

XXVII Congreso Internacional del Notariado Lima (Perú) del 10 al 12 de octubre de 2013

Tema I: Reflexiones del Notariado acerca del Derecho de familia y del Derecho sucesorio en el marco de las nuevas relaciones sociales

Informe nacional de Alemania Sigrun Erber-Faller, Notaria en Memmingen, Alemania

Índice

| | | |
|------|---|----|
| A. | Introducción..... | 2 |
| I. | Resumen histórico..... | 2 |
| | 1. La evolución del Derecho de familia | 2 |
| | 2. La evolución del Derecho sucesorio | 5 |
| II. | La importancia del tema para el notariado en Alemania | 8 |
| III. | La evolución jurídica durante los últimos años | 10 |
| | 1. Modificaciones mediante la reforma del derecho de alimentos | 10 |
| | 2. Modificaciones del derecho de la pensión compensatoria | 11 |
| | 3. Reforma del régimen legal de la filiación y de la situación jurídica del niño | 11 |
| | 4. Ley de reforma del Derecho sucesorio | 12 |
| | 5. Reforma del procedimiento en asuntos de jurisdicción voluntaria. Aplicación de la Ley alemana sobre el procedimiento en asuntos de familia y en asuntos de jurisdicción voluntaria (FamFG)..... | 12 |
| B. | Descripción de la situación jurídica actual | 13 |
| I. | Descripción del sistema jurídico | 13 |
| | 1. El matrimonio y la unión civil registrada de personas del mismo sexo | 13 |
| | 2. Filiación y adopción..... | 15 |
| | 3. El divorcio/la separación legal de la unión civil registrada..... | 20 |
| | 4. La sucesión (el derecho de los herederos, del cónyuge supérstite y de los hijos) | 22 |
| II. | Exposición de los siguientes puntos temáticos esenciales | 26 |
| | 1. Evolución de las uniones matrimoniales/uniones civiles y de las relaciones familiares..... | 26 |
| | 2. Transmisión de patrimonio | 35 |
| | 3. Instrumentos de regulación..... | 38 |
| C. | Las consecuencias de la situación actual | 43 |
| I. | Las expectativas y perspectivas políticas en Alemania..... | 43 |
| | 1. a nivel de las autoridades públicas..... | 43 |
| | 2. a nivel de la profesión de notario | 44 |
| | 3. a nivel de las personas implicadas en las relaciones jurídicas | 44 |
| II. | Repercusiones sobre la sociología del país teniendo en cuenta las tendencias observadas..... | 45 |
| D. | Conclusiones/Sugerencias | 49 |
| I. | Prioridad para las familias / uniones de hecho con hijos, independientemente del matrimonio | 49 |
| II. | Adaptación del régimen jurídico de la filiación a la realidad biológica y social..... | 50 |
| III. | Mejor protección del cónyuge o la pareja supérstite ante los derechos a la herencia o a la porción legítima por parte de los hijos | 50 |
| IV. | Mejora de la situación de la categoría tributaria II en la tributación de sucesiones y donaciones..... | 51 |
| E. | Síntesis..... | 51 |
| I. | Las características más destacadas del sistema presentado | 51 |
| II. | Los aspectos esenciales del informe | 52 |

A. Introducción

I. Resumen histórico

El Derecho de familia y el Derecho sucesorio están codificados como IV y V libro del Código civil alemán. El Código civil alemán entró en vigor el 1.1.1990. Desde entonces, el Derecho de familia ha sufrido diversos cambios en algunos ámbitos, mientras que el Derecho sucesorio permaneció prácticamente sin cambios.

1. La evolución del Derecho de familia

a) El concepto de *familia*

El concepto de *familia* consta en el Derecho alemán en numerosos lugares, no obstante, no está definido legalmente. Por consiguiente, puede tener un significado diferente dependiendo del texto y la finalidad de la norma jurídica en cuestión. Como por ejemplo el Art. 1360 del Código civil alemán (BGB, siglas en alemán), que regula el derecho a alimentos, parte de la imagen actual de las pequeñas familias (familia en el sentido estricto)¹, que consta de cónyuges y sus hijos en común, ya sean biológicos o adoptados. Habiendo cambiado con los años la tradición de la familia numerosa, también ha disminuido el deber de manutención de familiares más lejanos. Por ejemplo, conforme al Art. 94, apartado 1 tercera frase del Libro XII del Código de seguridad social alemán los organismos de asistencia social ya no pueden reclamar alimentos a parientes de segundo grado (p.ej. los abuelos) o a familiares más lejanos.

Por otra parte, el Art. 6, apartado 1 de la Ley fundamental alemana (GG, siglas en alemán), sitúa a la familia bajo la protección especial de la Constitución alemana, por lo cual el concepto legal cobra un significado mucho más amplio y ampara toda relación paterno-filial². Es decir, aparte de la clásica pequeña familia, que consta de padres casados o no casados y de sus hijos naturales o adoptivos, también ampara toda relación entre cualquiera de los progenitores y sus hijos, incluyendo madres y padres solteros con hijos ilegítimos y cónyuges divorciados o viudos. En conformidad con el Art. 11, apartado 1 de la Ley alemana sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo, los cónyuges del mismo sexo también son considerados miembros de la familia. Conforme al Art. 1969, apartado 1 del Código civil alemán, los derechos sucesorios de la “familia” incluyen a los cónyuges, a familiares de sangre y políticos, independientemente del grado, así como a otras personas tales como menores bajo tutela o amigos, que el causante de la herencia haya considerado parte de la familia, al igual que a los cónyuges de uniones similares al matrimonio (la familia en un sentido más amplio)³.

¹ Dieter Schwab, Familienrecht, 20. Auflage, München 2012, nota 4, 5

² Karlheinz Muscheler, Familienrecht, 2. Auflage, München 2012, nota 43

³ Schwab, nota 4

b) El marco histórico

El desarrollo histórico de la familia desde inicios de la industrialización hasta la actualidad, no sólo ha conllevado cambios funcionales en la familia, sino también una judicialización de las relaciones interfamiliares. Si bien la familia en su día era símbolo de una unión en lo que respecta al consumo, a la producción, formación y educación, al igual que una unión de ayuda mutua en caso de necesidad o en ancianidad, también era una unión pública enmarcada en las clases sociales que conllevaba unas ciertas obligaciones sociales marcadas por la religión y los roles de género. Entonces no existían prácticamente derechos u obligaciones judicialmente exigibles de los diferentes miembros de la familia entre sí a causa de la posición patriarcal del cabeza de familia. En la legislación, la familia constituía una unidad, para la que a lo sumo se tenían que regular derechos patrimoniales con relaciones exteriores.⁴

En la actualidad, el mundo laboral ya no se centra en pequeñas empresas o granjas, sino que se desarrolla principalmente fuera de ellas, por lo que la comunidad doméstica hoy día se convierte en una comunidad de consumo familiar.⁵ Está marcado por una separación física y organizativa del trabajo y la familia, lo que provoca el conflicto de la conciliación familiar y laboral. La educación de los hijos y su formación corre hoy día a cargo de centros de enseñanza, las ayudas económicas para la vejez, la enfermedad y la asistencia social, las prestan los sistemas estatales; y el papel regulador con respecto a la religión y a la moral lo han asumido las leyes y la jurisprudencia. Las estructuras patriarcales han sido suprimidas por la legislación para cumplir con los derechos de las mujeres y los niños. Junto con la decreciente importancia económica de la familia como unión productiva, ha ido cobrando importancia una evolución jurídica, cuyas principales características son las libertades de los miembros de la familia y la acentuación de sus derechos individuales. Con la emancipación de la mujer, el concepto de familia evolucionó del patriarcado a una especie de “hegemonía parental” hasta convertirse en una “familia libre de dominación alguna”,⁶ en la que los derechos individuales de todos los miembros de la familia son equivalentes.

c) Importantes pasos en el desarrollo jurídico

Las reformas del Derecho de familia que caracterizan la legislación vigente son las siguientes⁷:

- La Ley de igualdad alemana del 18.6.1957 y la introducción del régimen económico matrimonial legal de participación (al introducir el Código civil alemán existía el régimen económico matrimonial del usufructo y de la administración a favor del hombre).

⁴ Muscheler, nota 70

⁵ Schwab, nota 5

⁶ Muscheler, nota 71 ss.

⁷ Véase resumen de Schwab, nota 9

- La primera Ley de reforma del derecho matrimonial y del Derecho de familia del 14 junio de 1976, que amplía la Ley de igualdad, introduce un nuevo derecho de divorcio basado en el principio de la ruptura matrimonial en lugar del principio de la culpabilidad, introduce la pensión compensatoria y constituye los tribunales de familia.
- La Ley de revisión de la legislación de la autoridad parental del 18.7.1979: nuevo concepto de la autoridad parental (renuncia al término “patria potestad”), ampliación de los derechos del niño
- La Ley de reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad del 12.9.1990, que suprime la interdicción civil, introduce la institución jurídica de asistencia, que en principio le permite a la persona que recibe la asistencia conservar su capacidad jurídica
- La Ley de reforma del derecho de filiación y de la situación jurídica del niño del 16.12.1997 que introduce un régimen uniforme para los hijos legítimos e ilegítimos, ejecutando el mandato constitucional del Art. 6 , apartado 5 de la Ley fundamental hasta entonces incompleto
- La Ley para la unificación del derecho de alimentos de niños menores de edad del 6.4.1998 que incluye una normativa para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de alimentos
- La Ley de revisión del derecho de matrimonio del 4.5.1998, que suprime la ley de 1938, remodelación del derecho de matrimonio
- La ley del 22.2.2001 para poner fin a la discriminación de uniones homosexuales con la que se instaura una institución jurídica similar al matrimonio para las personas del mismo sexo
- La ley de revisión de las disposiciones relacionadas con la impugnación de la paternidad y el derecho de visita de las personas de referencia del niño del 23.4.2004
- La ley de revisión del derecho relativo a las uniones civiles homosexuales registradas del 15.12.2004
- La ley que modifica las obligaciones de alimentos del 21.12.2007, subrayando el carácter normal del principio de la propia responsabilidad después del divorcio y el carácter excepcional del derecho a alimentos después del divorcio
- La ley relacionada con la determinación de la paternidad independientemente de la impugnación de la misma del 26.3.2008
- La ley para facilitar las medidas en los tribunales familiares en caso de que ponga en riesgo los mejores intereses de los niños del 4.7.2008
- La ley de revisión del procedimiento en materia de familia y en materia de jurisdicción voluntaria y la revisión de los códigos de procedimiento de jurisdicción voluntaria del 17.12.2008

- La ley sobre la reforma estructural de la equiparación de los bienes acumulados que ayudó a ampliar la libertad contractual de los cónyuges con respecto a la pensión compensatoria
- La ley de revisión de la liquidación del régimen de participación y del derecho de tutela del 6.7.2009 que incluye correcciones de menor importancia, especialmente en lo que respecta a la liquidación del régimen de participación.

2. La evolución del Derecho sucesorio

a) Principios fundamentales del Derecho sucesorio

El Derecho sucesorio del Código civil alemán (BGB) se remonta históricamente tanto a los principios del Derecho romano como a los del Derecho germánico:⁸

- Del Derecho romano se derivan los principios de la sucesión universal, la libertad testamentaria y el derecho sucesorio por el sistema de parentela. También las figuras del legado y del modo, así como el principio de la responsabilidad limitada del heredero, provienen del Derecho romano.
- En el Derecho germánico de la Edad Media se desarrollaron el testamento mancomunado y el pacto sucesorio como formas comunes de transmisión del patrimonio por causa de muerte.

Estos principios se mezclan en el Derecho alemán:

Al contrario que en el Derecho romano, la sucesión legítima no queda totalmente desplazada por una disposición de última voluntad, sino que interviene subsidiariamente cuando el testamento no contiene una regulación válida o expresa y de su interpretación tampoco se deriva un llamamiento de herederos. Excepciones del principio de la sucesión a título universal, como el legado per vindicationem y la partición por testamento, no han tenido cabida en el ordenamiento jurídico alemán.

Del Derecho germánico proviene la noción del Derecho sucesorio como sucesión por parte de los parientes consanguíneos, normalmente los hijos, aunque no como sucesión universal, sino dividiendo la herencia en distintas masas, a las que se aplicaba en cada caso la sucesión excepcional. En consecuencia, los parientes de sexo masculino heredaban las armas y el caballo, en tanto que los parientes de sexo femenino heredaban el vestido y las joyas. No se conocían los testamentos.

⁸ Knut Werner Lange, Erbrecht, München, 2011, Art. 1, notas 1 y ss.

b) Evolución histórica

En la Edad Media se desarrolló también en el Derecho germánico la sucesión testamentaria, al principio solo a favor de la Iglesia. Para impedir la división real de las granjas surgió el sistema del heredero rural único, que aún hoy existe en la ordenanza de haciendas agrícolas de determinados Estados federados alemanes como un derecho federal parcial. En el siglo XVI, surgieron las disposiciones fideicomisarias con el objeto de asegurar la subsistencia de los grandes patrimonios que poseían los aristócratas y los comerciantes adinerados.

A partir de la Ilustración y de la Revolución Francesa, la idea de la igualdad y la libertad individual fue ganando cada vez más protagonismo también en el Derecho sucesorio. Frente a las grandes codificaciones en materia civil del Código General Prusiano de 1794, el Code Civil francés de 1804 y el Código civil austríaco (ABGB) de 1811, en el BGB, que se promulgó cien años después y uniformó el que hasta entonces había sido un Derecho sucesorio profundamente divergente en el territorio alemán, se antepuso la voluntad del testador y su efectividad a cualesquiera otros principios del Derecho sucesorio. Las limitaciones a la voluntad de testar se introdujeron únicamente como disposiciones para proteger a los acreedores, y las referidas al derecho a la porción legitimaria se dieron como un puro derecho obligacional de pago en metálico. De este modo, el legislador se decidió conscientemente contra el derecho hereditario forzoso del pariente próximo con participación directa en la herencia.

Tras la Segunda Guerra Mundial, multitud de patrimonios quedaron completamente destruidos en Alemania. Sin embargo, en las décadas de reconstrucción que le siguieron, los grupos de población que antes no tenían posibilidad de formar una fortuna generaron patrimonio a un nivel sin precedentes. De este modo, en paralelo al desarrollo de la igualdad jurídica en el Derecho de familia y a la mejora de las posibilidades de formación de los hijos, surgió la necesidad de asistir jurídicamente en materia hereditaria al cónyuge supérstite de la "Aufbaugeneration" (es decir, la generación de la posguerra que reconstruyó la RFA tras la Segunda Guerra Mundial) y de fortalecer sus derechos frente a los hijos y al resto de parientes.⁹ Mediante los Artículos 1371, 1931, tercer apartado, y 2303, segundo apartado, segundo inciso, del BGB, el legislador cambió tal situación (únicamente) aumentando la cuota hereditaria del cónyuge supérstite que se hallase en el régimen económico matrimonial legal de participación frente a los parientes (que siguen heredando junto con el cónyuge), y no concedió al cónyuge que formase parte de una comunidad hereditaria ningún derecho especial para proteger el patrimonio adquirido conjuntamente ante su disgregación por partición hereditaria o porciones legitimarias.

⁹ Sobre el conflicto entre la solidaridad entre parejas y generaciones ("Zwiespalt zwischen partnerschaftlicher und Generationensolidarität") y sobre la evolución del derecho hereditario del cónyuge en el Derecho alemán, véase Siegfried Willutzki, Generationensolidarität versus Partnersolidarität - quo vadis, Erbrecht?, en Lettke (ed.), Erben und Vererben, Konstanz, 2003

Otro hito importante lo constituyó la ley alemana Nichtehechengesetz, de 19 de agosto de 1969, que abolió la discriminación de los hijos nacidos de padres no casados y terminó con la ficción de que el hijo nacido fuera del matrimonio no era pariente de su padre. El hijo extramatrimonial al principio no se equiparó por completo a los descendientes conyugales, sino que conservaba el llamado derecho sucesorio del hijo ilegítimo como un derecho obligacional a reclamar una cantidad. Hasta la entrada en vigor de la Ley alemana de igualdad en el derecho de herencia del 16 de diciembre de 1997, no se dio la total igualdad hereditaria entre todos los descendientes.

La Ley alemana para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad, del 12 de septiembre de 1990, también produjo efectos en el ámbito hereditario, en el sentido de que al ordenarse la asistencia ya no se presuponía automáticamente la incapacidad de testar, sino que ahora esta cuestión debía tratarse caso por caso.

Como parte de la libertad general de actuar conforme al Art. 2 de la Ley fundamental alemana (GG), la libertad testamentaria goza del mismo rango constitucional que el Derecho sucesorio en virtud del Art. 14 de la Constitución alemana, toda vez que la garantía del derecho sucesorio se refiere a ambas partes: Garantiza tanto al causante que sus bienes terrenales puedan ser dejados a los herederos que haya elegido, como al heredero que su herencia pueda ser recibida o que, como pariente próximo, reciba una parte mínima de la herencia en forma de legítima.¹⁰

Sin embargo, el Derecho sucesorio, al igual que la propiedad, se encuentra condicionado por el vínculo social, de tal modo que el Estado está plenamente autorizado para intervenir de forma notoria en los derechos individuales, como por ejemplo al gravar significativamente las herencias,¹¹ lo cual tiene un papel recurrente en el debate político y en la jurisprudencia constitucional por tratarse de una fuente de ingresos del Estado. Asimismo, la cuestión de la relación conflictiva entre la libertad testamentaria y los derechos de participación de los parientes próximos en el patrimonio hereditario siempre da pie a propuestas de reforma y a resoluciones judiciales.¹² Un punto de discordancia casi inverso lo constituyen la cada vez mayor esperanza de vida de los progenitores, que es objetada por los futuros herederos, y los gastos y cuidados derivados de ello que, tras el fallecimiento del progenitor premoriente, colisionan con las expectativas de los descendientes de recibir la herencia y la legítima, y a menudo convierten en obsoletos los derechos del progenitor supérstite.

¹⁰Sobre el significado del derecho a la porción legitimaria ("Pflichtteilsrecht"), véase Lange, Art. 83, notas 1 y ss.; el carácter constitucional lo confirmó recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht), véase BVerfGE 112, 332

¹¹ Lange Art. 2, notas 16 y ss.

¹² Lange Art. 83, notas 3 y ss., BVerfGE 112, 332

II. La importancia del tema para el notariado en Alemania

Tanto el Derecho de familia como el Derecho sucesorio ofrecen al notariado en Alemania un desafío en la competencia con otros organismos públicos, juristas y asesores fiscales y económicos.

