

Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la *mudawana*: fundamento y alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí

[A propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008]

Cristian Oró Martínez*

Universitat Autònoma de Barcelona

Resumen

El presente trabajo analiza una sentencia que declara incompatible con el orden público internacional español la normativa marroquí sobre sucesiones, por contener un artículo que establece prohibiciones para suceder por razón de religión o de filiación. Se destaca que el análisis del tribunal es en general abstracto, y que no otorga un tratamiento específico a algunas cuestiones previas que se plantean en el supuesto (carácter de la filiación y validez del matrimonio), que a su vez podrían también dar lugar a problemas desde la perspectiva del orden público. Asimismo, el comentario propone una solución alternativa a la exclusión íntegra del Derecho de sucesiones marroquí. Finalmente, se examina también la elección del Derecho catalán como normativa rectora de la sucesión en sustitución del Derecho marroquí descartado.

Palabras clave: Ley aplicable a la sucesión – Derecho de sucesiones marroquí – Prohibiciones para suceder – Excepción de orden público – Impedimentos matrimoniales.

Abstract

This comment analyses a judgment declaring contrary to Spanish public policy the Moroccan rules on successions, because of an Article thereof establishing prohibitions to inherit on religious grounds or on grounds of filiation. It is highlighted that the court's analysis is rather abstract, and that it does not deal specifically with some incidental questions raised by the case (nature of filiation and validity of a marriage), which in

Recibido: 01/06/09. Aceptado: 30/06/09

* Becario de investigación (PIF) de Derecho internacional privado

turn could also create problems from the perspective of public policy. Furthermore, the comment proposes an alternative solution to the refusal to enforce the whole Moroccan law of successions. Lastly, a reference is made to the choice of Catalan law as the law governing the succession instead of the rejected Moroccan legislation.

Keywords: Law applicable to successions – Moroccan law of successions – Prohibitions to inherit – Public policy exception – Impediments to marriage.

I. Introducción

La resolución judicial que nos disponemos a comentar¹ supone un nuevo ejemplo de la cada vez mayor presencia y más profunda incidencia en nuestro ordenamiento de instituciones jurídicas provenientes del Derecho islámico, muy especialmente a través del Derecho marroquí que traen consigo como ley personal los inmigrantes de dicho origen que se instalan en nuestro país. Estas instituciones jurídicas se proyectan fundamentalmente en los ámbitos del Derecho de la persona, del Derecho de familia o, como en el caso que nos ocupa, del Derecho de sucesiones, puesto que la conexión habitualmente retenida en todos estos ámbitos es la nacionalidad del sujeto². Más allá de los tradicionales problemas calificadorios en relación con las figuras desconocidas en nuestro ordenamiento —siendo ya prácticamente lugares comunes las referencias a la *kafala* o al *talaq*³—, el ámbito en el que son susceptibles de producirse mayores fricciones a la hora de dar efectos a las instituciones jurídicas propias del Derecho marroquí (o de cualquier otro Derecho de fuente islámica) es en el de la eventual contrariedad de algunas de estas instituciones con el orden público internacional español, bien sea en sede de excepción a la aplicabilidad del Derecho marroquí por designación de nuestras normas de conflicto (como en el caso que vamos a examinar), o bien como motivo de oposición al reconocimiento de un acto jurídico, un documento público o una resolución judicial marroquí en nuestro país. La razón de esta mayor probabilidad de colisión con nuestro orden público internacional se encuentra, como es obvio, en las numerosas discriminaciones

¹ Disponible en *Westlaw*, referencia JUR\2009\64243.

² Ya sea como punto de conexión exclusivo, o bien junto a otros puntos de conexión alternativos o subsidiarios: *vid.* los arts. 9.1 a 9.8 CC.

³ Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 125-127, o A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, 9ª ed., Granada, Comares, 2008, pp. 264-265.

por razón de sexo, de religión o de filiación que se derivan de la fuerte impronta coránica presente en la *mudawana* o Código de Familia marroquí⁴.

