado ante los Tribunales, aunque no ha tenido respuesta. En la SAP de Navarra de 8 de noviembre de 2002 (Jur 2003/20665) el reconocimiento de la filiación extramatrimonial sin posesión de estado, respecto a un señor que con posterioridad contrajo nupcias fértiles, se acompañó de la petición de pronunciamiento sobre el derecho de igualación de la ley 272 del FN. La primera petición fue acogida, dada la negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, pero la segunda se desechó por extemporánea, ya que el padre no había fallecido y se desconocía las reglas que regirían su sucesión al momento del óbito.

113. Según un estudio sociológico realizado en Francia, en dos tercios de las causas hereditarias sobre el reparto de los bienes, el conflicto nacía de las controversias entre el cónyuge sobreviviente y los hijos de anterior matrimonio del causante Cf. Zoppinni, A., *Le successioni in Diritto comparato*, Trattato di Diritto Comparato, Utet, Torino, 2002, p. 115.