Cuanto más avanzaba la individualización de la sociedad, mayor era la necesidad de asesoramiento y de adaptación. Si bien al comienzo de la Industrialización solo una pequeña parte rica de la población solicitaba asistencia al otorgar capitulaciones matrimoniales y en otros asuntos de Derecho de familia, como la planificación de la sucesión y la liquidación del patrimonio hereditario,¹³ ahora la situación cambiaba radicalmente. Este hecho se ve confirmado, de un lado, por el volumen de trabajo que el Derecho de familia y de sucesiones representa en una notaría media,¹⁴ y, de otro lado, por el creciente número de abogados especializados en Derecho sucesorio y en Derecho de familia, que no solo defienden asuntos litigiosos, sino que también ofrecen asesoramiento jurídico proactivo.¹⁵

El notario posee competencia exclusiva, como autoridad pública nombrada por el Estado, únicamente en los asuntos jurídicos que requieren de la autorización notarial para que sean válidos, en particular en las capitulaciones matrimoniales y en los pactos sucesorios. Por lo demás, aunque el número de negocios jurídicos que precisan ser elevados a público es alto en materia de Derecho de familia y de sucesiones, existen, sin embargo, competencias compartidas con otros organismos públicos (como con los servicios de protección de menores respecto del reconocimiento de la paternidad o del otorgamiento del título de prestación de alimentos frente a los hijos, o bien con los tribunales competentes en materia sucesoria respecto de las repudiaciones de herencia y las solicitudes de certificados de herederos).

Cuando se trata de mandantes pudientes, la toma de contacto con el notario a menudo no se efectúa directamente, sino por medio de abogados y asesores fiscales sobre quienes recae un mandato permanente. Con todo, el alto número de personas que acuden al notario en busca de

¹³Tema tratado literariamente, entre otros, por Honoré de Balzac, véase Bundesnotarkammer (ed.): Der Notar 21. Deutscher Notartag, Berlin 1981; Umberto Eco, Der Friedhof in Prag, Milán, 2010 (en español: El cementerio de Praga, Barcelona: Lumen, 2010)

¹⁴ En el año 2010, el Consejo Federal del Notariado alemán (Bundesnotarkammer) determinó la estructura de costes de las notarías alemanas por medio de una encuesta. Según esta, el 4,1 % del volumen total corresponde a expedientes relacionados con el Derecho de familia; el 9,4 % a asuntos hereditarios; el 6,0 % a poderes preventivos, y el 8,9 % a donaciones que tenían por objeto la transmisión de bienes, la mayoría de las veces con acuerdos adicionales sobre cuestiones de Derecho de familia y de sucesiones. Por consiguiente, resulta que el 28,4 % del volumen de negocios de una notaría alemana lo constituyen los negocios jurídicos relacionados con el Derecho de familia y de sucesiones. Los porcentajes referidos al número de documentos no se dieron a conocer.

¹⁵ Según una de las estadísticas publicadas por el Consejo Federal de Abogados alemán (Bundesrechtsanwaltskammer), en 1 de enero de 2011 figuraban 8.373 abogados especializados en Derecho de familia y 1.205 abogados especializados en Derecho sucesorio. Juntos representan el porcentaje más elevado del conjunto total de abogados especializados; http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/fa2011.pdf

consejo sin estas vinculaciones, demuestra que la función del notario entre la población goza de un grado de confianza extraordinariamente elevado. El reto del notario consiste en ofrecer a todos los interesados, con independencia de su profesión, procedencia, formación y situación económica, un servicio jurídico de excelente calidad que les garantice la mejor salvaguardia posible de sus derechos individuales.

En los próximos años aumentará de forma sustancial la importancia tanto del Derecho de familia como del de sucesiones, puesto que la "Aufbaugeneration" (la generación de la reconstrucción) transmite el patrimonio que ha adquirido durante las últimas décadas, en tanto que la "Erbengeneration" (es decir, la generación de herederos) lo acepta inter vivos y mortis causa, y acusa ahora una necesidad de regulación. Pero llegados a este punto cabe preguntarse también en qué medida puede ser posible la transmisión del patrimonio a través de más de una generación a la vista del agotamiento de los sistemas sociales y de que la evolución demográfica actual se desarrolla con una esperanza de vida cada vez mayor y un número de nacimientos cada vez menor.¹⁶ Ascende, asimismo, el número de casos en los que en la generación inmediata de herederos ya existe una necesidad de adaptación, como en el caso de las denominadas familias atípicas y familias patchwork,¹⁷ ante herederos con situaciones de vida especiales y en asuntos transfronterizos. En el repertorio de cada notario ya es común encontrar, junto con las clásicas cuestiones reglamentarias, testamentos de personas discapacitadas, inculpadas o divorciadas, la configuración de derechos matrimoniales y sucesorios en los que debe tenerse en consideración la aplicación de legislación extranjera, así como la medidas adoptadas en vida para realizar la transmisión del patrimonio, incluyendo distintas medidas de configuración y reducción de la legítima.

Ante la amplitud de colectivos poblacionales que se dirigen al notario con intereses sociales y económicos totalmente distintos, la bibliografía notarial ha elaborado -y sigue desarrollándolas continuamente- propuestas de configuración para todos los problemas posibles, basándose en la extensa libertad configuradora que ofrece el BGB en materia de Derecho de familia y de sucesiones.

La completa formación jurídica que reciben los notarios en Alemania (entre cuatro y cinco años de estudios universitarios, más una pasantía de dos años y un período de al menos tres años como aspirante a notario) garantiza que los servicios notariales satisfagan las más altas exigencias de calidad. Muchos colegas participan activamente en las ciencias jurídicas y en política tanto a nivel nacional como europeo. De este modo, el notariado alemán no solo ejerce una influencia sobre el trabajo cotidiano en los ámbitos del Derecho de familia y de sucesiones, sino que

¹⁶ Reiner Braun, Hat die Erbengeneration ausgespart? Nach der Rentenillusion droht eine Erbschaftsillusion, en Lettke (ed.), Erben und Vererben, Konstanz, 2003

¹⁷ Conferencia de Christopher Keim, Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie, en Herbert Grziwotz (ed.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg, 2012

también influye continuamente en el ámbito político-jurídico. Alerta sobre los puntos débiles del Derecho y las cambiantes estructuras sociales, en un esfuerzo constante por mejorar la ley mediante reformas, por optimizar las reestructuraciones legales y compensar los déficits mediante la configuración contractual. Por tanto, no es de esperar que en el futuro disminuya la necesidad de participación notarial en la esfera política.

III. La evolución jurídica durante los últimos años

Los principales cambios jurídicos de los últimos años se han dado en la legislación relativa al convenio regulador y al procedimiento, en la relacionada con el derecho de filiación y de la situación jurídica del niño y, con menor profundidad, en el ámbito del Derecho sucesorio.

1. Modificaciones mediante la reforma del derecho de alimentos

Mediante la reforma del derecho de alimentos de 2007¹⁸ la idea de la responsabilidad propia tras la disolución del matrimonio respecto del derecho de alimentos se formuló como la obligación de mantenerse a sí mismo, y el pago de alimentos se entendió, aun más que antes, como supuesto excepcional que solo surte efectos al intervenir determinados hechos que dan derecho a alimentos.

La primera consecuencia de esta reforma fue que las madres que criaban a hijos pequeños y las personas divorciadas mayores o enfermas temieran perder su derecho de alimentos ante los tribunales. En la actualidad, la reforma parece estar consolidándose. Sin embargo, la idea en la que se basaba esta reforma, a saber, que tras el divorcio ya no se proporcionara de forma automática una pensión vitalicia al cónyuge económicamente más débil y, aun menos, que se le garantizara el nivel de vida adquirido, aún estaba justificada. Sin embargo, la jurisprudencia reconoció posteriormente que la necesidad del cónyuge económicamente más fuerte de poder reorganizar su vida tras el divorcio también en términos económicos, debía equilibrarse con aquellos perjuicios sufridos por el otro cónyuge a causa del matrimonio, que afectan a su vida actual y que inmediatamente tras el divorcio no le permiten continuar su vida en la misma situación en la cual se encontraba en el momento de contraer matrimonio.

Desde la perspectiva notarial, se presenta aquí un campo vastísimo para regular la pensión de alimentos tras el divorcio mediante unos acuerdos conyugales que únicamente tendrán sus límites en la infracción de las buenas costumbres y en el reparto unilateral de las cargas.

¹⁸ Schwab, nota 371

2. Modificaciones del derecho de la pensión compensatoria

Con la reforma de la pensión compensatoria efectuada en 2009,¹⁹ quedaba confirmado ante todo el concepto básico de la pensión compensatoria, según el cual, a partir de la pensión de jubilación de uno de los cónyuges, se formaban expectativas para el otro cónyuge que durante el matrimonio renunciara a su empleo remunerado y con ello a las expectativas de poseer una pensión propia para la vejez, con el fin de no convertirlo tras el divorcio y de por vida en el alimentista o bien de evitar el riesgo de pobreza durante la vejez.

Sin embargo, el antiguo sistema de conversión de los distintos tipos de pensión de jubilación en puntos de remuneración del régimen legal tenía la grave deficiencia de que, por el desarrollo divergente de las expectativas de pensión, a menudo no conseguía la partición igualitaria de los correspondientes derechos de pensión adquiridos durante el matrimonio, sino que se obtenían resultados distintos y, en parte, graves. De ahí que la modificación efectuada por el legislador persiguiera ante todo evitar tales fallos por medio de un cambio de sistema. Actualmente, todos los derechos de pensión adquiridos durante el matrimonio se dividen, en principio, a partes iguales entre los cónyuges, de tal forma que la compensación no solo se realiza del cónyuge que cuenta con más recursos al que dispone de menos, sino que cada cónyuge es donante y receptor de cada derecho, lo cual contribuye a que los riesgos derivados de estos derechos también se repartan a partes iguales.

Otra cuestión central de la reforma fue el fortalecimiento del derecho de los cónyuges a regular la pensión compensatoria por medio de capitulaciones matrimoniales y convenios reguladores autorizados notarialmente. En este sentido, el control por parte de la jurisprudencia solo se da de forma excepcional, por ejemplo ante la discriminación inmoral de alguno de los cónyuges.

3. Reforma del régimen legal de la filiación y de la situación jurídica del niño

El principal logro de la reforma del derecho de filiación de 1997 consistió en poner en práctica el mandato del Art. 6, apartado 5, de la Ley fundamental alemana (GG, por sus siglas en alemán) y terminar por fin con la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Asimismo, debían ponerse en práctica los presupuestos constitucionales del Art. 2 de la GG relativos al derecho del hijo y del padre o padre putativo a conocer la filiación, lo cual llevó a realizar nuevas modificaciones en 2004 y en 2008 relacionadas con el derecho de determinación de la paternidad, con el de repudiación de la paternidad y con la introducción de la posibilidad de esclarecer la filiación biológica sin repudiación de la paternidad.

¹⁹ Schwab, notas 464 y ss.

4. Ley de reforma del Derecho sucesorio

Por medio de la Ley alemana de reforma del Derecho sucesorio, del 24 de septiembre de 2009, tan solo se introdujeron modificaciones puntuales en el derecho a la porción legitimaria, que de este modo se hizo más clara y sencilla. En particular, dejó de existir el peligro de que la persona con derecho a la porción legitimaria repudiara la herencia de forma precipitada por desconocer su valor real y terminara por no recibir nada. Por el contrario, ahora tiene la posibilidad de exigir en todo momento la legítima en lugar de lo que se le hubiera asignado.

En la práctica resultan ser de gran ayuda, asimismo, la posibilidad de que la renuncia de la mejora se refiera a los descendientes del renunciante y la disminución del derecho al suplemento sobre la legítima del pariente legitimario dentro de los diez años contados a partir de la fecha de la donación. El legislador fue incapaz de decidirse a la hora de abolir o limitar el derecho a la porción legitimaria, aunque sobre ello se hubiera discutido a fondo y se hubiera sopesado tal posibilidad antes de proceder a la reforma.²⁰

5. Reforma del procedimiento en asuntos de jurisdicción voluntaria. Aplicación de la Ley alemana sobre el procedimiento en asuntos de familia y en asuntos de jurisdicción voluntaria (FamFG)

Las relaciones jurídicas reguladas en el libro cuarto del Código civil alemán son, por su naturaleza, asuntos de Derecho civil de tipo litigioso o no litigioso.

La singularidad de los conflictos en materia de familia llevó al legislador, ya en 1976, a crear tribunales de familia dentro de los juzgados de primera instancia. En la Ley alemana sobre el procedimiento en asuntos de familia y en asuntos de jurisdicción voluntaria (FamFG, por sus siglas en alemán), vigente desde el 1 de septiembre de 2009, se reguló de forma radicalmente nueva el procedimiento relativo a los asuntos de familia. Los asuntos de esta materia aparecen enumerados en el Art. 111 de la FamFG y comprenden no solo el procedimiento de divorcio, sino también todas las regulaciones y consecuencias pendientes relacionadas con la separación o el divorcio. En virtud de tal modificación, la disolución del matrimonio, entre otras cosas, ya no se realiza por medio de una sentencia, sino mediante un auto. Entre otras normas, la FamFG contiene además las normas procedimentales de los procesos de filiación, de la situación jurídica del niño y de adopción, así como de los asuntos sucesorios. También se han regulado nuevamente el sistema de instancias y los recursos a los Tribunales regionales superiores (Oberlandesgerichte) y al Tribunal Federal Supremo alemán (Bundesgerichtshof).

²⁰ Véanse las controvertidas deliberaciones de la LXIV Jornada de Juristas Alemanes de 2002 en Berlín: <http://www.djt.de/fileadmin/downloads/64/beschluesse.pdf>

B. Descripción de la situación jurídica actual

I. Descripción del sistema jurídico

1. El matrimonio y la unión civil registrada de personas del mismo sexo

En el Derecho alemán, conforme a la redacción de los Artículos 1303 y ss. del BGB, no se establece definición legal alguna respecto del concepto de matrimonio. La estructura del matrimonio se entiende a partir de sus implicaciones históricas, encontrándose de nuevo sus raíces en el Derecho romano y en el cristianismo. El matrimonio es en el Derecho alemán únicamente la unión entre (un) hombre y (una) mujer. Una pareja cuyos miembros son personas del mismo sexo puede unirse legítimamente mediante la unión civil registrada, una forma asimilada jurídicamente al matrimonio, de acuerdo con la Ley alemana de uniones civiles homosexuales. Son punibles el matrimonio poligámico y la unión de más de dos personas, pero no la convivencia al margen del matrimonio o de la unión civil registrada.

Tanto el matrimonio como la unión civil registrada de personas del mismo sexo llegan a adquirir tal estado mediante el acuerdo de voluntades de las partes, de modo que tienen carácter contractual. En Alemania se aplica el principio del matrimonio civil obligatorio, que únicamente puede celebrarse ante un encargado del registro civil. En principio, las uniones civiles también se celebran ante el encargado del registro civil. No obstante, las legislaciones de cada Estado federado pueden asignar esta competencia de forma adicional a otros organismos públicos. Por esta razón, en el Estado federado de Baviera, junto con los encargados del registro civil, también los notarios son competentes para legitimar las uniones civiles.

El matrimonio religioso, por su parte, está permitido y es habitual. Sin embargo, no surte efectos jurídicos de ningún tipo. La regulación anterior, que prohibía a los eclesiásticos celebrar un matrimonio religioso antes de que hubiera tenido lugar el matrimonio civil, fue derogada, de tal modo que actualmente en Alemania es posible celebrar un matrimonio religioso sin estar casado ante la ley. El matrimonio y la unión civil se contraen de forma vitalicia y, en consecuencia, las partes no pueden disolver ese vínculo de forma legal por sí mismas, salvo que lo hagan mediante el procedimiento oficialmente establecido de divorcio o disolución de la unión civil. El Derecho alemán no contempla ninguna otra forma legal de unir a dos personas más allá del matrimonio y la unión civil registrada. En particular, (ya) no existen matrimonios con menos efectos ni concubinatos con efectos jurídicos similares a los del matrimonio.²¹ Tampoco se contempla ninguna otra posibilidad de unión legal en el ámbito del Derecho de familia. Esto significa que las numerosas uniones no conyugales o no civiles entre personas que conviven en un mismo hogar no están sujetas por el Derecho alemán a ningún tipo de regulación especial.

²¹En la Edad Media existía la posibilidad de casarse con una segunda mujer de condición inferior, es decir, podía tomarse a otra mujer como concubina o barragana.

El Estado ni las defiende especialmente, dado que esto iría en contra de la protección constitucional del matrimonio, ni las discrimina de forma explícita. Como mucho, el Estado las considera uniones convivenciales de ayuda mutua (Bedarfgemeinschaften), para justificar la disminución de prestaciones estatales que habrían de recibir en el marco jurídico de las ayudas sociales. Sin embargo, estas comunidades de convivencia civiles no generan obligaciones jurídicas entre sus miembros. En particular, no existe ningún deber mutuo en virtud del cual deban prestarse alimentos, ningún derecho mutuo sobre la herencia y la legítima y, en especial, ningún deber de creación o mantenimiento de una unión matrimonial o unión civil. Los esponsales, regulados en los Artículos 1297 y ss. del BGB como forma previa del matrimonio, han perdido toda relevancia en la práctica jurídica. La promesa de matrimonio no produce la obligación de contraerlo, y mucho menos podría ejecutarse una resolución que así lo dictara. En la actualidad, los esponsales no poseen más que una función social (y aun procesal penal). Los prometidos que disuelven los esponsales no suelen ser conscientes de que están rompiendo una relación jurídica, y tampoco esperan que se cumplan las acciones legales aún existentes. Con el establecimiento de la igualdad jurídica entre los hijos de padres casados y los hijos de padres no casados, desapareció otro estímulo social y moral -de importancia en el pasado- para contraer matrimonio.

Por consiguiente, puede concluirse que, desde el punto de vista de la población, el matrimonio y la unión civil, como formas legalmente reguladas de hacer vida común, coexisten en la actualidad como alternativa junto con las formas no reguladas de convivencia. A menudo, los miembros no se dan cuenta de esta diferencia hasta que acontece la separación o fallece la pareja y ven que no surten unos efectos jurídicos que el Estado prevé únicamente para aquellas formas que ha regulado. Las capitulaciones matrimoniales y los pactos reguladores de las uniones civiles son en la práctica notarial tan habituales como los acuerdos de separación y de divorcio. En ellos, las partes regulan los efectos generales y económicos en los que el matrimonio o la unión civil va a basar su convivencia, los bienes patrimoniales que aportan a la relación, las relaciones de propiedad y las condiciones económicas, así como las consecuencias económicas en caso de separación o divorcio. En este sentido, el legislador permite en gran medida estipulaciones que incluso sean divergentes respecto de las disposiciones legales. Sin embargo, pese a los correspondientes intentos políticos, el legislador no ha querido decidirse hasta ahora a que el divorcio o la disolución del matrimonio o de la unión civil puedan realizarse ante el notario, en lugar de hacerlo ante el Juzgado de familia, cuando las partes así lo acuerden.