La sentencia de la AP de Barcelona plantea justamente la cuestión de si un artículo de la *mudawana* que establece determinadas prohibiciones para suceder por razón de religión o del carácter legítimo o ilegítimo de la filiación, según expondremos más detalladamente, debe ser considerado, en virtud de lo que dispone el art. 12.3 CC, contrario al orden público español y, por tanto, quedar inaplicado. Adelantemos ya que la respuesta del tribunal es afirmativa: existe tal contrariedad con el orden público, y por tanto la normativa marroquí debe ser descartada; con todo, al hilo de su argumentación la AP va pronunciándose sobre diversos extremos que merecen un examen específico como el que desarrollaremos en el presente trabajo. Empezaremos por exponer sucintamente los hechos que dieron lugar a la resolución analizada (epígrafe II). A continuación, examinaremos los argumentos que la AP utilizó —y los que rechazó— para justificar la aplicación de la excepción de orden público (epígrafe III). En tercer lugar, nos ocuparemos del alcance de los efectos que el tribunal otorga a la admisión de la excepción (epígrafe IV). Y para finalizar, haremos una breve referencia a las cuestiones de Derecho interregional que plantea —o *rectius* silencia— la sentencia de la AP (epígrafe V). Con carácter preliminar, merece asimismo ser destacado que es posible que nos encontremos ante la primera, si no la única, sentencia publicada que analiza la *mudawana* en el ámbito sucesorio desde la perspectiva de la excepción de orden público internacional⁵.

⁴ Para una presentación general de esta *mudawana* o Código de Familia, con especial incidencia en los aspectos que fueron objeto de la reforma aprobada en 2004, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. Tomo I: África del norte y América latina*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 47-50. *Vid.* también M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva *mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, n.º 2, 2004, pp. 1078-1083, quien incide especialmente en los aspectos de la reforma relevantes desde la perspectiva del DIPr. Ambas autoras señalan que, a partir de la versión aprobada en 2004, la *mudawana* ha experimentado una notable modernización en relación con los postulados más tradicionales que caracterizaban su redacción anterior a la reforma, pero también coinciden en subrayar la pervivencia de un importante número de disposiciones susceptibles de producir discriminaciones en mayor o menor medida. Por ello, la contrariedad con el orden público internacional puede verse reducida con la nueva versión de la *mudawana*, pero en ningún caso eliminada.

⁵ *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, “El Derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2009,

II. Antecedentes fácticos y procedimentales

El origen de la sentencia comentada se sitúa en un proceso seguido ante el JPI nº 3 de Vic (Barcelona), a raíz de la apertura de la sucesión intestada de un causante de nacionalidad marroquí fallecido en Tetuán (Marruecos), aunque de la sentencia se desprende que presumiblemente su residencia habitual se encontraba en España, y más concretamente en Cataluña. La viuda del causante interpuso una demanda de juicio ordinario en nombre propio y en el de su hija menor contra los ignorados herederos del *de cuius*, solicitando que se declarase a la niña heredera universal de su padre, y que a ella se le otorgase el usufructo de todos los bienes de la herencia. Aunque de conformidad con el art. 9.8 CC resultaba de aplicación el Derecho marroquí en tanto que ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, la demandante solicitaba la sujeción de la herencia *ab intestato* al Derecho español por la vía de la excepción de orden público prevista en el art. 12.3 CC, ya que consideraba que la *mudawana* infringe el orden público español al prever, en su art. 332, una prohibición para suceder en virtud de la cual no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, ni tampoco en caso de que la filiación paterna sea negada legalmente —extremo sobre el que volveremos más adelante—. La madre del causante compareció ante el JPI y se opuso a la demanda, invocando que debía aplicarse el Derecho marroquí, presumiblemente porque en virtud de este ordenamiento habría obtenido bienes de la herencia, mientras que conforme al Derecho español la única heredera resultaba ser la menor, con usufructo universal para su madre y viuda del causante.

El JPI estimó la demanda y los argumentos de la actora, y en virtud de los arts. 322 y ss., 330, 331 y 332 del *Codi de Successions* catalán declaró heredera universal a la menor y usufructuaria a la viuda. La madre del causante recurrió en apelación, alegando que la sentencia de instancia había incurrido en un error al disponer que la ley marroquí resultaba contraria al orden público. No obstante, la AP confirmó la resolución apelada, y con ello, el hecho de descartar la aplicación del régimen sucesorio de la *mudawana* por su contrariedad con nuestro orden público internacional.

pp. 159-170, p. 162, quienes subrayan la inexistencia de casos publicados en los que se haya tomado en consideración la ley marroquí como ley personal del causante en virtud del art. 9.8 CC.

III. Las prohibiciones para suceder de la *mudawana* desde la perspectiva del orden público español

1. Los derechos sucesorios en relación a la hija del causante

Como acabamos de señalar, la AP declara en su sentencia que el art. 332 de la *mudawana* resulta incompatible con el orden público español. El tenor de dicha disposición es el siguiente: “no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, y tampoco lo hay en el caso en el que la filiación paterna sea negada legalmente”⁶. Pues bien, lo primero que debemos subrayar es que, para justificar su incompatibilidad con el orden público, la AP lleva a cabo un juicio abstracto de la norma marroquí, en virtud del cual la misma vulnera el principio constitucional de igualdad. En efecto, en la sentencia⁷ se afirma que aplicar el citado art. 332 “determinaría una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento, filiación y por razón de religión”. Es cierto que a continuación la AP parece analizar también la incompatibilidad del art. 332 con el orden público internacional en el caso concreto, al añadir que su aplicación “impide reconocer derecho alguno a la herencia de su padre por parte de la menor Nuria si ésta no es musulmana y, en todo caso, como hija habida en un matrimonio no reconocido oficialmente en Marruecos”. Sin embargo, el órgano de apelación no efectúa un verdadero análisis *in concreto*, puesto que como veremos a continuación no entra a analizar si en este caso se verifica la primera de estas condiciones, mientras que a pesar de que parece

⁶ Salvo que se indique lo contrario, la traducción de la *mudawana* citada en el presente trabajo es la que encontramos en A. QUINONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 51-82. Se trata de una traducción parcial que parte de la traducción completa al catalán contenida en *La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí (2004)*, Grup d'Advocats Joves i Comissió de Dones Advocades de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Mediterrània, Barcelona, 2005, pp. 27-130. Téngase en cuenta también la traducción oficial al francés publicada en el *Bulletin Officiel du Royaume du Maroc* núm. 5358, de 2 ramadán 1426 (6 de octubre de 2005), pp. 665-701 (disponible en http://www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/Fr\2005\BO_5358_fr.pdf), y recogida asimismo en M.-C. FOLETS Y J.-Y. CARLIER, *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 147-221. En dicha traducción oficial, el citado art. 332 dispone que “[i]l n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non-musulman, ni dans le cas où la filiation paternelle est désavouée légalement”.

⁷ Toda la argumentación jurídica de la sentencia relevante a los efectos del presente comentario se encuentra en el fundamento de derecho segundo, por lo que todas las citas de los argumentos de la AP deben entenderse referidas a dicho fundamento jurídico.

hacerlo en relación con la segunda, en realidad yerra en la formulación de la misma.

En cuanto a la primera condición, consistente en la profesión de la religión musulmana, es innegable que puede resultar cuanto menos chocante que un órgano jurisdiccional español se avenga a averiguar la religión de una persona para determinar si un ordenamiento le reconoce o no un derecho de carácter jurídico-privado, como es *in casu* el derecho de una persona a ser declarada heredera⁸. Con todo, lo cierto es que según el Derecho islámico la menor sería necesariamente considerada musulmana por ser hija de padre musulmán⁹, por lo que en principio este extremo no le impediría heredar conforme al Derecho marroquí, cuya categoría de “persona de fe musulmana” deberá ser interpretada, evidentemente, conforme al concepto retenido por el Derecho islámico. Esto sería así, claro está, siempre que la menor no hubiese apostatado, en cuyo caso de todos modos habría perdido automáticamente sus derechos sucesorios por el simple hecho de la apostasía¹⁰.

En cuanto a la segunda condición, debe señalarse que contrariamente a lo que dispone la sentencia, el tenor de la *mudawana* no prohíbe heredar a los hijos habidos “en un matrimonio no reconocido oficialmente en Marruecos” (o “en el caso de un hijo habido fuera del matrimonio”, como también se afirma en la resolución) sino “en el caso en que la filiación paterna sea negada legalmente”¹¹. Y según se desprende de la propia *mudawana* (y más específicamente de sus arts. 142, 144, 152 y 160), para que la filiación sea legítima no es necesario que el hijo sea matrimonial: en efecto, es posible que la filiación sea legítima incluso cuando el hijo sea extramatrimonial, siempre que concorra el requisito de que exista reconocimiento paterno¹²,