Los pactos de las parejas no casadas en relación con su convivencia y la posible separación son relativamente más escasos.²²

²² Estos convenios, sin embargo, son absolutamente aconsejables; véase al respecto la conferencia de Martin Löhnig, Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften, en Herbert Grziwotz (ed.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg, 2012

Las relaciones jurídicas de estas comunidades familiares están sujetas a las disposiciones legales comunes, e incluso pueden organizarse a sí mismas especialmente mediante convenios obligacionales. En la práctica notarial con frecuencia se requieren regulaciones que estén constituidas de forma similar a las capitulaciones matrimoniales y que en caso de separación contemplen las consecuencias legales del divorcio. Hasta hace poco, solo los matrimonios disfrutaban de ventajas fiscales respecto del impuesto sobre la renta y del impuesto de sucesiones y donaciones. Las uniones civiles estaban equiparadas en cuanto al impuesto de sucesiones y donaciones, pero no lo estaban respecto al impuesto sobre la renta (la denominada Splittingvorteil o partición de ganancias), lo cual era objeto de controversia política y requería una solución por parte del legislador después de la aclaración del Tribunal Constitucional Federal alemán. La ley correspondiente fue adoptada por el Bundestag alemán el 26 de junio de 2013 y será sometida a la aprobación del Bundesrat, pero puede considerarse como segura.

2. Filiación y adopción

La filiación de un hijo se basa esencialmente en la relación genética que posea con respecto a sus padres biológicos. La relación de parentesco, sin embargo, puede establecerse también mediante adopción.

a) La maternidad

La legislación alemana da una definición de la maternidad en el Art. 1591 del BGB. Dado que las modernas técnicas de reproducción asistida despertaron la polémica respecto de esta cuestión, el legislador se vio obligado a regularla mediante la Ley alemana de reforma del derecho de filiación y de la situación jurídica del niño de 1997. Desde ese momento, se considera que la madre es ante la ley sencillamente la mujer que da a luz al niño. Esto se aplica, por ejemplo, cuando no se trata de la madre biológica por ser donante de óvulos o de embriones. La ley no prevé ninguna otra forma distinta de determinar la maternidad que vaya a favor de la madre genética. Los acuerdos contractuales sobre la maternidad entre la donante de óvulos y la mujer que da a luz al niño (maternidad subrogada o de alquiler) son inválidos, en tanto los correspondientes métodos de reproducción asistida no estén permitidos en Alemania. En el caso de que los ciudadanos alemanes o las personas con residencia permanente en Alemania busquen este tipo de asistencia médica en el extranjero, no se reconocerán en Alemania los certificados de nacimiento expedidos en el extranjero en los que como madre figure la madre genética en vez de la mujer que dio a luz al niño. En este sentido, la relación paterno-filial solo puede obtenerse legalmente mediante un proceso de adopción. Si bien se trata de una cuestión controvertida, lo cierto es que no hay visos de cambio.²³

²³ No obstante, la práctica jurídica ya debe ocuparse de estos casos; véase la conferencia de Nina Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, en Herbert Grziwotz (ed.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg, 2012

b) La paternidad

La regulación legal de la paternidad que se establece en los Artículos comprendidos entre el 1592 y el 1600 d del BGB es algo más complicada:

En el caso de que los padres se encontrasen casados en el momento del nacimiento, se entiende que el padre es el marido.

Si se trata de un hijo no matrimonial, se considera que el padre es el hombre

- que haya reconocido la paternidad o
- cuya paternidad se haya determinado judicialmente.

En ninguno de los casos mencionados es relevante la cuestión de si los padres viven o no realmente juntos en el momento del nacimiento. El consentimiento por parte de la madre, que deberá darse libremente, resulta indispensable para reconocer la paternidad. Si la madre no otorga su consentimiento, el padre que quiere reconocer su paternidad únicamente cuenta con la posibilidad de solicitar una determinación judicial de la paternidad. Tan solo se requerirá el consentimiento del hijo cuando la madre no posea la patria potestad en el ámbito de la filiación o bien cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad. El reconocimiento solo podrá realizarse personalmente y no será eficaz si está sometido a condición o término. No obstante, si se trata de un hijo con incapacidad para obrar, podrá actuar un representante legal con el consentimiento del Tribunal tutelar. El hijo cuya capacidad de obrar sea limitada podrá reconocer por sí mismo, pero siempre que lo haga con el debido consentimiento del representante legal.

El reconocimiento puede realizarse antes del nacimiento del hijo y, por lo general, no está sometido a plazo alguno. Se cuestiona si el reconocimiento antes de la concepción del hijo que eventualmente exigen los médicos especializados en reproducción asistida puede desplegar efectos jurídicos. Ante tal problemática, la práctica notarial recurre a la obligación de repetir el reconocimiento en la debida forma tras el nacimiento del hijo. El marido o el padre no casado que haya reconocido la paternidad pueden impugnarla posteriormente, pero seguirá teniendo la consideración de padre hasta el momento en que quede refutada la paternidad. En consecuencia, si ya antes se hubiera asignado legalmente la paternidad, no es posible que mediante impugnación posterior dos hombres o ninguno de los hombres que hayan entrado en consideración sea considerado padre. Si los padres no se encuentran casados entre sí en el momento del nacimiento del hijo y deciden celebrar el matrimonio posteriormente, ello no afecta a la situación jurídica del hijo. La "legitimación" del hijo mediante un matrimonio posterior, tal como se establecía anteriormente, fue suprimida por la Ley alemana de reforma del derecho de filiación y de la situación jurídica del niño de 1997, en virtud de la cual dejó de distinguirse entre los hijos nacidos del matrimonio y los hijos nacidos fuera del mismo. Únicamente se dan consecuencias en la patria potestad si junto con el reconocimiento de la paternidad no se emite al mismo tiempo

una declaración sobre el cuidado del hijo que establezca la patria potestad de forma conjunta. Si era la madre sola quien ejercía primero la patria potestad, tras la celebración del matrimonio este derecho recae automáticamente sobre ambos cónyuges de forma conjunta. Los hijos que hayan nacido después de que hubiera adquirido firmeza la resolución de divorcio o la disolución del matrimonio, no son asignados automáticamente al marido anterior. Como suele ocurrir en el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la determinación de la paternidad se efectúa con independencia de que los padres hubiesen vivido juntos o separados en el período en cuestión. Si el hijo nace tras el fallecimiento del marido, se le atribuirá a este. Si la mujer vuelve a casarse y el hijo nace en el nuevo matrimonio, la ley considera como padre al nuevo marido, aun cuando esto sea poco probable desde el punto de vista biológico. En tal caso, el nuevo marido puede impugnar la paternidad.

Aparte de por el hombre al que se le atribuye el hijo, la paternidad puede ser impugnada por la madre, por el hijo y, en cierta medida, por todo aquel que se considere padre biológico del hijo, así como por ciertas autoridades estatales. El resto de personas, como los parientes del hombre, no tienen derecho a impugnar la paternidad. El derecho de impugnación de la paternidad por parte de las autoridades se introdujo a raíz del uso abusivo que se hacía del reconocimiento de la paternidad. Se trataba de casos en los cuales los hombres reconocían una paternidad genéticamente inexistente con el único propósito de obtener el permiso de residencia en Alemania para el hijo o la madre, o bien la nacionalidad alemana para el hijo. Las autoridades competentes se rigen en cada caso por el Derecho del correspondiente Estado federado. En caso de que los cónyuges vivan separados y el hijo nazca antes de que adquiera firmeza el auto de divorcio, otro hombre puede reconocer la paternidad, incluso antes de nacer el hijo, acreditando los requisitos legales pertinentes, siempre que esté de acuerdo el que aún sea marido.

Con la introducción de las modernas tecnologías de reproducción asistida, se aplican en primer lugar las normas antes expuestas para la determinación de la paternidad. Si el esperma utilizado para la concepción artificial no procede del marido o de quien reconoce la paternidad, la determinación de esta puede realizarse con el objeto de declarar al donante de esperma como padre genético. La ley excluye que el hombre y la mujer puedan impugnar la paternidad en caso de que estén de acuerdo en realizar una inseminación artificial en la que participe un donante de esperma. No obstante, esto no repercute en la facultad de impugnación del hijo, que se mantiene intacta. Por su parte, la ley no le reconoce al donante de esperma ningún derecho de impugnación. Al contrario, en el Derecho alemán no se garantiza su anonimato. Especialmente a instancias del hijo,²⁴ el donante puede ser declarado padre en cualquier momento. No se puede renunciar en nombre del niño a los derechos de alimentos o de herencia que le correspondan. Ante tal situación, tan solo puede recurrirse a los acuerdos de la madre y del padre social sobre la exoneración del donante, por lo general en forma de contrato a favor de terceros.

²⁴ Dethloff, *ibídem*, pág. 21

En el caso de las parejas formadas por personas del mismo sexo, la cuestión de la paternidad resulta más controvertida: en una unión civil registrada, la pareja de la madre no obtiene la condición de madre ni puede reconocer la maternidad; en una unión civil no registrada, naturalmente tampoco. La adopción de un hijastro únicamente es posible en el caso de las uniones civiles registradas. Los reparos que se hacen a esta situación jurídica no solo deberían tener en cuenta los intereses de los padres intervinientes, sino también la situación notablemente peor de los niños afectados, que, pese a hallarse integrados socialmente en sus familias, en muchos casos no pueden ser atribuidos jurídicamente a ambos padres del mismo modo que si se tratase de padres heterosexuales.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) dedujo el derecho a conocer la filiación a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2, apartado 1, de la GG) y del respeto a la dignidad humana (Art. 1, apartado 1, de la GG).²⁵ Dicho Tribunal reconoció este derecho ante todo como un derecho personalísimo del niño y prohibió a los organismos estatales ocultar a los afectados cualquier información que pudieran requerir al respecto.²⁶ En una decisión posterior, el Tribunal Constitucional Federal alemán concedió este derecho también al hombre que quisiera aclarar si un hijo descendía de él, sin que tuviera que impugnar al mismo tiempo la paternidad.²⁷ En una resolución dictada recientemente, se confirmó este derecho frente a un médico especializado en medicina reproductiva obligándolo a revelar la identidad del donante de esperma.²⁸

c) La adopción

La posibilidad, presente tanto en el Derecho romano como en el germánico, de constituir una relación de filiación mediante un acto jurídico, está regulada en el Derecho alemán bajo el nombre de "Annahme als Kind" (adopción como hijo). La adopción no tiene lugar como antiguamente por medio de un contrato (sistema de contractuatos), sino que en la actualidad se lleva a cabo únicamente mediante resolución del Tribunal de familia a instancia del adoptante (sistema de decretos). Dado que en la adopción deben prestar su consentimiento el hijo mismo, sus padres, si es menor de edad, y, dado el caso, otros familiares como el cónyuge o la pareja del adoptante o del adoptado, en la actualidad tampoco es posible adoptar sin la conformidad de los intervinientes. No obstante, el Juzgado debe comprobar la adopción solicitada y su legitimidad, atendiendo además al bienestar del hijo menor y al impacto en terceras personas.

La adopción de un menor es, por sistema, el principal supuesto legal con el que se pretende proporcionar al hijo el abrigo y la seguridad jurídica de una familia. Por esta razón, la ley exige como requisito la existencia o al menos el comienzo de una relación paterno-filial. En el caso de

²⁵ Schwab, nota 588

²⁶ BVerfGE 79, 256

²⁷ BVerfGE 117, 202

²⁸ OLG Hamm, resolución del 06.02.2013, (n.º ref.: I-14 U 7/12)

los menores de edad, únicamente se permite la denominada adopción plena, según la cual los efectos jurídicos se extienden a los familiares del adoptante, con respecto a los cuales nace para el niño una relación jurídica de parentesco, a la vez que se extingue la relación que mantuviera con los que fueran sus parientes hasta ese momento. Si se trata de la adopción de un adulto, los efectos derivados de la constitución de una relación de parentesco en principio no alcanzan a los familiares del adoptante (adopción con efectos menores), a no ser que se exijan los requisitos de la adopción plena (adopción con efectos mayores). La adopción plena requiere, en este sentido, una solicitud especial y, en particular, es posible tanto para los casos de adopción de un hijastro, como para los casos en los que el adoptando ya hubiera sido acogido como menor de edad en el hogar del adoptante, pero sin haber sido adoptado hasta ese momento. Solo se permite la adopción de un mayor de edad si esta se plantea como "justificada moralmente". La jurisprudencia considera que la adopción de mayores de edad no está justificada moralmente, en particular, cuando los intervinientes persiguen con ello ante todo intereses económicos, como por ejemplo la obtención de ventajas fiscales en materia de herencia.

Las personas casadas pueden adoptar únicamente como matrimonio, salvo si alguno de los miembros es menor de 21 años o no posee capacidad de obrar. Los miembros de una unión civil homosexual registrada no pueden adoptar de forma conjunta niños ajenos a la familia, aunque sí pueden hacerlo respecto del hijo de su pareja como adopción de un hijastro. En la actualidad, uno de los miembros de estas uniones civiles puede adoptar al hijo adoptivo de su pareja (adopción sucesiva).²⁹ La prohibición todavía vigente de adopción conjunta de hijos ajenos ha sido ampliamente discutida y pronto habrá de ser aclarada por el Tribunal Constitucional alemán, por tratarse de uno de los ámbitos en los que el matrimonio y la unión civil homosexual registrada aún no están equiparados jurídicamente. Si la adopción conjunta de hijos ajenos por parte de una unión civil se realiza en el extranjero, se cuestiona si tal adopción puede reconocerse en Alemania. Tendrá validez si el Juzgado de familia declara el reconocimiento.³⁰

Las personas que no estén casadas tan solo pueden adoptar un hijo si lo hacen por sí solos, de forma individual. Una pareja que no esté casada no puede adoptar conjuntamente, ni siquiera adoptar como hijo común al hijo de alguno de los miembros de la pareja. La adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja por el otro miembro conlleva la extinción de la relación de parentesco que hubiera hasta ese momento y la constitución de una relación de parentesco con el adoptante, cosa que por lo general no suele desearse. Se aplica la prohibición de la adopción múltiple, de modo que no está permitida la adopción suplementaria del mismo hijo mientras exista una relación adoptiva. La revocación de una adopción constituye una muy rara excepción y tiene lugar previa solicitud, únicamente cuando se comprueba que en la adopción se han proporcionado datos falsos.

²⁹ Resolución del BVerfG del 12.02.2013 (núm. ref.: 1 BvR 3247/09 y 1BvL 1/11)

³⁰ KG, resolución del 11.12.2012, (núm. ref.: 1W 404/12)

3. El divorcio/la separación legal de la unión civil registrada

A pesar de que la doctrina eclesiástica prevé la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el divorcio estuvo recogido por primera vez con validez para toda Alemania en la Ley de estado civil de 1875. Anteriormente ya había sido reconocido en las comunidades protestantes. Esta ley autorizaba a las personas católicas, a las que previamente solo les estaba permitida la separación matrimonial, a poder divorciarse de acuerdo con la ley civil. Con la entrada en vigor del Código civil alemán el 1.1.1990 se introdujo una ley del divorcio unitaria para toda Alemania, en la que las causas de divorcio se limitaban a faltas graves (según el principio de la culpabilidad) o a enfermedades mentales. La ley de matrimonio que fue introducida en 1938, a raíz de la cual se eliminó la ley del divorcio del Código civil alemán y se modificó adaptándola a la doctrina nacionalsocialista fue abolida en 1946 y reconvertida a la ley de divorcio original. Asimismo, se reconoció por primera vez la ruptura matrimonial con una separación mínima de tres años como una causa de divorcio. A partir del 1 enero de 1977, la ley de divorcio se reintrodujo en el Código civil a través de la primera ley sobre el matrimonio y se centró exclusivamente en el principio de la ruptura matrimonial.

En principio, el matrimonio y la unión civil registrada son contratos de por vida. No obstante, si se cumplen los requisitos legales, el derecho alemán permite el divorcio y la disolución de la unión civil. Conforme al Art. 1564 del Código civil alemán únicamente se decretará el divorcio o la separación legal, a petición de uno solo de los cónyuges o de ambos, a través de resolución judicial. La legislación alemana sólo contempla como causa de divorcio el fracaso del matrimonio (principio de las diferencias irreconciliables), conforme a lo estipulado en Art. 1565 del Código civil alemán. La culpabilidad no tiene relevancia jurídica. Únicamente serán determinantes, los hechos que tengan lugar después de contraer matrimonio o registrar una unión civil registrada. En caso de que el fundamento del matrimonio o de la unión civil ya fuera deficiente, se podrá anular el matrimonio o la unión civil. La diferencia que existe en este caso para las partes es en lo que se refiere al estado civil: Tras anulación del matrimonio o disolución de la unión civil, las partes no estarán divorciadas, sino que volverán a tener el estado civil "soltero/a". No obstante, la anulación del matrimonio o la disolución de una unión civil carecen de significado en la práctica, debido a que el divorcio basado en el principio de la ruptura matrimonial resulta la solución más fácil y a que la discriminación de las personas divorciadas ya no es un factor que cobre importancia en la sociedad moderna.

Se puede aplicar el principio de la ruptura matrimonial si los cónyuges llevan viviendo separados un tiempo mínimo de un año y ambos solicitan el divorcio (divorcio de mutuo acuerdo). Si los cónyuges llevan más de tres años viviendo separados se considerará el matrimonio fracasado. En este caso será suficiente si uno de los cónyuges solicita el divorcio. El otro cónyuge sólo podría retrasar el divorcio si existieran motivos de rigor especial, conforme al Art. 1565, apartado 2 del Código civil alemán.

Únicamente se considerarán razones morales o de culpabilidad si, excepcionalmente, la demanda de divorcio es interpuesta antes de finalizar el plazo de un año o bien si para uno de los cónyuges fuera inadmisibles la continuación del matrimonio, o si a pesar de llevar tres años de separación, el divorcio constituyera una carga grave para uno de los implicados. Se considerará una carga en estos casos toda circunstancia causada por el otro cónyuge, ya sea por malos tratos o por el incumplimiento grave de la obligación de alimentos. También se podrá negar el divorcio en caso de matrimonios ficticios, como por ejemplo aquellos que se contraen para que el cónyuge extranjero obtenga el permiso de residencia.