⁸ No es baladí destacar que, como ponen de relieve G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, “El Derecho de sucesiones...”, *loc. cit.*, pp. 160-161, la previsión de que tanto el causante como el heredero han de profesar la religión islámica deriva directamente del Corán, de modo que el art. 332 de la *mudawana* constituye un ejemplo paradigmático de la fuerte influencia de la religión islámica en este cuerpo legal, y muy especialmente en sus disposiciones en materia sucesoria, que posiblemente son las que manifiestan de modo más patente esta estrecha relación entre el código religioso y la normativa civil contenida en la *mudawana*.

⁹ Vid. S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, “Droit musulman de la famille et des successions en Suisse”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, n.º 3, 2007, pp. 491-538, p. 529.

¹⁰ *Id.*, pp. 498 y 529.

¹¹ O, en la versión oficial en francés anteriormente referida, “dans le cas où la filiation paternelle est désavouée légalement”.

¹² Respecto de la filiación por reconocimiento paterno, *vid.* A. MOTILLA, “La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia

reconocimiento que dará lugar a la adquisición, entre otros, del derecho a la herencia (art. 157 de la *mudawana*). En consecuencia, el razonamiento de la AP no es del todo correcto, ya que el impedimento para heredar provendría en todo caso no de la ausencia de reconocimiento del matrimonio del causante por parte de las autoridades marroquíes o del carácter extramatrimonial de la filiación, sino de la legitimidad o ilegitimidad de la misma.

Ello plantearía, a su vez, una situación de cuestión previa¹³: para determinar el carácter de la filiación, la AP debería haber acudido a la norma de conflicto específica para esta materia, el art. 9.4 CC, que remite a la ley personal de la menor. Y aunque en la sentencia la nacionalidad de la menor no queda determinada, bien podría ser la ley española, en cuyo caso la filiación sería indudablemente legítima, puesto que en el Derecho español la filiación es legítima ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva¹⁴. Lo que en todo caso está claro es que la cuestión previa del carácter legítimo o ilegítimo de la filiación debería haberse desvinculado de la cuestión principal de la determinación del régimen sucesorio, no pudiendo asimilarse la ley aplicable para resolver la primera con la ley aplicable a la sucesión en virtud del art. 9.8 CC.

en el Derecho español”, en A.-L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 585-601, pp. 585-587, sobre el Derecho islámico en general y su concreción en la antigua *mudawana* marroquí, que como afirma A. QUINONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio...*, *op. cit.*, p. 49, en materia de filiación se regía por los mismos principios que la actualmente vigente; en el mismo sentido, *vid.* también S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999, pp. 232-233. Mucho más sucintamente, aunque en este caso en relación a la *mudawana* en su versión posterior a la reforma de 2004, *vid.* también M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le code marocain...*, *op. cit.*, p. 80.

¹³ Como es sabido, esta situación se da cuando para resolver una cuestión principal regida por una determinada norma de conflicto —*in casu*, la sucesión por causa de muerte— es necesario decidir una cuestión jurídica autónoma (la cuestión previa), sujeta a una norma de conflicto distinta, y que debe ser resuelta previamente para poder enjuiciar correctamente la cuestión principal —en nuestro caso, el carácter de la filiación—: *vid.* por ejemplo J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 135-136.

¹⁴ En efecto, tras la aprobación de la Constitución Española y la subsiguiente reforma del CC en 1981 desapareció la anterior distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, puesto que según dispone el art. 108 CC *in fine* en su dicción actual “[l]a filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos”; *vid.* sobre esta evolución histórica A. OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina*, Comares, Granada, 1993, pp. 24-29.