En la práctica judicial, esto se traduce en que el divorcio se efectuará de forma más rápida si la demanda de divorcio la interpone el cónyuge que sufre malos tratos o es acreedor de alimentos. Si éste se opone al divorcio, puede provocar la interposición de la cláusula limitativa. La única otra opción de retrasar el divorcio sería en base a la cláusula de rigor del Art. 1568, si es en interés del niño o si existen circunstancias excepcionales relacionadas con el oponente que rechaza el divorcio, por las que resultaría excepcionalmente necesario mantener el matrimonio aún teniendo en cuenta los intereses del demandante. Esto únicamente se tomará en consideración en caso de enfermedad grave o si el cónyuge no dispuesto a divorciarse se diferencia por unas prestaciones extraordinarias en favor de los intereses de la otra parte. El procedimiento de divorcio se tratará ante el tribunal familiar como “causa matrimonial”. El desarrollo del proceso está regulado en la ley alemana sobre procedimientos familiares conocida por FamFG. El procedimiento no se inicia por demanda civil, sino como solicitud de jurisdicción voluntaria, estando sujeto a la intervención forzosa de un abogado, aunque ya se considera suficiente si el solicitante contrata a un abogado. Si el oponente no es representado por ningún abogado, no podrá presentar solicitudes. En los divorcios de mutuo acuerdo, esto no tiene repercusiones sobre el resultado del procedimiento, por lo que los implicados a menudo optan por esta solución para ahorrar costas.

Como la mayoría de las demandas de divorcio se basan en el principio de la ruptura matrimonial por separación legal, este término cobra una importancia decisiva en la práctica. En conformidad con el Art. 1567, apartado 1 del Código civil alemán, los cónyuges están separados cuando no existe una comunidad doméstica y cuando al menos uno de los cónyuges no quiere crear ninguna comunidad doméstica porque rechaza la convivencia matrimonial. Por tanto, para demostrar una separación no es suficiente tener domicilios diferentes, sino que debe existir la voluntad de uno de los cónyuges de no querer convivir con el otro porque no desea una convivencia matrimonial. En ocasiones es difícil transmitir este concepto a personas no versadas en materia jurídica, pues desde el punto de vista jurídico, puede haber una convivencia aún viviendo en domicilios separados, o bien pueden vivir separadas dos personas que viven bajo un mismo techo, dependiendo de la intención y de la actitud subjetiva y de si se mantiene o pone fin a la convivencia conyugal.

Debido a que el tribunal familiar debe determinar los hechos de relevancia resolutoria de forma oficial, hechos que no son alegados por las partes implicadas, pero que únicamente podrán ser considerados si sirven para mantener el matrimonio o si el demandante no se opone a la consideración, a menudo es necesario aclarar en primera instancia a las partes, qué aspectos cobran relevancia para determinar si existe o no separación y tendrían por tanto que ser alegados.

4. La sucesión (el derecho de los herederos, del cónyuge supérstite y de los hijos)

a) El doble significado del concepto de derecho sucesorio

- A nivel objetivo se entiende por derecho sucesorio el conjunto de las normas, que regulan las consecuencias jurídico-patrimoniales tras el fallecimiento de una persona.
- A nivel subjetivo, se trata del poder jurídico de derecho privado del heredero tras la muerte del testador.

El derecho sucesorio en el sentido objetivo está principalmente estipulado en el Art. 1922 ss. del Código civil alemán.

El derecho sucesorio subjetivo en Alemania se rige por el principio de la sucesión universal y por el concepto de la herencia automática, es decir, herencia pasa a los herederos como sucesores legales, sin necesidad de que hagan una declaración de aceptación de la herencia. Por el contrario, el legatario no tiene un derecho sucesorio subjetivo, sino únicamente un derecho jurídico-obligacional sobre el legado. El derecho sucesorio subjetivo se plantea únicamente tras la muerte del testador. Antes de que eso ocurra, ni la posibilidad de una herencia ab intestat, ni la existencia de un testamento constituye una situación protegida desde el punto de vista jurídico. Ni siquiera el efecto vinculante de un testamento común o de un pacto sucesorio garantiza al heredero contractual que el difunto aún disponga de sus bienes en el momento de apertura de la herencia, aunque en esos casos la ley dificulta las llamadas disposiciones desfavorables.

En el derecho alemán, solo hay unas pocas excepciones frente al principio de la herencia universal, la sucesión a título particular (*Sondererbfolge*) mortis causa y la sucesión parcial (*Sonderrechtsnachfolge*) inter vivos en caso de fallecimiento:

- En aquellos estados federados, en los que la ordenanza de haciendas agrícolas (*Höfeordnung*; *HöfeO*) esté vigente como ley federal parcial, la hacienda se podrá atribuir directamente a un miembro de la familia, en aras de mantener el funcionamiento eficaz, asegurar el abastecimiento de la población y salvaguardar la explotación agrícola de las familias campesinas, conforme al derecho de herencia campesina (Art. 4 *HöfeO*). Los demás bienes raíces se repartirán en conformidad con lo estipulado en el Código civil alemán.

- La participación de la persona fallecida en una empresa tampoco forma parte de la herencia. Si se trata de una sociedad civil conforme al BGB, en caso de muerte de uno de los socios se procederá a disolver la sociedad, salvo que se disponga lo contrario en el contrato de sociedad. En este caso, sólo el importe de la liquidación del socio fallecido formará parte de la herencia. Si se trata de una sociedad mercantil (sociedad colectiva, sociedad en comandita) la empresa continuará existiendo - salvo que en el contrato de sociedad esté estipulado lo contrario - después de la muerte de un socio y la actividad continuará siendo ejercida por el resto de socios. Lo que sí formará entonces parte de la herencia es la parte del activo neto correspondiente a la aportación del socio fallecido.

Esta es la razón por la cual en la práctica existen las llamadas “cláusulas de herencia“, que excluyen la disolución o la continuación de la actividad por parte de los socios restantes de la sociedad estipulada por ley en caso de fallecimiento de uno de los socios. La transmisión por herencia de la participación social a través de una cláusula de sucesión simple, puede ocasionar un conflicto entre el derecho sucesorio y el derecho de sociedades, si una comunidad sucesoria entra en una sociedad en calidad de comunidad de bienes. Existen varias disposiciones en materia de herencia, por ejemplo la relativa a la responsabilidad de la comunidad sucesoria sobre la herencia y las limitaciones de responsabilidad de los coherederos (administración de la herencia, insolvencia sucesoria), que contradicen el principio de la responsabilidad personal ilimitada de cada socio. Por dicha razón, también aquí se aplica el principio de la sucesión universal en beneficio de una sucesión parcial de los diferentes coherederos. Si no todos los coherederos pueden acceder a la posición de asociados (cláusula de herencia cualificada), el heredero designado en el contrato de sociedad adquirirá directamente la participación social.

- En cuanto a los seguros de vida y otros beneficios derivados de contratos a terceros, también se trata de una sucesión parcial, pero sobre la base de las normas jurídicas contractuales entre vivos. No obstante, legalmente, el capital procedente de los seguros no se tiene en cuenta como parte de la herencia.

b) La capacidad sucesoria

Hereditarios son personas físicas o jurídicas que tengan capacidad jurídica. No es necesario tener la capacidad de ejercer. Sin embargo, el heredero debe estar vivo en el momento de la herencia. Si la persona fallecida y las personas nombradas como herederos mueren al mismo tiempo y es imposible determinar quién murió primero, se considerará que han fallecido al mismo tiempo, por lo que se considera que no se ha producido ninguna herencia entre ellos. Los animales no pueden heredar.

En caso de la muerte del causante de la herencia, el niño que ya ha sido engendrado pero aún no ha nacido puede heredar bajo la condición de que nazca vivo después del fallecimiento del causante, ya que entra en su capacidad jurídica. Esto no es aplicable si se ha concebido un hijo con la ayuda de los métodos de la medicina reproductiva moderna con el espermatozoides de un hombre fallecido, lo cual está prohibido en Alemania. En esos casos se aplicará la línea sucesoria ya aplicada.

c) El heredero designado por testamento

La libertad testamentaria protegida constitucionalmente permite al causante de la herencia hacerse cargo de todos sus bienes por las disposiciones de última voluntad que excluyen por completo la sucesión legal. En la legislación alemana, no existe una participación directa de la herencia para familiares, cónyuge e hijos estipulada por ley, para que puedan ser completamente excluidos de la sucesión de la persona fallecida y perciban únicamente la legítima como una mera pretensión de pago. Sin embargo, la mayoría de los testamentos se elaboran para los familiares. No obstante, ocurre a menudo que los cónyuges pretieren a los hijos y se establecen mutuamente como herederos universales, de manera que los hijos están en la línea sucesoria por detrás del cónyuge superviviente. En caso de transmisión de empresas, el sucesor se refiere a menudo como único heredero, mientras que el cónyuge y los demás descendientes son beneficiarios de otras ventajas económicas. En este contexto, la sucesión *ab intestat* únicamente desempeña un papel a la hora de pagar las legítimas. En efecto, la porción legitimaria es una pretensión de pago que asciende a la mitad de la cuota hereditaria legal del beneficiario, calculada en base al valor neto de la herencia.

d) La sucesión *ab intestat*

La sucesión legítima está sujeta a lo dispuesto en Art. 1924 y ss. del BGB. Según ella, por motivos históricos la herencia es, en principio, un derecho sucesorio entre parientes. Los padres de los fallecidos son clasificados por niveles según el grado de parentesco. Si hay herederos de un grado inferior, excluyen a los herederos de grados superiores. Herederos de primer grado son los descendientes del causante de la herencia, priorizando a los descendientes más cercanos frente a los más lejanos, es decir, los hijos heredan antes que los nietos. Los hijos heredan a partes iguales. Los descendientes más lejanos heredan según el principio de la sucesión por estirpes en caso de que los descendientes más cercanos del fallecido no accedan a la herencia. Si en lugar de un hijo, heredan los hijos de éste, la parte hereditaria “liberada” se reparte entre ellos por igual.

Herederos de segundo grado son los padres del causante de la herencia y sus descendientes, priorizando a los padres que heredan a partes iguales. En caso de que uno de los padres haya fallecido, será el turno de los hermanos y hermanas del fallecido y sus descendientes, según los principios de la representación citada para herederos de primer grado. Si el causante de la herencia era hijo único de sus padres, el único heredero será el padre superviviente. Herederos de

tercer grado son los abuelos del causante de la herencia y sus descendientes, priorizando también en este caso a los abuelos frente a sus descendientes y heredando a partes iguales. La regulación aplicable en estos casos obedece – en este caso de los abuelos de ambas partes- a las normas sucesorias descritas para los herederos de segundo grado. En caso de que los abuelos de una de las partes hayan fallecido sin descendencia, será el turno de los otros abuelos y sus descendientes.

En el caso de parentesco múltiple, la persona en cuestión obtiene las diferentes partes de herencia por separado. También está regulada expresamente la sucesión por parientes de cuarto grado, los bisabuelos del difunto y sus descendientes. Más a diferencia de los grados inferiores, los bisabuelos con vida heredan a partes iguales, independientemente de que pertenezcan o no a la misma línea. Los descendientes solo heredan a partir del momento en el que los bisabuelos ya no estén vivos. En caso de que hayan fallecido todos los bisabuelos se deberá determinar qué descendiente tiene el parentesco más cercano al difunto. Si hubiere varias personas con el mismo grado de parentesco heredarían a partes iguales. Para lo que respecta a las líneas de sucesión más lejanas, la ley aplica los principios de la línea de sucesión de cuarto grado. No obstante, tales casos son extremadamente raros.

En conformidad con el Art. 1931 del BGB, los derechos sucesorios del cónyuge superviviente no se pueden determinar antes de esclarecer el derecho sucesorio de los familiares:

- En caso de que no hubiere familiares de primer o de segundo grado, hereda únicamente el cónyuge superviviente.
- Si los familiares de primer o segundo grado o abuelos tienen derecho a una herencia, se crea una comunidad sucesoria en la que también participa el cónyuge. Sin embargo, su participación en la herencia depende del grado de parentesco de los familiares que tienen derecho a heredar del difunto y del régimen económico matrimonial bajo el cual el fallecido estaba casado.
- La parte hereditaria del cónyuge asciende en caso de haber familiares de primer grado a un cuarto, y a la mitad en caso de que los herederos sean familiares de segundo grado o los abuelos.

Dicha proporción aumenta en una cuarta parte si el cónyuge y la persona fallecida vivían bajo el régimen económico matrimonial legal. En el caso más habitual en la práctica, el cónyuge recibe la mitad de la herencia cuando hay hijos, y tres cuartas partes si el fallecido tiene suegros/as o cuñados/as o sobrinos/as con vida. Si el matrimonio estaba sometido al régimen menos frecuente de separación de bienes gananciales, la ley dispone que el cónyuge no heredará menos cada uno de los hijos, es decir, la mitad si tiene un hijo, un tercio si tiene dos niños y una cuarta parte, si hay más de tres hijos, a sabiendas de que su cuota no aumenta en los diferentes casos.

Si el fallecido y su cónyuge acordaron el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, la parte legal la herencia de su cónyuge asciende (solamente) a una cuarta parte en caso de que haya hijos. Pero en la mayoría de estos casos, los cónyuges vinculan el contrato matrimonial a un pacto hereditario de modo que la sucesión legítima es más bien poco frecuente en el caso de la comunidad de bienes. Independientemente del régimen económico matrimonial, el cónyuge tiene derecho a percibir lo conocido como *aventaja* (un legado legal a favor del cónyuge superviviente), es decir, además de la herencia, los objetos que pertenecen a la casa y los regalos recibidos con ocasión del matrimonio. Sin embargo, esta prioridad cobra únicamente validez frente a los descendientes mientras sean necesarios para el correcto mantenimiento del hogar. En este sentido, frente a los coherederos, el cónyuge tiene la condición de legatario.

El cónyuge pierde el derecho a la herencia, si el matrimonio, en el momento de la muerte del causante, existía formalmente pero ya se habían reunido los requisitos para un divorcio y la persona fallecida presentó la demanda de divorcio o consintió el divorcio. No obstante, el cónyuge no se va necesariamente con las manos vacías. En efecto, puede reclamar su derecho a alimentos frente los herederos de acuerdo con los Art. 1569-1586 b del BGB en caso de que hubiere tenido tal derecho frente a la persona fallecida en caso de divorcio. Este derecho está limitado por la legítima. Los derechos sucesorios y el derecho a la porción legitimaria de la pareja del difunto en el caso de la unión civil registrada son equiparables al derecho a la herencia y a la porción legitimaria de los cónyuges en caso de matrimonio (Art. 10 de la ley sobre uniones civiles registradas). Esto también es aplicable a los regímenes económico matrimoniales y a sus consecuencias con respecto al posible aumento de la parte hereditaria.

La pareja que no esté casada con el causante de la herencia, ni haya registrado con el fallecido una unión civil, no tiene derecho ni a la herencia ni a la porción legitimaria, ni siquiera en caso de que tenga hijos en común con el causante ni aunque la convivencia tuviere un carácter similar al matrimonio ni aunque fueran pareja por muchos años.

II. Exposición de los siguientes puntos temáticos esenciales

1. Evolución de las uniones matrimoniales/uniones civiles y de las relaciones familiares

a) Bases de derecho constitucional

El campo de tensiones en el que se sitúa la unión conyugal, la unión civil o del tipo que sea (con o sin hijos) así como el dilema de las actuaciones del Estado, que oscilan entre el incentivo y la intervención, ya las señala la Ley fundamental de la República Federal de Alemania en su Art. 6:

- (1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del ordenamiento estatal.
- (2) Asistir y educar a sus hijos es el derecho natural de los padres y a su vez su principal obligación. La comunidad nacional vela por su puesta en práctica.
- (3) En contra de la voluntad de los titulares de la patria potestad, los hijos solo pueden ser separados de la familia, si los titulares de la patria potestad fracasan o si los hijos corren el peligro de abandono por otros motivos.
- (4) Toda madre tiene derecho a protección y asistencia por parte de la comunidad.
- (5) La legislación ha de procurar a los hijos ilegítimos las mismas condiciones, con el fin de que su evolución física y mental y su posición dentro de la sociedad sean equiparables a las de los hijos legítimos.

b) La protección especial del matrimonio y de la familia

En primer lugar, la controversia se desarrolla en torno a la cuestión de en qué puede consistir exactamente (hoy día y en sentido positivo) la protección “especial” del matrimonio según el Art. 6, apartado 1, y de si en el sistema jurídico puede haber, por tanto, formas de convivencia equiparadas al matrimonio o si esa equiparación conllevaría automáticamente una liquidación o merma de esta protección especial. Para empezar hay que constatar que, desde la entrada en vigor del Código civil alemán y también tras la entrada en vigor de la Ley fundamental, el derecho en materia de matrimonio y divorcio no se han comportado en absoluto de forma estática (véase el cuadro sinóptico sobre la evolución normativa que figura al inicio de esta exposición). Sin embargo, estas evoluciones afectaban exclusivamente a la relación entre hombre y mujer o a la equiparación de esta última así como a cuestiones relacionadas con la participación equitativa en los resultados económicos del matrimonio.

Dado que el Estado ha de conservar las necesidades y derechos de los hijos, según los apartados 2 y 3, sin tener en cuenta la forma de familia en la que se críen, y dado que la protección de todas las madres, que se exige en el apartado 4, no hace referencia a que estén casadas, se observa en este ámbito una tendencia hacia el tratamiento igualitario de familias compuestas por “padres e hijo(s)” o “madres e hijo(s)”, sin reparar en si los padres están casados o lo estuvieron. Por otra parte, dado que sería difícil justificar que se postergaran los derechos de los padres (con la responsabilidad económica que asumen) de las familias monoparentales, compuestas por “padre e hijo(s)” a los de aquellas compuestas por “madre e hijo(s)”, aquí también adquiere el tratamiento igualitario gran peso, especialmente porque al precepto de igualdad le corresponde rango constitucional, según el Art. 3 de la Ley fundamental. Cualquier tratamiento desigual requiere, por parte del Estado, una motivación que justifique que se trata de circunstancias no comparables, algo que resulta harto difícil (teniendo en cuenta el encargo constitucional expresado en el Art. 6, apartados 2 y 3) en el momento en que existan hijos, especialmente desde que se ha eliminado la diferenciación de hijos legítimos e ilegítimos. En consecuencia, la discriminación de cualquier forma familiar con hijos queda excluida.

En consecuencia, como objeto de diferenciación ya solo quedan los distintos modelos de vida de adultos no casados y sin hijos así como las relaciones jurídicas (una vez detraídos los derechos de los hijos, por así decirlo) de padres no casados.

aa) Evoluciones referidas al matrimonio

Además de la evolución del derecho en materia de matrimonio y divorcio, expuesta en la parte histórica, hay que resaltar principalmente las siguientes consideraciones en relación con la práctica:

Como tal, el régimen económico matrimonial legal de participación ha probado, en principio, su eficacia y no ha requerido correcciones dignas de mención. La combinación de una, en esencia, separación de bienes sin la creación de un patrimonio unido de forma mancomunada con un derecho a pago, que particularmente en caso de divorcio compensa aritméticamente la diferencia en el incremento de los patrimonios de ambas partes durante el periodo del matrimonio, le permite, dentro del matrimonio existente, a cada uno de los cónyuges, por una parte, disponer libremente del propio patrimonio y, en caso de que el matrimonio fracase, le brinda al cónyuge más débil en términos económicos la posibilidad de participar en el éxito económico gracias a su parte calculatorio.

La pensión compensatoria, que referida al patrimonio de previsión para la vejez persigue asimismo el objetivo de distribuir los periodos de matrimonio equitativamente entre los cónyuges, también ha demostrado su eficacia en una sociedad en la que los periodos no cotizados siguen siendo habituales en la vida laboral, especialmente de las mujeres ocupadas con el cuidado de los hijos o de miembros de la familia, y que, de no ser por la compensación, llevarían a una situación de pobreza en la vejez. Las recientes correcciones del sistema, introducidas por el legislador, han contribuido a mejorar significativamente la justicia en el reparto. En la práctica, también la ampliación de la libertad contractual ya ha resultado ser beneficiosa. Sin embargo, dado que la previsión compartida para la vejez no garantiza a cada uno de los cónyuges, salvo que ambos trabajen, una previsión completa, se observa que los esfuerzos políticos se centran en apelar a la responsabilidad personal de los cónyuges en relación con la previsión para la vejez así como en tratar de limitar los periodos no cotizados a través de medidas destinadas a conciliar mejor la vida familiar y laboral. No obstante, algunas de estas medidas han resultado ser muy polémicas (incentivar el cuidado de los hijos de corta edad por parte de personas ajenas frente a la subvención para los padres que cuidan a sus hijos en el propio hogar).

Desde la reforma de la pensión alimenticia del año 2007 y siguiendo el principio de la autorresponsabilidad postmatrimonial, un cónyuge divorciado solo recibe la pensión alimenticia postmatrimonial en tanto que no sea capaz de mantenerse a sí mismo, y solo en consonancia con los motivos establecidos en la ley (el cuidado de niños de corta edad, vejez, enfermedad,

desempleo, formación y capacitación para lograr un empleo adecuado). La concurrencia de alguno de estos motivos la comprueba, en cada caso, el juez de asuntos familiares encargado de valorar el derecho a percibir la pensión alimenticia. La reforma también ha reforzado la posibilidad de limitar, en mayor medida, el periodo de percepción y la cantidad de la pensión alimenticia. De esta manera, el cónyuge que durante el matrimonio no haya trabajado o que haya trabajado poco, tras el divorcio se ve obligado a incorporarse de nuevo en el mercado laboral con más celeridad de lo que ocurría antes; además, por principio sin garantía de rango social. Con ello, la reforma señalaba con claridad de que el matrimonio no está diseñado como una institución de manutención.

En caso de que los cónyuges no consideren que este modelo de consecuencias del divorcio, hecho a medida del matrimonio de tipo “perceptores únicos de rentas y amas de casa” sea apropiado – por no retratar su situación personal–, pueden acordar, mediante contratos matrimoniales, algo diferente en todos los aspectos. Ahora bien, en relación con la pensión compensatoria o de la pensión alimenticia postmatrimonial se aplica, no obstante, el principio de que estos derechos forman parte del núcleo de las consecuencias del divorcio y, por tanto, solo pueden ser modificadas en la medida en que no produzcan un reparto de cargas unilateral y contrario a las buenas costumbres en detrimento del cónyuge económicamente más vulnerable. El régimen económico matrimonial, que no forma parte del núcleo, permite, por el contrario, una libertad contractual casi ilimitada, con la posibilidad de modificar el régimen patrimonial del matrimonio o de acordar un régimen patrimonial diferente de propia elección de acuerdo con la ley o de forma modificada. Por tanto, los cónyuges pueden acordar, de forma alternativa, o bien la separación de bienes pura sin ningún tipo de participación patrimonial recíproca o bien la comunidad de bienes, la cual, no obstante, en su forma básica siempre abarca la totalidad del patrimonio, es decir también el patrimonio anterior al matrimonio así como los incrementos patrimoniales a través de donaciones o herencias que se hayan producido durante el matrimonio. En la práctica, la comunidad de bienes casi ya no se elige, mientras que se opta por la separación de bienes principalmente en el marco de acuerdos de divorcio y separación.

La mayor parte de las capitulaciones matrimoniales, firmadas ante notario, adoptan la forma del régimen económico matrimonial legal de participación en sus diversas manifestaciones: exclusión de ciertos bienes patrimoniales del cálculo de gananciales (sobre todo en relación con empresas e inmuebles), establecimiento de una fecha de cálculo distinta para el patrimonio inicial cuando la creación de patrimonio ya se ha producido antes del matrimonio, acuerdos sobre el volumen del patrimonio inicial y muchas cosas más. En comparación con el número de últimas disposiciones escrituradas, la cifra de capitulaciones matrimoniales es más bien escasa. De este hecho se puede concluir, respecto de la normativa legal, que la población la considera esencialmente adecuada o que al menos no considera que requiera adaptación individual.

Otro aspecto importante del régimen económico matrimonial es que una considerable parte de la población en Alemania –a menudo sin saberlo y sin tener capitulaciones matrimoniales– vive sujeta a una legislación extranjera. Esto se percibe sobre todo al adquirir patrimonio, en caso de divorcio y por la dependencia del derecho sucesorio de los cónyuges del régimen económico, en el caso de que se aplique el derecho sucesorio alemán también en caso de fallecimiento.

Es el caso de la situación jurídica de extranjeros que viven en Alemania, de alemanes que se han casado en el extranjero con un extranjero o de alemanes que antes tenían otra nacionalidad.³¹ El derecho privado internacional alemán se une, en cuanto a los efectos sobre el derecho patrimonial derivados del matrimonio, inalterablemente al derecho aplicable en el momento del enlace matrimonial y que determina los efectos generales del matrimonio. Este derecho está, a su vez, ligado a una nacionalidad común, subsidiariamente al derecho del estado en el que se reside habitualmente. El derecho alemán solo se aplica en estos casos, si el derecho del estado, que desde la perspectiva alemana se considere competente, remita al derecho alemán en materia de derecho de residencia o permanencia. De cara a la práctica notarial, la aclaración del régimen económico resulta ser en estos casos lo más relevante, ya que a la hora de inscribir la propiedad en el registro de la propiedad hay que indicar la correspondiente relación jurídica en la adquisición.

bb) La unión civil registrada

En el centro de la discusión política se encuentra actualmente el tema de la unión civil de personas del mismo sexo que, apelando al Art. 6, apartado 1, y al precepto de igualdad del Art. 3 de la Ley fundamental, reclaman la equiparación completa de las normas a través de la unión civil, incluida la equiparación en materia de adopciones e impuestos, además de la “apertura” del término matrimonio. Frente a esto, se sostiene que el mandamiento de la especial protección del matrimonio solo se puede referir “naturalmente” a parejas heterosexuales. La especial protección del matrimonio haría, tal vez, que fuese necesario discriminar otros tipos de parejas, lo que estaría en consonancia con el Art. 3 de la Ley fundamental, ya que éste solo exige un tratamiento igualitario cuando las circunstancias respondan a una misma naturaleza. Como justificación se alegan razones biológicas, morales, religiosas e históricas para reforzar el término de matrimonio, que, a día de hoy, no cuenta con una definición jurídica positiva que permita cimentarlo como la unión entre hombre y mujer.

³¹La ley sobre el régimen patrimonial del matrimonio, referido a expulsados y refugiados, del 4 de agosto de 1969, Boletín Oficial del Estado Alemán. I 1067, integra a todas las personas dentro del régimen económico matrimonial alemán que hayan entrado, reconocidos como alemanes, hasta el 31 de diciembre de 1992 en la República Federal de Alemania. Aquellos que hayan entrado a partir de esa fecha, los llamados *Spätaussiedler* o expatriados tardíos, han de obtener la nacionalidad alemana mediante nacionalización. Es discutible si la mencionada ley se aplica a ellos de forma análoga o si han de ser tratados como extranjeros en relación con el régimen económico matrimonial, véanse Peter Wandel, *Kuckuckseier nicht nur zur Osterzeit - Zum Güterrecht der Spätaussiedler*, [Huevos del cuco no solo en Pascua – Respecto del régimen patrimonial de los expatriados tardíos] *BWNNotZ* 1994, 85 ss., y OLG Hamm zur Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts eines Spätaussiedlers [Tribunal Regional Superior de Hamm respecto de la variabilidad del status del régimen económico de un expatriado tardío], *MittBayNot* 2010, 223 (con observaciones Süß).

Con los mencionados argumentos de trasfondo, ya la introducción de la unión civil resultó ser extraordinariamente polémica en términos políticos. Finalmente, la unión civil se diseñó de forma idéntica al matrimonio, con mínimas diferencias, pero para diferenciarla recibió otro nombre y de forma intencionada se reguló mediante una ley propia fuera del Código civil: la Ley de uniones civiles alemana del 16 de febrero de 2001. Inicialmente, se dejó en manos del legislador de cada Estado federado la decisión de establecer la autoridad competente para contraer una unión civil. Por esa razón, en Baviera la competencia para la constitución de las uniones civiles recayó, en un primer momento, de forma exclusiva en los notarios y el registro de las uniones civiles en calidad de registro del estado civil de las personas se llevaba en el Colegio Notarial del Estado federado.

En lo sucesivo, el legislador, sin embargo, tuvo que adaptar la unión civil cada vez más al matrimonio, debido a resoluciones judiciales y a la presión política. Ahora, la unión civil se puede contraer en toda Alemania ante un funcionario del registro civil (en Baviera, además, de forma alternativa ante un notario) y el registro del estado civil de las personas ya solo se lleva en el registro civil. En este momento, el desarrollo substancial se corresponde totalmente con el del matrimonio. Se llevó a cabo la equiparación en materia de pensiones, en el régimen de imposición en caso de herencia y recientemente también en el impuesto sobre la renta, y finalmente en la adopción de hijastros y la adopción sucesiva. No obstante, continúa sin existir la equiparación en la adopción menos plena. En la medida en que la jurisprudencia constitucional producía cambios, siempre resultó ser determinante el mandato de tratamiento igualitario del Art. 3 de la Ley fundamental. El Tribunal Constitucional no quiso deducir un “mandato de discriminación” del Art. 6 de la Ley fundamental. Si la actual coalición de gobierno, o un nuevo gobierno que surja a partir de otoño de 2013, no es capaz de llegar a un acuerdo que implique una equiparación más amplia en materia de adopciones, es de esperar que el Tribunal Constitucional lleve a cabo ese paso. Queda por ver si a largo plazo se mantendrá una diferenciación de los términos matrimonio y unión civil.

En Alemania, el enjuiciamiento de las uniones civiles según legislación extranjera se lleva a cabo de acuerdo con el Art. 17 b de la Ley de introducción al Código civil, según derecho de la autoridad registral (*lex libri*). En Alemania, una unión civil extranjera puede alcanzar, como máximo, los efectos –de acuerdo con el llamado “tope”, criticado desde la comunidad científica y que posiblemente viole la legislación europea– que ofrece la ley de uniones civiles alemana. El reconocimiento de matrimonios de personas del mismo sexo según legislación extranjera se juzga en Alemania en consonancia con un criterio que hoy también sostienen los altos tribunales y que se desprende del Art. 17 b, y que se ampara en la anterior argumentación referida a las diferencias entre los matrimonios y las uniones civiles, ya que el legislador habría excluido conscientemente la equiparación a través de una terminología demarcadora, amparándose en el Art. 6 de la Ley fundamental. Este punto de vista tiene la ventaja de que un matrimonio extranjero entre personas del mismo sexo puede ser reconocido, sin que se tenga en cuenta la nacionalidad de los miembros de la pareja, al menos como unión civil de acuerdo con el Art. 17b de la Ley de introducción al

Código civil. Otras voces proponen la equiparación con el matrimonio, en analogía con el Art. 13 de la Ley de introducción al Código civil, según la legislación del país de origen de la pareja.³² Aún no se dispone de experiencias prácticas en casos de separación, divorcio y sucesiones. A los cónyuges o parejas de uniones del mismo sexo, procedentes del extranjero, solo se les puede recomendar que se sirvan de las posibilidades de regulación que ofrece el derecho alemán con el fin de evitar la inseguridad jurídica y, en caso de ser necesario, inscriban de nuevo su unión civil, esta vez en Alemania, y se integren así en el derecho alemán, si van a tener aquí el centro de su vida.

En tanto que la legislación extranjera conozca uniones civiles heterosexuales que no se correspondan con el matrimonio, la legislación alemana no dispone de ninguna norma de colisión específica. El Art. 17 b de la Ley de introducción al Código civil no les es aplicable. A estas uniones se les aplican las disposiciones generales. En concreto no se les considera ni como matrimonio ni como uniones de pareja.

cc) La comunidad de vida no casada

Hasta el día de hoy, el legislador no ha sentido la necesidad de regular otro tipo de parejas diferentes al matrimonio y a la unión civil, especialmente porque no existe “la” comunidad de vida no casada por falta de la definición legal y tradición correspondientes.

En la vida real, la comunidad de vida no casada seguramente se manifiesta a través de múltiples formas y no solo se da como auténtica alternativa al matrimonio destinada a perdurar. Es el caso, por ejemplo, de las parejas que no quieren correr el “riesgo residual” de que resulten inválidos los acuerdos de exclusión total de las consecuencias del divorcio, establecidos en el convenio regulador de las capitulaciones matrimoniales. También sería el caso de las personas que, a raíz del casamiento, perderían sus derechos a alimentos e pensiones. Más bien, la comunidad de vida no casada se ha ido estableciendo como “vida en pareja durante un periodo” y como forma previa al matrimonio, es decir una especie de matrimonio a prueba.

Es de suponer que en muchos casos, la comunidad de vida no casada no aparezca con la intención de diferenciarse, en sentido jurídico, del matrimonio, sino que surge del deseo no detenidamente reflexionado de convivencia. De ahí no se mueve por falta de restricciones sociales, jurídicas y económicas aún existentes que lleven a las parejas a contraer matrimonio, sobre todo si se tiene en cuenta que el matrimonio solo ofrece una seguridad limitada ante el trasfondo de una legislación liberal en materia de divorcio. No existe, por tanto, ninguna necesidad de actuar, ya que todas las parejas con un plan vital común y con voluntad de unirse jurídicamente disponen de

³²Una exposición detallada se encuentra en Buschbaum, Kollisionsrecht der Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe [Derecho de colisión de las parejas al margen del matrimonio tradicional], RNotZ 2010, 73 ss. y 149 ss., que se expresa a favor de que estén cualificadas como uniones civiles.

una oferta que puede adaptarse substancialmente a un amplio abanico de situaciones vitales diferentes a través de la libertad contractual del matrimonio y de las uniones civiles.³³ Con la posibilidad de excluir (en un convenio regulador) las consecuencias del divorcio previstas en la ley, hasta llegar al límite de las buenas costumbres, los cónyuges y convivientes gozan de gran flexibilidad a la hora de estructurar su vinculación.

En relación con los conflictos sobre la partición de parejas no casadas, la jurisprudencia sostiene, siguiendo esa lógica, el criterio de que la legislación sobre consecuencias del divorcio no es aplicable a las personas no casadas, simplemente por el hecho de que se podrían haber casado si hubieran deseado los correspondientes efectos legales. Si, por el contrario, alguien no se casa con el fin de evitar la correspondiente vinculación jurídica, tampoco se le debería someter a la regulación no deseada por él, sobre todo porque las parejas no casadas y las civiles cuentan con la posibilidad de conformar sus relaciones jurídicas mediante contratos. En el pasado, esto conllevaba resoluciones judiciales que resultaban difícilmente comprensibles para los involucrados, cuando a través de prestaciones de un miembro de la pareja se incrementaba en gran medida el patrimonio del otro miembro y, sin embargo, después de la separación se rechazaban los derechos compensatorios. En estos momentos, la jurisprudencia ya ha conseguido encontrar soluciones apropiadas, sin necesidad de recurrir a los principios de la legislación sobre consecuencias del divorcio, a través de las disposiciones generales en materia de enriquecimiento indebido y de desaparición del fundamento negocial. Estas soluciones evitan que las ex parejas de una comunidad de vida no casada se vayan con las manos vacías en la partición patrimonial, sin que, por así decirlo, se les case en términos económicos.

De esto, sin embargo, no se desprende una cobertura legal del miembro más débil de la pareja, en términos económicos, comparable al régimen económico matrimonial. Derechos de pensión –al margen de los derechos de modesto alcance de una madre no casada según los Art. 1615a ss. del Código civil– y derechos sucesorios solo se pueden establecer a través de una regulación contractual o de unas últimas voluntades, aunque estos se tratan como relaciones jurídicas entre extraños y, por tanto, carecen de cualquier privilegio. Las normas de colisión jurídico-familiares no se aplican a las comunidades de vida no registradas de origen extranjero. Sus relaciones patrimoniales se juzgan, dado el caso, según el correspondiente estatuto de bienes y obligaciones o también, dado el caso, según el estatuto de lucro y delito.³⁴

dd) Familias monoparentales y familias “patchwork”

En el caso clásico de una familia monoparental, cuando los dos padres aún están con vida, se supone que los hijos menores de edad establecen su residencia habitual con la madre. De acuerdo

³³ Löhnig a.a.O.

³⁴ Palandt/Thorn artículo 17 b Ley de introducción al Código civil, número marginal 12.

con este planteamiento, la manutención de los hijos se satisface por parte de la madre a través de prestaciones en especie y de servicios, mientras que el padre aportaría prestaciones dinerarias.