Sin duda alguna, igual que sucede con la necesidad de averiguar la religión de una persona, parece dudoso que el juez español pueda aplicar una norma que le insta a discriminar entre hijos legítimos e ilegítimos, aun cuando los extramatrimoniales puedan ser considerados legítimos. Es evidente que el art. 332 de la *mudawana* es una disposición que parte de planteamientos que chocan con los principios básicos de nuestro ordenamiento¹⁵. Sin embargo, también es cierto que no queda acreditado que *in casu* esta norma estuviera desprotegiendo a la menor, puesto que como hemos visto era posible que sus derechos hereditarios no se viesan denegados como resultado de la aplicación de este artículo. Por ello, cabría imaginar una posible aplicación atenuada del correctivo del orden público en este caso, poniéndolo en marcha tan sólo en la medida en que se produjera una desprotección efectiva de la menor por negarle cualquier derecho sucesorio, lo que conforme al razonamiento de la AP no queda en absoluto acreditado. Con ello no queremos decir que la solución de la AP nos parezca materialmente incorrecta, sino simplemente que el recurso cuasi mecánico al art. 12.3 CC, implícito en el juicio abstracto de la norma marroquí, podría haber sido algo más matizado o vinculado a las circunstancias concretas del caso examinado; esto es, al hecho de que las prohibiciones para suceder previstas por el citado art. 332 fuesen efectivamente aplicables respecto de la menor.

2. Los derechos sucesorios en relación a la viuda del causante

Conviene resaltar que un extremo al que la AP parece no prestar atención es el de los efectos del art. 332 de la *mudawana* respecto de los derechos sucesorios de la esposa del causante. En efecto, según se desprende de la sentencia, la viuda del causante no profesaba la fe musulmana. Por consiguiente, la disposición citada impediría que la viuda recibiese bienes de la herencia de su esposo, al serle aplicable la prohibición para suceder por razón de su religión. Es evidente que ello supone que la norma debería ser

¹⁵ En este sentido, G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, "El Derecho de sucesiones...", *loc. cit.*, pp. 161-162, sostienen que se trata de una regulación incompatible con el orden público español; en el mismo sentido, aunque refiriéndose al Derecho islámico en general, S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le droit musulman...*, *op. cit.*, p. 322. *Vid.* también M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le code marocain...*, *op. cit.*, p. 115, que sostienen la incompatibilidad del art. 332 con el orden público desde el punto de vista de los ordenamientos europeos en general.

considerada claramente contraria al orden público español, por denegar derechos sucesorios a una persona en función de su religión. Sin embargo, se trata de una cuestión que la AP no examina específicamente, puesto que en lo concerniente a la viuda el tribunal obvia cualquier referencia a las disposiciones sucesorias de la *mudawana*, prestando atención tan sólo a la cuestión de la validez del matrimonio desde la perspectiva del Derecho marroquí.

La cuestión de la incidencia de la validez del matrimonio desde el punto de vista de la *mudawana* había sido invocada por la madre del causante para sostener que la normativa marroquí no debía descartarse por aplicación del art. 12.3 CC. La apelante alegaba que el art. 39.4 de la *mudawana*, pese a prohibir los matrimonios entre hombres musulmanes y mujeres no musulmanas, establece una excepción para los casos en que estas últimas sean “gentes del libro”. En efecto, dicho artículo establece los llamados “impedimentos temporales del matrimonio” y prohíbe, entre otros, “el matrimonio de una musulmana con un no musulmán y el matrimonio de un musulmán con una no musulmana, salvo si pertenece al Libro”. Nótese bien que este artículo plantea una doble discriminación¹⁶: una por razón de religión, puesto que establece prohibiciones al matrimonio en función del credo de los cónyuges; y otra por razón de sexo, ya que prohíbe de modo incondicional a la mujer musulmana casarse con un no musulmán, mientras que para el hombre musulmán se establece una excepción, al permitir su matrimonio con una no musulmana siempre que ésta pertenezca a las “gentes del libro”. La fórmula “gentes del libro” debe entenderse básicamente referida a judíos y cristianos, aunque también se incluyen en la misma sabeos, zoroastrianos y samaritanos¹⁷.

A raíz de la configuración legal que acabamos de exponer, la madre del causante razonaba que, puesto que no se había dilucidado si la esposa pertenecía a las gentes del libro, cabía presuponer que el matrimonio era válido y por tanto no discriminatorio. Además, teniendo en cuenta que los esposos no habían efectuado los trámites administrativos necesarios para el

¹⁶ Que queda más clara en la citada traducción oficial al francés: “le mariage d’une musulmane avec un non-musulman et le mariage d’un musulman avec une non-musulmane, sauf si elle appartient aux gens du Livre”.