En determinadas circunstancias, la mujer también puede ser perceptora de una pensión alimenticia. En la práctica, este modelo constituirá, incluso a día de hoy, el caso regular, tanto si se trata de personas divorciadas como en el caso de padres que nunca estuvieron casados. No obstante, hay que constatar que están aumentando los casos en los que o es el padre quien se ocupa de la atención y asistencia de los hijos o se emplea el llamado “modelo de alternancia” por el cual cada uno de los padres realiza tanto prestaciones dinerarias como en especie. También están en aumento las llamadas familias “patchwork”, en las que conviven hijos procedentes de distintas relaciones de sus padres.

En paralelo con estas evoluciones sociales, entre los padres se ha ido formando la idea de que a las prestaciones que aportan –del todo en consonancia con el Art. 6, apartado 2– debería corresponderles una especie de equivalente en forma de derecho de trato personal y de participación en la custodia. En la legislación, esto se puede comprobar a través de los cambios normativos en materia de custodia y del régimen de visitas. La suposición tradicional se basa en la idea de que el cometido del padre consistiría en proporcionar los medios económicos y el cometido de la madre en utilizarlos para los hijos. Se suponía que para el hombre los aspectos personales de la relación padre-hijos resultaban ser menos importantes y que, por tanto, la custodia debía recaer, en el caso de los divorciados de forma regular y en el caso de los no casados siempre, en la madre. Así se creía que se podía proteger de forma más adecuada a los hijos ante los conflictos de custodia entre unos padres que ya no convivían.

Por de pronto, se desarrolló en el Art. 1626 del Código civil la custodia de los hijos, que antes llevaba el nombre de “potestad de los padres”, como “la obligación y el derecho de cuidar al hijo menor de edad”. La ley constituye de forma expresa que, “el trato con ambos progenitores, por regla general” forma parte del bienestar del hijo. Con la reforma del derecho de filiación y de la situación jurídica del niño de 1997, se introdujo luego, en el caso de los divorciados, la custodia compartida como norma y la custodia para uno de los progenitores como excepción que, además, requiere la correspondiente solicitud por parte de uno de los progenitores, el consentimiento del otro progenitor y ha de estar en concordancia con el bienestar del hijo.

En el caso de los padres que, en el momento del nacimiento, no estén casados, ahora existe la posibilidad de asumir la custodia compartida a través de una declaración de custodia. El posterior casamiento genera de forma automática la patria potestad. En los demás casos, la ley otorga la patria potestad únicamente a la madre. En todos los casos de custodia compartida, los padres están llamados a “ejercerla con responsabilidad propia y con consentimiento recíproco por el bien del hijo”. La ley formula lo siguiente: “Cuando se produzcan desacuerdos han de intentar llegar a un acuerdo”. En la práctica jurídica, esto lleva a que las solicitudes de transferencia de la custodia a uno solo de los progenitores suele concederse raras veces y sobre todo no se suele hacer por el

mero hecho de que se hayan producido desacuerdos.

Gracias a ello, las posibilidades de los padres de participar también personalmente en la custodia han mejorado sensiblemente. En particular, la ley ya no contempla la posibilidad de que la madre excluya totalmente al padre, solo por su actitud de negación. No obstante, las posibilidades de los padres que desean educar a sus hijos siguen estando limitadas por dos factores:

- La madre puede entorpecer, de forma ilícita, la participación del padre al impedir el trato y remitiéndolo a que reclame por vía judicial sus derechos (y obligaciones).
- En tanto que el padre esté obligado a pagar alimentos, las exigencias propias de la vida laboral le dejarán menos espacio para un amplio cuidado personal de los hijos. Por tanto, a menudo resultará difícil mantener una estrecha relación, aunque se desee.

Tras un divorcio o una separación de los padres, la custodia compartida y un trato satisfactorio con ambos progenitores requiere, realmente, mucha disciplina y una colaboración comprometida para que unos padres que ya no sigan juntos mantengan a través de hijos en común una relación jurídica del todo estrecha, aunque hayan contraído un nuevo matrimonio o una nueva comunidad de vida.

2. Transmisión de patrimonio

a) Descripción de los requisitos formales en la transferencia de patrimonio

La transmisión de patrimonio, especialmente la propiedad, también goza de la protección por parte de la Ley fundamental. El derecho constitucional determinante se establece en el Art. 14:

- (1) Se garantiza la propiedad y el derecho sucesorio. El contenido y los límites se establecen a través de las leyes.
- (2) La propiedad conlleva obligaciones. Su uso ha de servir al mismo tiempo al bien común.
- (3) Una expropiación solo es admisible por el bien común. Debe producirse solo mediante ley o en virtud de una ley que regule el tipo y alcance de la indemnización. La indemnización ha de determinarse sopesando de forma justa el interés público y el de los interesados. En caso de litigio en relación con la cuantía de la indemnización se dispone de la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios.

La formulación “Contenido y límites” ya apunta de manera evidente a la relación de tensión que implica. Al respecto, el Estado dispone de amplias posibilidades de intervención y restricción, algo que en el marco de la discusión en torno a la tributación por donaciones y sucesiones se evidencia una y otra vez. También el derecho a la porción legitimaria, como restricción de la libertad de testar, se ha deducido una y otra vez del Art. 14 de la Ley fundamental.

aa) Transmisión patrimonial inter vivos

En Alemania, el compromiso de transferencia de patrimonio por parte de una persona viva a otra está sujeto al derecho obligacional, al cual se aplica el principio de libertad contractual. Fuera del derecho de alimentos, no existen los derechos, por parte de familiares cercanos, de transmisión patrimonial en vida que sean análogos a la porción legitimaria. No existen restricciones a la hora de adquirir bienes, por ejemplo la adquisición de propiedades inmobiliarias por extranjeros. Cualquier persona con capacidad jurídica puede ser donatario. Por regla general, se tratará de una donación que requiere, según el Art. 518 del Código civil, de una escritura notarial, salvo que la donación se ejecute de forma inmediata (el llamado don manual). En el caso de los bienes inmuebles y de los inmuebles por analogía siempre se requiere la escrituración notarial por el Art. 311b, apartado 1, del Código civil. Puede tratarse de una atribución puramente a título gratuito como contrato de obligación exclusivamente unilateral, pero también puede concurrir una donación sujeta a imposiciones o la llamada “donación mixta”, en caso de que existan contraprestaciones del donatario inferiores al valor de la donación. En caso de existir un bien inmueble, se deberá autenticar el contenido completo del contrato, aun cuando no haga referencia a la finca en sí. Existen conexiones con el derecho sucesorio debido a que las atribuciones en vida se descuentan de la legítima, en caso de que se haya acordado ese descuento y debido al principio de obligación a nivelación entre los descendientes, en tanto que estos vayan a heredar a partes iguales.

Según el principio de abstracción, el contrato obligacional no conlleva directamente el traspaso de la propiedad. Más bien se suele poner en relación con el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad en calidad de contrato real. El acuerdo real dispone de libertad de forma, salvo que se trate de un bien inmueble o un inmueble por analogía o una cuota social de una sociedad limitada. Según el Art. 925 del Código civil, el llamado “acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad inmobiliaria” ha de declararse “ante una instancia competente” y en presencia de ambas partes del contrato. Sin perjuicio de la competencia de otras instancias, cualquier notario es competente para recoger el acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad inmobiliaria. La cesión de la cuota social de una sociedad limitada requiere una escrituración notarial.

El acuerdo sobre el traspaso de la propiedad no conlleva automáticamente el cambio jurídico, salvo en el caso de la transmisión de derechos. Para que eso sea así hace falta que se le sume otro hecho más. En el caso de los bienes muebles, la ley exige su entrega u otra forma de apoderamiento. En el caso de los bienes inmuebles hace falta que se produzca la inscripción constitutiva en el registro de la propiedad, siendo obligatoria la acreditación del acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad inmobiliaria ante la oficina del registro de la propiedad. El registro de la propiedad no recoge el documento sin más y publica su contenido. Más bien publica las relaciones jurídicas directamente referentes al bien inmueble registrado, de tal forma que de éste se desprende, sin necesidad de más averiguaciones, quién es el propietario o quién

dispone de otros derechos sobre el bien inmueble. Aunque, en el caso de las cuotas sociales de una sociedad limitada, el acuerdo conlleve la transmisión de derechos, el notario que da fe ha de presentar al registro de la propiedad una nueva lista de los socios de la que se desprenda quién es socio a causa de su escritura.

bb) Transmisión patrimonial *mortis causa*

Además de la adquisición *mortis causa*, ya descrita anteriormente, en calidad de heredero a través de la sucesión fijada en el derecho universal, puede darse la adquisición de patrimonio mediante legado. Mientras que la herencia recae inmediatamente en el heredero en el momento de la muerte y solo puede volver a deshacerse de ella mediante la no aceptación de la misma, con el legado se origina entre el heredero y el legatario un derecho obligacional de cumplimiento del legado. Si el legatario no reclama su derecho, el objeto del legado permanece con el heredero. El derecho sobre el legado prescribe a los tres años. No hace falta una declaración expresa de no aceptación para impedir su adquisición.

No es necesario que, además, haya un contrato obligacional específico, salvo que el heredero y el legatario lleguen a un acuerdo derogatorio. El cumplimiento mismo se hace conforme a las normas sobre acuerdos reales, por lo que, en el caso de los bienes inmuebles, ha de escriturarse ante notario y ha de realizarse la inscripción constitutiva en el registro de la propiedad. El derecho alemán no conoce los legados con efecto real inmediato (*legados per vindicationem*).

b) Ejemplos de la necesidad de una escritura notarial para convertirse en propietario u operar la transcripción en un registro inmobiliario

El derecho alemán siempre exige la escrituración notarial

- en el caso de los contratos por los que una parte se compromete a adquirir o transferir la propiedad de un bien inmueble, Art. 311 b, apartado 1, del Código civil
- en el caso de los contratos que tienen como objeto el compromiso de transmisión del patrimonio actual de una persona o de una parte del mismo, Art. 311 b, apartado 3, del Código civil, independientemente de si en el patrimonio figura un bien inmueble o no
- en el caso de los llamados “contratos sucesorios” entre futuros herederos legales sobre la cuota hereditaria o la legítima de uno de ellos, Art. 311 b, apartado 5, del Código civil, independientemente de si en el patrimonio figura un bien inmueble o no
- en el caso de donaciones en la dimensión descrita más arriba
- en el caso de la transmisión de cuotas sociales de sociedades limitadas

En relación con la regulación del acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad inmobiliaria no se trata de un precepto formal, sino de una competencia concurrente de autoridades.

3. Instrumentos de regulación

a) Regulación a través de mandatos y prohibiciones

El legislador dirige las relaciones jurídicas en el derecho sucesorio y de familia, en primera instancia, a través de leyes que establecen los derechos y obligaciones de los interesados, especialmente en lo que se refiere a su contenido y los límites. Las leyes desarrollan los derechos fundamentales de los Artículos 6 y 14 de la Ley fundamental, en tanto que los interesados pueden conformar sus relaciones jurídicas en el marco de la libertad general de actuar, la cual también cuenta con el amparo constitucional del Art. 2 de la Ley fundamental.

Esto puede darse directamente a través de regulaciones del Código civil de efecto obligacional y real (véanse las anteriores explicaciones en relación con la descripción de la situación jurídica así como la lista de ejemplos de arriba con los actos jurídicos que requieren escrituración). Al respecto, resulta interesante el Art. 311 b, en tanto que no solo requiere en los apartados 1, 3 y 5 la escrituración notarial para actos jurídicos especialmente importantes o críticos, sino que en los apartados 2 y 4 declara nulos expresamente los contratos sobre la enajenación y gravación de un patrimonio futuro así como aquellos sobre los bienes hereditarios de un tercero aún con vida (con excepción de los contratos sucesorios según el apartado 5).

b) Regulación a través de incentivos estatales

No obstante, el Estado influye en el comportamiento de las personas dentro del derecho sucesorio y de familia tanto o más a través de incentivos financieros y ofertas dinerarias.

aa) El incentivo puede producirse de forma indirecta, por ejemplo a través de las leyes fiscales

La decisión a favor o en contra del matrimonio seguramente también se tomará con vistas al esquema de partición, por el cual los ingresos de los cónyuges con remuneraciones distintas se distribuyen a partes iguales entre la pareja a la hora de tributar por el impuesto sobre la renta. De esta forma se mitiga el efecto negativo de la progresividad impositiva, es decir del tipo imponible que crece cuanto mayor sean los ingresos, tanto más cuanto mayor sea la diferencia de ingresos. Existe polémica en torno al esquema de partición en sí porque beneficia a las parejas sin hijos al igual que a las familias con un solo perceptor de rentas. Otras voces, aunque aboguen en principio por su mantenimiento, exigen, sin embargo, que en el futuro se desarrolle a nivel de familia y no de pareja, es decir que ya solo se aplique cuando haya hijos y en ese caso dependiendo del número de hijos. De esa forma podrían producirse mayores ventajas que mediante las deducciones por hijos que se describen más abajo.

Otro aspecto fiscal importante es la imposición en relación con las donaciones y sucesiones, siendo el tratamiento legal el mismo en ambos casos. Todas las asignaciones de un mismo donante a un mismo donatario, que se produzcan en el plazo de diez años, se suman, aunque después de la donación se produzca el caso sucesorio. Todo notario conoce peticiones de escrituración con las que solo se busca la evasión fiscal, si bien a menudo esa preocupación por parte de los interesados es innecesaria: en general, la imposición no suele constituir un problema para parientes cercanos, ya que se ven beneficiados por elevadas exenciones y bajos tipos impositivos. Sin embargo, a mayor distancia del vínculo de parentesco las exenciones son menores y aumentan los tipos impositivos. Mientras que, en general, no hay obstáculos a la hora de cambiar de la categoría fiscal III a la categoría fiscal I mediante casamiento, en el caso de la adopción de mayores los interesados han de acreditar la justificación moral. Ésta suele ser rechazada por parte de los tribunales cuando se trata de motivos fiscales.

Los interesados se clasifican por el Art. 15, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones se distribuyen en las siguientes categorías fiscales:

Categoría fiscal I:

1. el cónyuge y la pareja registrada,
2. los hijos e hijastros,
3. los descendientes de los hijos e hijastros mencionados en el número 2,
4. los padres y demás ascendientes por *mortis causa capio*;

Categoría fiscal II:

1. los padres y demás ascendientes, en tanto que no pertenezcan a la categoría fiscal I,
2. los hermanos,
3. los descendientes de primer grado de los hermanos,
4. los padrastros,
5. los yernos,
6. los suegros,
7. el cónyuge divorciado y la pareja de una unión civil disuelta;

Categoría fiscal III:

Todos los demás adquirentes y las subvenciones finalistas.

Clasificadas por categorías fiscales, las siguientes exenciones son de aplicación según el Art. 16, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones:

(1) En casos de obligación tributaria ilimitada (Art. 2, apartado 1, número 1 y apartado 3) quedan libre de impuestos la adquisición

1. del cónyuge y de la pareja registrada por un importe de 500.000 euros;
2. de los hijos, a efectos de la categoría fiscal I N° 2, y de los hijos de hijos fallecidos, a efectos de la categoría fiscal I N° 2, por un importe de 400.000 euros;
3. de los hijos de los hijos, a efectos de la categoría fiscal I N° 2 por un importe de 200.000 euros;
4. de las demás personas de la categoría fiscal I por un importe de 100.000 euros;
5. de las personas de la categoría fiscal II por un importe de 20.000 euros;
6. (desaparecido)
7. de las demás personas de la categoría fiscal III por un importe de 20.000 euros.

(2) La exención según apartado 1 se sustituye, en los casos de obligación tributaria limitada (Art. 2, apartado 1, número 3), por una exención de 2.000 euros.

Los llamados residentes fiscales nacionales son sujetos pasivos por obligación personal y, por tanto, se ven beneficiados. En esencia serían todas las personas con domicilio o residencia habitual en Alemania, los alemanes no expatriados por un periodo mayor a cinco años, alemanes adscritos a las administraciones públicas con lugar de trabajo en el extranjero así como asociaciones y corporaciones nacionales.

Para los sujetos pasivos por obligación real –las personas que no son residentes fiscales nacionales, como por ejemplo los alemanes que viven de forma permanente en el extranjero y no trabajan en la administración pública alemana, o los extranjeros con patrimonio en Alemania que residen en el extranjero– la situación se presenta mucho menos favorable con una exención de solo 2.000 euros, con independencia del parentesco.

Tras determinar la categoría fiscal y la exención personal hay que averiguar, según el Art. 19 de la Ley del impuesto sobre sucesiones, el tipo imponible que depende del valor de la adquisición, incluyendo la posible adquisición de bienes en el extranjero:

El impuesto sobre sucesiones se recauda de acuerdo con los siguientes porcentajes:

| Valor de la adquisición sujeta a tributación (Art. 10) hasta incluido ... euros | Porcentaje en la categoría fiscal | | |
|---|-----------------------------------|----|-----|
| | I | II | III |
| 75.000 | 7 | 15 | 30 |
| 300.000 | 11 | 20 | 30 |
| 600.000 | 15 | 25 | 30 |
| 6.000.000 | 19 | 30 | 30 |
| 13.000.000 | 23 | 35 | 50 |
| 26.000.000 | 27 | 40 | 50 |
| más de 26.000.000 | 30 | 43 | 50 |

(2) Si, en el caso del Art. 2, apartado 1, número 1 y apartado 3, hay una parte del patrimonio que queda excluida de la tributación interna –a causa de un acuerdo para evitar la doble tributación– el impuesto ha de recaudarse según el tipo imponible que sería de aplicación para la adquisición en su conjunto.

(3) La diferencia entre el impuesto que resulta de la aplicación del apartado 1 y el impuesto que resultaría, en el caso de que la adquisición no hubiera superado el límite de valor inmediatamente anterior, solo se recauda si:

- a) con un tipo imponible hasta el 30% se puede satisfacer con la mitad del montante que supere el límite de valor,
- b) con un tipo imponible por encima del 30% se puede satisfacer con tres cuartas partes del montante que supere el límite de valor.

Por tanto, en el caso de patrimonios más grandes y con elementos extranjeros, para los interesados se presenta la necesidad de llevar a cabo cuanto antes una planificación patrimonial. Ésta debería incluir, desde el primer momento, la participación del notario –junto con la de otros asesores– debido a su competencia en cuanto a asesoramiento y atestación documental.

bb) El incentivo directo también desempeña en la práctica un papel importante

La interferencia directa por parte del Estado se produce, sobre todo, en el ámbito de las llamadas transferencias y demás ventajas dinerarias. Entre las transferencias, es decir los pagos por parte del Estado, que se dirigen directamente como prestaciones dinerarias al grupo de beneficiarios sin que requieran una contraprestación, se encuentran por ejemplo el subsidio familiar por hijos y el subsidio parental, pero también complementos por lugar de residencia en el salario de los funcionarios y que dependen del estado civil y del número de hijos.

El derecho de percepción del subsidio familiar por hijos comienza a partir del nacimiento y finaliza en general a los 18 años. Para todo hijo, que comience una formación profesional o a estudiar una carrera universitaria después de cumplir los 18 años, se puede solicitar el subsidio familiar por hijos hasta el cumplimiento de los 25 años. En 2013, en Alemania se pagan por el primer y segundo hijo 184 euros, por el tercer hijo 190 euros y por cada uno de los siguientes hijos se pagan 215 euros. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el mínimo de subsistencia del hijo ha de quedar libre de impuestos. Por ese motivo se introdujeron las deducciones por hijo. La deducción por hijo asciende a 7.008 euros para el año natural de 2013. Se pretende garantizar el mínimo de subsistencia fiscal prioritariamente a través del subsidio familiar por hijos. Luego se lleva a cabo una comprobación del supuesto más favorable, en el marco de la compensación anual del impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal o en el marco de la declaración de la renta. Al respecto, Hacienda realiza un cálculo comparativo: por un lado se calcula la deuda fiscal sin tener en cuenta las deducciones por hijo; en un segundo cálculo, se determina lo que habría que pagar menos en impuestos, si se tuvieran en cuenta las deducciones por hijo. A continuación se compara el resultado con el subsidio familiar por hijos que se ha pagado. En caso de que el recibido subsidio familiar por hijos sea superior a los impuestos que se ahorrarían de contabilizar las deducciones de 7.008 euros por hijo, la percepción del subsidio resultó ser más beneficiosa para los contribuyentes que la contabilización de las deducciones. No se lleva a cabo ninguna compensación. O dicho de otra manera: el contribuyente no está obligado a devolver nada del subsidio familiar por hijos solo porque la ventaja fiscal calculatoria haya sido inferior que el subsidio familiar por hijos percibido durante el año 2013. Ahora bien, si la posible ventaja fiscal resultante de la aplicación de la deducción por hijo es superior al subsidio familiar por hijos percibido durante el año 2013, sí se le paga al contribuyente la diferencia.

El subsidio parental se paga, durante un periodo máximo de 14 meses, a aquel progenitor que tras el nacimiento del hijo interrumpa su actividad profesional. El subsidio alcanza hasta el 67% de los ingresos percibidos hasta entonces. Se establece, no obstante, un máximo de 1.800 euros al mes. Padres sin ingresos reciben una cantidad fija mensual de 300 euros. Sin embargo, los extranjeros sin un permiso fijo de residencia no reciben el subsidio parental. Con esta regulación se quiere evitar que exista un incentivo para la inmigración. Los abuelos tampoco tienen derecho a recibir esta ayuda.

Para mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional también se ha introducido la posibilidad de pedir una excedencia para la educación de los hijos y el cuidado de familiares. La Ley federal del subsidio y permiso parentales concede a madres y padres con un hijo menor de 3 años el derecho a permiso parental.³⁵ Al respecto, a ambos progenitores se les contempla de forma separada. Es decir, los dos progenitores pueden irse de permiso a la vez, coincidiendo temporal o totalmente. El derecho está sujeto a varios requisitos: que los padres eduquen y cuiden ellos mismos al hijo y vivan con éste en un mismo hogar; además, el domicilio o lugar habitual de residencia ha de estar situado en la República Federal de Alemania y durante el permiso parental no se puede estar empleado, si la jornada laboral semanal supera las 30 horas. Al finalizar el permiso parental, la relación laboral recupera de forma automática las condiciones que existían antes del permiso. No obstante, según la jurisprudencia alemana, no existe el derecho al antiguo puesto de trabajo. Se discute si esto se ajuste a derecho europeo.

Como prestación adicional, el Gobierno Federal ha aprobado en noviembre de 2012 la Ley de subvención por el cuidado de los hijos en el propio hogar. Con un pago de 150 euros al mes pretende compensar a las familias que se ocupan de atender en el propio hogar a sus hijos menores de tres años en lugar de mandarlos a una guardería infantil subvencionada por el Estado. Esta subvención hay que verla como respuesta al hecho de que el Estado alemán hasta ahora no haya sido capaz de proporcionar suficientes plazas de guardería para menores de tres años y, por tanto, no pueda aún satisfacer el derecho creado por él mismo. Ahora bien, la subvención por el cuidado de los hijos en el propio hogar ha suscitado muchas críticas. Bien es verdad que la ampliación de las plazas de guardería costaría aún más dinero que la mencionada subvención.

³⁵ De acuerdo con las normas jurídicas para funcionarios, estos disponen de un derecho a permiso parental comparable. Los notarios, al ostentar un cargo público con una estructura organizativa liberal, no están sujetos a estas normas, aunque según el § 48 b de la Ley federal de notarios, los notarios tienen la posibilidad de un permiso familiar.

La norma reza así:

"(1) Quien, siendo notaria o notario, atiende o cuida realmente

1. al menos a un hijo menor de 18 años o
2. a otro familiar necesitado de asistencia personal y cuya dependencia quede reflejada en un dictamen médico, puede renunciar temporalmente al cargo, si cuenta con el permiso del órgano de control.

(2) La duración de la renuncia al cargo según el apartado 1, y también en conexión con el § 48c, no puede superar los 12 años".

A nivel político se está discutiendo si esto puede ser más perjudicial, de cara al futuro de las mujeres en cuanto a su vida laboral y para los hijos en relación con su formación en la temprana infancia, que si no se hiciera el pago. Con una ley, aprobada el 22 de marzo de 2013, los Estados federados quieren volver a revocar la Ley de subvención por el cuidado de los hijos en el propio hogar e invertir la partida prevista para crear la infraestructura de una oferta que satisfaga la demanda de plazas de alta calidad para niños de corta edad. La posibilidad de coaseguro exento de cuotas es otro incentivo importante del que disponen cónyuges e hijos en el seguro obligatorio de enfermedad, siempre que se cumplan los correspondientes requisitos, especialmente los límites de ingresos.

c) Efecto

Sin duda, el efecto de las regulaciones es máximo en el ámbito de los mandatos y de las prohibiciones, ya que el Estado, con sus posibilidades de intervención, puede forzar o impedir de forma directa un determinado comportamiento y declarar ciertos actos jurídicos como válidos o inválidos. Hay que suponer que la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones es un instrumento muy efectivo a la hora de dirigir la transmisión de patrimonio. En el caso de grandes fortunas, la planificación a largo plazo se combina con medidas de acompañamiento (casamiento con acuerdos sucesorios, adopciones, renunciaciones de cuotas hereditarias y legítimas, regulaciones estatutarias), dado que adoptar un diseño favorable permite ahorrar cantidades considerables. En el ámbito de las transferencias, que apunta más bien a la política familiar, y de los incentivos indirectos, los efectos son difíciles de medir. Así, y a pesar de las medidas de fomento, se observa que descende el número de casamientos, aumenta la cifra de hijos nacidos fuera del matrimonio y la tasa de natalidad es una de las más bajas dentro de la Unión Europea y a nivel mundial.

C. Las consecuencias de la situación actual

I. Las expectativas y perspectivas políticas en Alemania

1. a nivel de las autoridades públicas

Tal y como se ha descrito anteriormente, se introdujeron modificaciones legislativas en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones en esta legislatura y en la legislatura anterior. Se anunciaron muchos debates sobre las medidas de política familiar antes de las elecciones parlamentarias en Alemania programadas para el 22 de septiembre de 2013, sabiendo que su progreso dependerá del resultado de las elecciones. Se trata en especial de la reabolición de los subsidios en educación y de equiparar las uniones civiles registradas con los matrimonios en materia de adopción. En la situación actual referente a la ley de impuestos sobre la herencia, se critica fuertemente el hecho de que no se ha cumplido la equiparación prevista de las diferentes clases de patrimonio incluso ha sido posible en todavía mayor medida transmitir los activos de

explotación privilegiados en caso de continuación del negocio completamente libre de impuestos. Por otro lado, se reprocha que la tributación de los contribuyentes incluidos en la categoría tributaria (*Steuerklasse II*) es más equiparable a la categoría tributaria III (*Steuerklasse III*) que a la categoría tributaria I (*Steuerklasse I*), a pesar de que se trata de familiares de 2º y 3er grado que son descendientes de los mismos antepasados, y que las personas sin hijos suelen pasar el patrimonio heredado a otros descendientes de los mismos abuelos, que luego son fuertemente gravados por el Estado.

2. a nivel de la profesión de notario

Los notarios pudieron aportar sus propuestas, tanto en la reforma del Derecho sucesorio como en las modificaciones en del Derecho de familia, propuestas que hoy en día ya están incluidas en la ley. Ante la imposibilidad de abolir el derecho a la porción legitimaria, particularmente en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal con respecto a la garantía de derechos de sucesión, el hecho de que la reforma haya reducido el derecho al complemento de la reserva con donaciones en vivo durante un plazo de 10 años ha logrado aliviar esta problemática. En este ámbito no está previsto que haya más modificaciones en poco tiempo. Además, la práctica notarial apoya la posibilidad de renunciar por contrato a las asignaciones acordadas en un pacto sucesorio o en un testamento, en detrimento de los descendientes del renunciante.

Los cambios en el ámbito del Derecho de familia son bienvenidos por la práctica notarial porque han fortalecido las posibilidades de la libertad de contratación. Sin embargo, en el ámbito de las pensiones compensatorias y de la pensión alimenticia después del divorcio, la inseguridad jurídica persiste a causa de la doctrina sobre el núcleo de las consecuencias del divorcio desarrollado por los tribunales y del consiguiente riesgo de invalidez de las cláusulas de exclusión, un hecho que resulta desafortunado desde el punto de vista jurídico-cautelar, y por supuesto, también desde el punto de vista de los implicados.

3. a nivel de las personas implicadas en las relaciones jurídicas

Todo proceso legislativo en Alemania está asociado con una audiencia de las partes afectadas en su mayoría por forma escrita.³⁶ En la práctica, los ministerios y organismos oficiales disponen de listas de organizaciones y grupos de interés a las que les envían propuestas legislativas relacionadas con su ámbito para que éstos den su opinión al respecto. Además, se llevan a cabo

³⁶ Este enfoque ya fue defendido, véase, por ejemplo por Heinrich Josef Schröder, *Gesetzgebung und Verbände. Ein Beitrag zur Institutionalisierung der Verbandsbeteiligung an der Gesetzgebung*, Berlin 1976. El registro de asociaciones en el Bundestag y en el Gobierno Federal se encuentra en el Anexo 2 del Reglamento del la Bundestag; y la participación de los sectores interesados en los proyectos gubernamentales en los artículos 47 y 48 del Reglamento de los ministerios federales, véase:

http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage2.html

http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Veroeffentlichungen/ggo.pdf?__blob=publicationFile

audiencias públicas, en las que se invita a expertos, y a las que puede asistir quien lo desee.³⁷ Por lo tanto, cualquier persona interesada puede influir en la legislación no sólo a través de los partidos políticos, sino también a través de los muchos grupos de interés.

II. Repercusiones sobre la sociología del país teniendo en cuenta las tendencias observadas

En los últimos años, la sociología se ha interesado cada vez más en el Derecho de familia y en el Derecho sucesorio. En el Derecho de familia se plantean preguntas como las siguientes: ¿cómo se puede describir y analizar de forma empírica la segmentación y la pluralización de la paternidad, la filiación y la situación jurídica del niño? ¿Cómo se regulan legalmente la paternidad, la filiación y la situación jurídica del niño? ¿Y hasta qué punto es el concepto sociológico de la segmentación de la paternidad relevante para las cuestiones jurisprudenciales y la legislación?³⁸ También hay líneas de investigación en relación con la sociología de la herencia.³⁹ Podemos encontrar las siguientes estadísticas sobre la evolución en Alemania:⁴⁰

En el año 2011 se contrajeron 377.816 matrimonios, nacieron 662.685 niños con vida y fallecieron 852.328 personas. La cantidad absoluta de nacimientos nunca ha sido tan baja desde que se empezó a recopilar datos estadísticos, incluso más baja que en 1933 y 1945. La tasa de natalidad es de 1,36 hijos por mujer. Al mismo tiempo, la esperanza de vida sigue aumentando. Por ejemplo, la esperanza de vida de los niños nacidos en el año 2009 es de entre 83,1 y 86,4 años (dependiendo de los supuestos). Para las niñas, los valores correspondientes fueron de 88,3 años, 90,7 años, respectivamente. Queda patente que el envejecimiento de la población es imparable. En 1949, es decir, cuando entró en vigor la Ley fundamental alemana, se contraían 10,2 matrimonios por cada 1.000 habitantes, y nacían 16,3 niños. De cada 1.000 niños nacidos con vida, 99,5 padres (alrededor de una décima parte) no estaban casados. En 2011 se contrajeron 4,6 matrimonios por cada 1.000 habitantes y nacieron 8,1 niños. De cada 1.000 niños nacidos con vida, 339,1 padres (alrededor de una tercera parte) no estaban casados. Tanto hombres como mujeres tienen la tendencia a contraer el primer matrimonio cada vez más tarde. En 2011, en Alemania el promedio de edad a la que los solteros se casan siguió aumentando ligeramente.

³⁷ Esta información está disponible para todos en internet, para el Bundestag alemán p.ej. en: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/index.jsp>

³⁸ Dieter Schwab und Laszlo A. Vaskovics (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft: Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Verlag Barbara Budrich 2011

³⁹ Las actas de *Frank Lettke (Hrsg.) Erben und Vererben - Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen* surgieron de un coloquio en la Universidad de Constanza en el año 2003, en el que ya se trataron estos temas desde un punto de vista sociológico.

⁴⁰ Las cifras proceden de la página web de la Oficina Federal de Estadística. La presentación con un contenido más diferenciado cubre el período 1946-2011 https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Bevoelkerung/GeburtenSterbefaelleEhe2011_122012.pdf?__blob=publicationFile

Los hombres solteros se casaron a la edad de 33,3 (2010: 33,2 años) y las mujeres solteras a los 30,5 años (2010: 30,3 años). Sólo contando desde el año 2000, el promedio de edad para contraer matrimonio ha aumentado en 2,1 años para hombres y mujeres solteros.

En el año 2011, alrededor de una quinta parte (75.344) de las parejas casadas ya tenía hijos en común, 762 más que en 2010 y más del doble que en 1991. No obstante, no se puede determinar con certeza cuantas parejas no casadas se casan después del nacimiento de un hijo en común. Sin embargo, si tenemos en cuenta los dos factores juntos, es de suponer que una parte cada vez mayor de parejas con hijos en común que no estaban casados originalmente acaba haciéndolo finalmente. En el micro-censo realizado en 2010, 63.000 parejas indicaron vivir en una unión homosexual, 23.000 de los cuales habían registrado su unión. Por tanto, en conformidad con la ley sobre parejas registradas, el 37% de las parejas del mismo sexo estaban registradas. En 2006, únicamente el 19% de las 62.000 parejas del mismo sexo había registrado su vida conyugal.⁴¹

La Oficina nacional de estadística alemana publicó recientemente el siguiente comunicado de prensa (extracto):⁴²

„...“

- En 2011 la mayoría de los menores crecieron con sus padres casados (75%), el 17% vivieron con sus padres/madres solteros y el 8% con padres del mismo sexo.
- En total, en 2011, había 1,4 millones de familias menos que en 1996. En más del 70 % de los hogares privados en 2011 no vivía ningún menor.
- El porcentaje de uniones civiles registradas entre todas las parejas del mismo sexo se ha duplicado desde 2006 hasta 2011 (de 19% a 40%)... "

A partir de estos y de otros datos estadísticos⁴³, la Oficina federal de estadísticas deduce las siguientes tendencias:

- El número de matrimonios ha disminuido un 8% entre 1996 y 2011, mientras que el número de otras uniones civiles ha aumentado en un 52%, el número de solteros en un 24% y el número de padres y madres solteros en un 20%.