¹⁷ S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, “Droit musulman de...”, *loc. cit.*, pp. 496-497.

reconocimiento oficial del matrimonio por las autoridades marroquíes¹⁸, la madre del causante alegaba también que a efectos del Derecho marroquí no estaban casados. Por ello, según la apelante no quedaba suficientemente probado que la *mudawana* fuese discriminatoria por razón de religión y que debiese ser declarada contraria al orden público.

La AP no acoge estos argumentos, sino que procede a distinguir entre las cuestiones relativas a la validez del matrimonio y las relativas al otorgamiento de derechos sucesorios. De este modo, el órgano de apelación descarta que la eventual falta de validez del matrimonio (presumiblemente celebrado en España, aunque la sentencia no lo deje claro) desde la perspectiva del Derecho marroquí, bien por cuestiones de ausencia de reconocimiento administrativo o bien en virtud de los impedimentos temporales del matrimonio, tenga relevancia para el caso examinado, ya que no influye en el juicio de incompatibilidad del art. 332 de la *mudawana* con el orden público. Según el tribunal, con independencia del tratamiento que el Derecho marroquí otorgue a dicho matrimonio, la norma sobre sucesiones seguiría siendo incompatible con nuestro orden público internacional: “no se trata aquí de analizar si existía impedimento para contraer matrimonio entre un varón musulmán y una mujer no musulmana, ni si el matrimonio [...] hubiera podido ser reconocido oficialmente en Marruecos si hubieran realizado los trámites administrativos correspondientes, y si en ese caso [la viuda y la hija del causante] hubieran podido entrar en la línea sucesoria conforme a la legislación marroquí, sino que lo que sucede es que el artículo 332 [de la *mudawana*] es muy claro cuando indica: ‘no habrá derecho a la herencia entre un musulmán y un no musulmán y tampoco en los casos en los que la legislación contestase o no admitiese la filiación parental ni entre el hijo natural y su progenitor [sic¹⁹]’”.

Y efectivamente, la disección de cuestiones operada por la AP no carece de sentido, puesto que el carácter discriminatorio de las normas sobre matrimonio de la *mudawana* —en tanto que prohíben a un musulmán casarse

¹⁸ Sobre este procedimiento administrativo de inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, previsto por el art. 15 de la *mudawana*, vid. M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva *mudawana*...”, *loc. cit.*, pp. 1082-1083.

¹⁹ Una vez más la AP utiliza un criterio erróneo para el análisis del inciso final del art. 332 de la *mudawana*, puesto que la cita referida por el tribunal no se corresponde con el tenor de la disposición.

con una no musulmana que no sea de las gentes del libro— no es relevante a efectos de determinar si la hija del causante puede ser considerada heredera; sin embargo, no puede decirse lo mismo en relación con la determinación de la condición de viuda a efectos de otorgar a la esposa del causante derechos sucesorios conforme a la *mudawana*.

En efecto, para determinar los derechos de la viuda cuando el causante es marroquí (la sentencia no se pronuncia sobre la nacionalidad de su esposa), se plantearía una vez más una cuestión previa: en este caso, la validez del matrimonio. Para resolverla, según la norma de conflicto específica del art. 9.1 CC debería tomarse en consideración, al menos respecto de la capacidad matrimonial del causante, el impedimento previsto por el art. 39.4 de la *mudawana*²⁰. En este contexto, el carácter discriminatorio de este artículo sí podría y debería ser tenido en cuenta por el juez español para descartar su aplicación a raíz de su contrariedad con el orden público²¹. Cabría la posibilidad de entender que, *in casu*, tal discriminación podría no producirse efectivamente, en caso de acreditarse que la viuda pertenecía a las gentes del libro. Pero aun así, reiteramos aquí lo dicho anteriormente sobre las dudas que nos produce la posibilidad de que un órgano jurisdiccional español pueda entrar a averiguar la religión de una persona para otorgarle o denegarle un determinado derecho jurídico-privado. Y lo que es más: incluso en el caso de que

²⁰ Ya que el concepto de “capacidad matrimonial” se refiere a todos los requisitos de validez del matrimonio que no sean formales o relativos al consentimiento, incluyéndose cualesquiera incapacidades, prohibiciones o impedimentos: cf. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 35-36.