Con respecto al número de adopciones de niños y adolescentes, están disponibles las estadísticas siguientes:⁴⁴

⁴¹https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2011/PD11_025_p002.html

⁴²https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2012/10/PD12_351_p001.html

⁴³https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Bevoelkerung/HaushalteUndLebensformen_112012.pdf?__blob=publicationFile

⁴⁴<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialeistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Adoptionen2011.html>

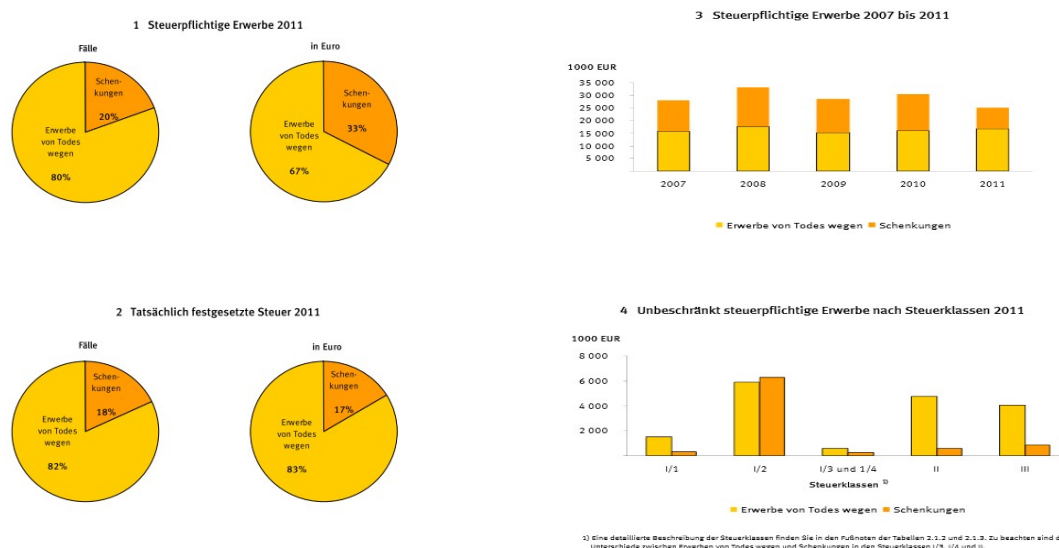
| Género Entre ... y ... años Nacionalidad | Total | Parentesco con los padres adoptivos | | | De los cuales (Sp. 1) nacionalidad de los padres adoptivos | | |
|--|--------------|-------------------------------------|-------------------------|------------------------|--|---------------|------------------------|
| | | Emparen- -tado | padrastra/ madrastra | No emparen- tado | alemana | no alemana | alemana/ no alemana |
| Varones | 2 046 | 49 | 1 077 | 920 | 1 830 | 56 | 160 |
| menores de 3 | 721 | 12 | 120 | 589 | 680 | 12 | 29 |
| 3 - 9 | 620 | 16 | 340 | 264 | 563 | 16 | 41 |
| 9 - 15 | 495 | 13 | 441 | 41 | 429 | 16 | 50 |
| 15 - 18 | 210 | 8 | 176 | 26 | 158 | 12 | 40 |
| de los cuales | | | | | | | |
| alemanes | 1 545 | 20 | 916 | 609 | 1 474 | 22 | 49 |
| No alemanes | 501 | 29 | 161 | 311 | 356 | 34 | 111 |
| Hembras | 2 014 | 55 | 1 189 | 770 | 1 791 | 51 | 172 |
| menores de 3 | 621 | 7 | 126 | 488 | 582 | 8 | 31 |
| 3 - 9 | 577 | 17 | 332 | 228 | 513 | 17 | 47 |
| 9 - 15 | 546 | 19 | 497 | 30 | 482 | 14 | 50 |
| 15 - 18 | 270 | 12 | 234 | 24 | 214 | 12 | 44 |
| de los cuales | | | | | | | |
| alemanes | 1 581 | 26 | 999 | 556 | 1 509 | 20 | 52 |
| No alemanes | 433 | 29 | 190 | 214 | 282 | 31 | 120 |
| Total | 4 060 | 104 | 2 266 | 1 690 | 3 621 | 107 | 332 |
| menores de 3 | 1 342 | 19 | 246 | 1 077 | 1 262 | 20 | 60 |
| 3 - 9 | 1 197 | 33 | 672 | 492 | 1 076 | 33 | 88 |
| 9 - 15 | 1 041 | 32 | 938 | 71 | 911 | 30 | 100 |
| 15 - 18 | 480 | 20 | 410 | 50 | 372 | 24 | 84 |
| de los cuales | | | | | | | |
| alemanes | 3 126 | 46 | 1 915 | 1 165 | 2 983 | 42 | 101 |
| No alemanes | 934 | 58 | 351 | 525 | 638 | 65 | 231 |

No existen datos disponibles con respecto a adopciones de mayores de edad. Se calcula que la gran mayoría de adopciones serán adopciones plenas, ya que ésta es la única opción posible en el caso de menores, y la opción deseada normalmente también en el caso de adopciones de hijastros mayores de edad. Las adopciones de personas mayores de edad que no sean familiares o hijastros son más bien raras. Teniendo en cuenta que el porcentaje total de extranjeros (8,8%) en la población no tiene relevancia para los muchos expatriados tardíos y alemanes naturalizados, actualmente se registra estadísticamente a las personas de origen inmigrante.

Este porcentaje ascendió en 2011 a un 19,5%. La aplicación de derechos de países extranjeros se ve reducida de forma significativa debido a la normativa europea en materia de sucesiones internacionales y abandonando así el principio de la nacionalidad en favor del principio del domicilio o de la residencia, respectivamente, de las personas que se alojen en Alemania en el

momento de la muerte del causante. Sin embargo, en el ámbito del derecho matrimonial sigue teniendo validez el hecho de que no se puede presuponer que el régimen económico legal de cerca de una quinta parte de la población sea el de participación. En cuanto al volumen de herencias, los datos del Bundesbank alemán y de la Oficina Federal de Estadísticas muestran que el valor de las herencias ocasionadas en Alemania en 2011 ascendió a cerca de € 233 mil millones. Este valor corresponde al 5% de los activos financieros de los hogares privados en Alemania y al 3% de los activos totales de las entidades de crédito alemanas.⁴⁵ Según una encuesta del diario Handelsblatt, el 25,8% de los encuestados tiene un testamento o un contrato de herencia cerrado.⁴⁶ De lo contrario, se aplica la sucesión legal.

Los datos sobre el impuesto de sucesiones nos proporcionan los gráficos y la información siguientes:⁴⁷



Según las estadísticas de 2011 sobre el impuesto de sucesiones y donaciones⁴⁸, las adquisiciones de bienes por causa de muerte sujetas a impuestos ascendieron a 16,9 mil millones de euros, las adquisiciones por donaciones a 8,3 mil millones de euros. El importe de la tasa total de impuestos fue de 4,2 mil millones de euros, de los cuales 3,5 mil millones correspondían a impuestos sobre sucesiones y a impuestos sobre donaciones de 0,7 mil millones de euros. El remanente de las herencias (es decir, el caudal hereditario restando las obligaciones vinculadas a la herencia), calculado en conformidad con la liquidación tributaria del año 2011, ascendió a unos 25,3

⁴⁵<http://www.die-bank.de/banking/deutschland-ein-volk-von-erben>

⁴⁶<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/2313/umfrage/testament-oder-erbvertrag-vorhanden/>

⁴⁷https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/ErbschaftSchenkungssteuer/ErbschaftSchenkungssteuer5736101107004.pdf?__blob=publicationFile

⁴⁸<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/ErbschaftSchenkungssteuer/Aktuell.html>

millones de euros. La diferencia entre el remanente y la suma de todas las adquisiciones por causa de muerte resulta, por un lado, de las exenciones, y por el otro, del hecho de que no todas las adquisiciones mortis causa estaban sujetas al impuesto de sucesiones, por primera vez en 2011.

Los bienes inmuebles y demás patrimonio, es decir, los depósitos bancarios y de valores, en particular, representaron alrededor del 30%, y del 57%, respectivamente, del valor de todos los bienes (excluyendo donaciones). El porcentaje de capital productivo fue del 12%, mientras que el de las granjas fue sólo del 0,8%. La mayoría (54%) de las liquidaciones tributarias por adquisiciones mortis causa se basó en un ingreso gravable con un valor de hasta 50.000 euros, no obstante, la tributación real a tal efecto fue sólo del 7% del volumen total. Sin embargo, el 0,2% de los casos en los que hubo un ingreso gravable de un valor superior a los 5 millones de euros, la tasa del impuesto es del 18%. En el caso de las donaciones ocurre lo siguiente: no menos del 51% de las adquisiciones fueron por valor de hasta 50.000 euros lo que supuso una participación del 5% en el impuesto total. Sólo el 0,8% de las donaciones superaron la cifra de 5 millones de euros, aportando el 21% correspondiente al impuesto de donaciones fijado.

Teniendo en cuenta estos resultados en relación con la normativa sobre importes libres de impuestos, los tipos impositivos y las normas de evaluación y el hecho de que la mayoría de los ingresos por causa de muerte y donaciones están exentas de impuestos, nos damos cuenta de la verdadera voluntad política del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Cualquier transferencia de patrimonio con un importe normal dentro de una familia no es imponible. Las tasas de impuestos de los ingresos que están ligeramente por encima de los importes exentos, son bajas. En cambio, las tasas más altas se aplican en el caso de las grandes transferencias de patrimonio, que corresponden a la mayoría de los ingresos fiscales por el impuesto de sucesiones y donaciones.

D. Conclusiones/Sugerencias

I. Prioridad para las familias / uniones de hecho con hijos, independientemente del matrimonio

Hoy en día, las nuevas constelaciones familiares, diferentes de la familia tradicional, que consta de un matrimonio y sus hijos en común, son una realidad palpable. En la actualidad, el Art. 6 de la Ley fundamental debe entenderse principalmente como un mandato para el estado para promover el bienestar de todos los tipos de familia con hijos. Entender el matrimonio de la forma que se ha venido haciendo, favoreciéndolo tanto a nivel legal como económico frente a la unión civil registrada, es insostenible en conformidad con las declaraciones del tribunal constitucional con respecto al derecho fundamental de la igualdad (Art. 3).

Por consiguiente, tanto la política como la legislación deben tomar cartas en el asunto con carácter urgente, y dar prioridad a los proyectos de vida con hijos frente a los proyectos de vida sin hijos.

II. Adaptación del régimen jurídico de la filiación a la realidad biológica y social

No resulta en absoluto lógico que en Alemania, la paternidad esté únicamente vinculada a la paternidad genética y que no se le de importancia a la maternidad genética, cuando por ejemplo otra mujer se implanta un óvulo fertilizado y da a luz. Además, esto no impide que los interesados utilicen medios de reproducción que en Alemania están prohibidos. Esto tiene como consecuencia que la única manera para que la madre genética pueda ser reconocida como tal, consiste en adoptar a la criatura que desciende biológicamente de ella, lo que resulta incomprensible.

Por el contrario, en el caso de la inseminación heteróloga, método autorizado y ampliamente practicado en Alemania, no es posible excluir un desconocimiento de la paternidad, lo que puede conllevar una constatación de la paternidad, con todas las consecuencias legales que puede suponer para el donante de esperma. La comparación con el derecho de adopción muestra que el derecho de cada persona a saber su filiación genética - que está protegido por la Constitución - bien puede estar asociada con la duración de las relaciones sociales de la familia.

III. Mejor protección del cónyuge o la pareja supérstite ante los derechos a la herencia o a la porción legitimaria por parte de los hijos

En la mayoría de los casos, desde 1945, los patrimonios a heredar en la generación actual de causantes de herencias son los que éstos han ido amasando con sus respectivos cónyuges. Cuando dicho patrimonio es un inmueble que está siendo usado en parte o totalmente por el cónyuge supérstite, éste se ve privado de una parte esencial de su vida debido a la existencia de un derecho incondicional a la liquidación de la herencia - si es necesario mediante venta forzosa, o bien por vencimiento o imposición de la legítima. Sería posible hacer frente a este problema mediante la limitación, al menos temporal, de la partición de la herencia con el cónyuge supérstite y postergando el derecho a la porción legitimaria. Teniendo en cuenta este punto de vista, no sería apropiado hacer referencia al carácter participativo y alimentativo de la porción legitimaria en una sociedad que ofrece numerosas opciones de formación y una red social densa.

La población es en gran parte inconsciente del hecho de que los testamentos mancomunados escritos en privado por ambos cónyuges, vinculan también al cónyuge supérstite que acepta la herencia después de la muerte del otro cónyuge, si no se ha incluido expresamente la posibilidad de que más adelante pudiese cambiar el testamento. Por lo tanto, el cónyuge supérstite no podrá

testar de forma diferentes en caso de que la herencia del primer cónyuge fallecido provoque conflictos con los hijos. Además, el cónyuge superviviente se limita en sus disposiciones tomadas en vida con respecto a su patrimonio en la medida en que, después de su muerte, los beneficiarios herederos podrán ejercer su derecho a la restitución. Sería conveniente que el legislador pusiera remedio a esta situación.

IV. Mejora de la situación de la categoría tributaria II en la tributación de sucesiones y donaciones

A la categoría tributaria II pertenecen familiares muy cercanos, tales como parientes de primer a tercer grado, así como parientes políticos de primer grado, además de ex-cónyuges o ex-uniones civiles. Se benefician de una deducción fiscal hasta la cantidad de 20.000 €, un importe exento de impuestos exactamente igual que personas no emparentadas pertenecientes a la categoría tributaria III, y en caso de valores mayores, el tipo impositivo supera claramente al impuesto a la categoría tributaria I. Por consiguiente, para personas sin hijos resulta muy complicado transmitir su patrimonio por ejemplo a sus hermanos o sobrinos. La aproximación prudente a la imposición de la Categoría tributaria I, se ajustaría más al principio del Derecho sucesorio para familiares estipulado en el Código civil alemán (BGB).

E. Síntesis

I. Las características más destacadas del sistema presentado

En la legislación alemana, hombres y mujeres tienen los **mismos derechos**, especialmente en lo que se refiere al matrimonio. El principio aplicado es el de **matrimonio civil obligatorio**. En el régimen económico matrimonial legal de participación, ambos cónyuges contribuyen por igual al valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio. La **pensión compensatoria** permite tener una participación equilibrada de ambos cónyuges en los derechos de pensión adquiridos durante el matrimonio. En lo que se refiere a los alimentos, después del divorcio, el principio aplicado es el de la **responsabilidad individual**. Los derechos a la pensión alimenticia se establecen como excepción. El ámbito anterior queda sujeto a la **libertad contractual**. Las parejas del mismo sexo pueden ser registradas como **uniones registradas**, un modelo muy similar al matrimonio. La legislación alemana no conoce otro tipo de uniones – ya estén registradas o no – con efectos jurídicos más bajos que los del matrimonio o de la unión civil; la introducción de este tipo de uniones sería probablemente incompatible con el Art. 6 de la Ley fundamental alemana.

La ley no distingue entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Tanto cónyuges como divorciados en principio siempre obtienen la **custodia compartida**. Los padres naturales tienen la posibilidad de obtenerla mediante una declaración de derecho de custodia.

En principio, la filiación está determinada por la **relación genética** entre el niño y los padres biológicos. La relación entre padres e hijos también se puede establecer a través de la **adopción**. Por la adopción, el adoptado adquiere la condición jurídica de hijo en común de la pareja adoptiva o bien de una persona sola. En caso de adopción de niños o adultos, la filiación del niño con los padres que haya tenido hasta entonces desaparecerá. La adopción la concede un tribunal.

El divorcio es concedido por el órgano jurisdiccional tras previa solicitud cuando el matrimonio ha fracasado. El fracaso del matrimonio se rige por el **principio de la ruptura matrimonial**. El Derecho sucesorio está sujeto al principio de la **sucesión universal** y de la "**herencia automática**" sin necesidad expresa de aceptar la herencia. La **libertad testamentaria** permite también desheredar a parientes cercanos. Sólo tienen derecho a la porción legitimaria los descendientes, cónyuges o uniones civiles y padres en caso de no haber descendientes.

La **legítima** es un **derecho jurídico-obligacional** a un pago equivalente a la mitad de la cuota hereditaria ficticia en el marco de la sucesión legal. El testador puede firmar un pacto hereditario de forma ológrafa o por vía notarial, ya sea un testamento individual, un testamento mancomunado junto con el cónyuge, o un testamento de terceros de su elección. El testamento mancomunado y el pacto hereditario pueden tener un efecto vinculante. El Derecho sucesorio se basa principalmente en el **grado de parentesco**. Cuanto más lejano es el parentesco de los miembros de la familia, más elevada es la herencia del cónyuge. El patrimonio también puede ser transmitido inter vivos a través de la **donación**. Las sucesiones y donaciones están sujetas al mismo régimen fiscal. Sin embargo, los importes exentos de impuestos son revisados cada 10 años.

II. Los aspectos esenciales del informe

La ley aplicable en materia de matrimonio, divorcio y los efectos del divorcio se basa por lo general en un **modelo de matrimonio** que consta de una parte con un historial de empleo continuo y que constituye la **principal fuente de ingresos para el hogar** y del otro cónyuge que se dedica principalmente a las necesidades de la familia y que por consiguiente puede sufrir **desventajas debido al matrimonio**. Este modelo refleja probablemente a la mayoría de las parejas casadas con hijos y se corresponde con las necesidades de la práctica. De forma paralela al matrimonio, se ha establecido una forma de convivencia basada en la unión civil registrada de parejas del mismo sexo. Es previsible que ésta sea equiparada por completo al matrimonio. Si los cónyuges y uniones civiles tienen una visión divergente del matrimonio, pueden **regular** sus relaciones jurídicas en gran medida **por contrato** y tener por tanto un vínculo más o menos intenso en términos económicos. Teniendo en cuenta que varias acciones están sujetas a la obligación de formalizar una escritura pública, el notario desempeña un papel importante como asesor de las partes y para formular las cláusulas contractuales de forma adecuada.

Debido a que **la libertad contractual está muy extendida** en lo que respecta al **contrato matrimonial o de unión civil**, y del hecho que el divorcio resulta relativamente fácil, no se ve necesidad de introducir otras formas de uniones civiles registradas (por debajo del matrimonio o de la unión registrada). Las parejas casadas o registradas pueden regular sus relaciones jurídicas a través de **contratos jurídico-obligacionales**, en las que normalmente también está implicado el notario. El ordenamiento jurídico también debe respetar a las personas que desean vivir juntos **sin ningún tipo de vinculación jurídica**.

El gran número de parejas no casadas o registradas con hijos, de padres y madres solteros y de las llamadas familias “patchwork”, en las que conviven adultos con hijos procedentes de diferentes relaciones, nos obliga a partir de un **concepto de familia bastante amplio**. El régimen jurídico de la filiación, de la situación jurídica del niño y de la custodia en vigor se adapta a esta realidad, no basando la responsabilidad del bienestar de los hijos regulada en la **custodia compartida** únicamente en la existencia de un matrimonio, sino convirtiéndola en una obligación perpetua para ambos progenitores. El Derecho sucesorio vigente establece límites para los notarios en lo que respecta a la redacción del **testamento en familias “patchwork”**, ya que el derecho a la porción legitimaria por parte de los hijos biológicos a menudo no permite una equiparación de los hijos. En la práctica notarial, es común **adaptar las últimas voluntades a las necesidades de las personas divorciadas o madres o padres solteros**. El Estado promueve indirectamente las diversas constelaciones familiares, proporcionando **beneficios legales** (por ejemplo, en el derecho tributario y ofreciendo la posibilidad de disfrutar del permiso maternal/paternal). Lo hace directamente a través de **transferencias**, tales como subsidio familiar por hijos y el subsidio parental o el subsidio por cuidado de los hijos.

En la actualidad, **la propiedad y el derecho sucesorio** desempeñan un papel importante en la sociedad debido a los altos valores existentes. **La transmisión de patrimonio** de menor cuantía, dentro de la familia directa está exenta de impuestos (voluntad política). En el caso de **patrimonios de mayor cuantía**, es necesario llevar a cabo una **perspectiva de planificación financiera en el futuro**. La transmisión de patrimonio no se puede efectuar a través de una sola donación o herencia, sino que en conformidad con el sistema tributario actual, se requieren una **combinación de varias donaciones (recurrentes) y un importe apropiado del testamento**. Las donaciones y pactos hereditarios deben ser escriturados ante notario. En la práctica, la escritura de testamentos es bastante frecuente, ya que proporciona seguridad jurídica y ventajas económicas en el marco de los procedimientos sucesorios. **El derecho a la porción legitimaria** resulta ser un factor **perturbador**, tanto para la transmisión de la propiedad inter vivos como en el caso de la herencia. Este factor puede estimular el fracaso de la planificación financiera. En la práctica notarial es por tanto primordial poner en práctica medidas para reducir la legítima.