²¹ Como señala A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio...*, *op. cit.*, p. 55, nota núm. 52, las limitaciones por disparidad de cultos contenidas en el art. 39.4 de la *mudawana* son contrarias al orden público español; en consecuencia, por ejemplo, en el momento de autorizar un matrimonio las autoridades españolas no podrán dar aplicación a este impedimento en la tramitación del expediente matrimonial, a pesar de que el impedimento esté contenido en la ley personal del contrayente en virtud del art. 9.1 CC: *id.*, p. 44. En el mismo sentido, M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva *mudawana*...”, *loc. cit.*, p. 1078, indica que el art. 39.4 constituye un claro ejemplo de las “sombras” que permanecen en la *mudawana* tras su reforma modernizadora de 2004, y afirma que esta disposición es susceptible de suscitar el recurso a la excepción de orden público; desde la perspectiva de todos los ordenamientos europeos, la respuesta frente a este art. 39.4 será en principio idéntica: cf. M.-C. FOLETS y J.-Y. CARLIER, *Le code marocain...*, *op. cit.*, p. 37. Más en general, también consideran incompatible con el orden público español la obligación para la mujer de contraer matrimonio sólo con un correligionario J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 142 y 353-354.

desde la perspectiva marroquí el matrimonio fuese considerado válido por determinarse que la esposa del causante pertenecía a las gentes del libro, y que por lo tanto podía ser considerada viuda a efectos del Derecho sucesorio marroquí, seguiría subsistiendo la prohibición para suceder por razón de religión; en efecto, de la sentencia se desprende claramente que la viuda no es musulmana, y como ya hemos visto el art. 332 de la *mudawana* impide que un no musulmán herede de un musulmán, sin que en este contexto exista excepción alguna para las gentes del libro.

Sea como fuere, desde la perspectiva del Derecho español el matrimonio es válido, y el eventual impedimento por religión desde la óptica del Derecho marroquí no puede ser tomado en cuenta por nuestros jueces; máxime cuando, como parece presumible, el matrimonio fue celebrado en España y ante una autoridad española, en cuyo caso debería presumirse la validez del matrimonio en tanto que no se instase su declaración de nulidad²². En resumen, no albergamos dudas sobre la corrección de atribuir derechos sucesorios a la viuda, pero contrariamente a lo que sostiene la AP, el carácter discriminatorio del art. 39.4 de la *mudawana* sí es relevante a estos efectos.

IV. Los efectos de la admisión de la excepción de orden público

Como es sabido, según dispone el art. 12.3 CC la incompatibilidad de una norma extranjera con el orden público español supone que la misma no pueda ser aplicada. El laconismo en la redacción de este precepto (“en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”) supone que no esté expresamente determinado cuál debe ser el mecanismo de selección del Derecho aplicable en sustitución de la normativa extranjera descartada. Con todo, la solución más extendida en la práctica jurisprudencial española pasa por acudir directamente a la *lex fori*²³, lo que

²² Puesto que todo matrimonio celebrado ante autoridades españolas tiene acceso al Registro Civil español, y la inscripción registral conlleva una presunción *iuris tantum* de validez del acto inscrito, que sólo puede ser atacada mediante resolución judicial: *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La Celebración y...*, *op. cit.*, p. 214.

²³ *Vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12, apartado 3”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., t. I, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 894-926, p. 925; estos autores señalan también que dicha solución no es la única posible, puesto que desde la doctrina se ha criticado que el art. 12.3 CC no prevea la posibilidad de aplicar otras normas de la legislación extranjera reclamada por la norma de conflicto que no resulten contrarias al orden público, y acudir

en nuestro caso nos lleva al Derecho de sucesiones español. De este modo, tanto el JPI como la AP rechazan en sus respectivas resoluciones la aplicación del Derecho marroquí y declaran aplicable la ley española²⁴. Así, en la sentencia que comentamos, tras enjuiciar *in abstracto* el art. 332 de la *mudawana* en lo relativo a los derechos sucesorios de la hija del causante, la AP concluye que dicha norma “vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que debemos aplicar la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil que nos permite no aplicar la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público por colisionar con los principios básicos del ordenamiento jurídico español. Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de primera instancia”. Y a su vez, como ya hemos apuntado, el JPI había estimado la demanda inicial, lo que le había llevado a descartar el Derecho marroquí y aplicar el *Codi de Successions*.

El recurso a la *lex fori* como ordenamiento de sustitución de la normativa extranjera descartada por la vía del correctivo del art. 12.3 CC no nos plantea problemas. Sin embargo, creemos oportuno detenernos en el hecho de que el Derecho marroquí sea descartado *in toto*, esto es, que tanto el JPI como la AP rechacen la aplicación de las disposiciones sucesorias de la *mudawana* íntegramente consideradas, cuando en sentido estricto el análisis de incompatibilidad con el orden público internacional español tan sólo se lleva a cabo respecto de una disposición concreta, el citado art. 332, y las

a la *lex fori* sólo de manera residual, como solución de cierre para el caso en que la primera opción no sea posible. Cabe también señalar que la solución jurisprudencialmente más extendida ha sido la elegida por el legislador interno en la norma especial sobre la excepción de orden público que encontramos en el art. 23 de la Ley de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686), al prever que “[l]os aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español”.

²⁴ En este sentido puede destacarse que la AP, además, parece hacer decir al art. 12.3 CC lo que en realidad no éste no dice. En efecto, en la sentencia se afirma que “[e]l propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera, aplicando la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil”. A parte del pequeño error consistente en calificar como Derecho material lo que en realidad es Derecho conflictual —o *rectius*, un correctivo funcional a la aplicación automática de las normas conflictuales—, esta dicción parece estar extrayendo del propio art. 12.3 CC la preferencia por la *lex fori* como ordenamiento de sustitución de la norma extranjera descartada, cuando en realidad dicho artículo guarda silencio al respecto.

prohibiciones para suceder previstas por el mismo. La admisión de la excepción de orden público no tiene por qué suponer que necesariamente deba descartarse la aplicación del Derecho extranjero considerado en su conjunto, sino que en la medida de lo posible debería descartarse tan sólo la concreta disposición extranjera incompatible con nuestro orden público²⁵.

Por lo tanto, cabría plantearse si no hubiese sido posible una solución más matizada que descartase tan sólo la aplicación de la concreta disposición de la *mudawana* incompatible con nuestro ordenamiento, pero mantuviese la aplicación del resto del Derecho de sucesiones marroquí. Así, podría haberse denegado la aplicación del art. 332 de la *mudawana* en la medida en que impide la producción de efectos sucesorios respecto de la viuda y la hija del causante, por razón de su religión y/o de ausencia de filiación legítima. Rechazando la aplicación de esta concreta disposición, se conseguiría garantizar los derechos sucesorios de ambas, al apartar la norma que prevé las prohibiciones para suceder y que, en consecuencia, les impide entrar en la sucesión por los motivos señalados. Pero una vez garantizados estos derechos, para la regulación general de la sucesión *ab intestato*, y particularmente para la determinación de la distribución de los bienes en beneficio no sólo de viuda e hija, sino eventualmente también de la madre del causante, podría haberse aplicado el régimen sucesorio de la *mudawana*, ciertamente más complejo que el sistema autónomo²⁶, pero reclamado al fin y al cabo por la

²⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Artículo 12, apartado 3", *loc. cit.*, p. 926, defienden la validez de esta solución en el DIPr español; en el mismo sentido, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 361. Parece ser esta también la opción retenida por el legislador español en el citado art. 23 de la Ley de adopción internacional, por cuanto tan sólo declara aplicable el Derecho español respecto de los concretos "aspectos de la adopción" que no puedan quedar sujetos al Derecho extranjero contrario al orden público internacional español. Con todo, debe reconocerse que al respecto dicha Ley no es tan clara como, por ejemplo, los arts. 21 del Reglamento Roma I [Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* núm. L 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16] y 26 del Reglamento Roma II [Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DOUE* núm. L 199, de 31 de julio de 2007, pp. 40-49], que determinan que el recurso a la excepción de orden público sólo permitirá excluir la aplicación de "una disposición" de la ley designada por las normas de conflicto previstas en dichos Reglamentos.

²⁶ Para una exposición general de las normas sobre sucesiones de la *mudawana* y la comparación de algunas de sus principales diferencias respecto del sistema sucesorio español de Derecho común, *vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, "El Derecho de sucesiones...", *loc. cit.*, pp. 163-170, y especialmente pp. 167-170.

norma de conflicto del art. 9.8 CC. A este respecto, cabe señalar que el principio del Derecho sucesorio islámico en general y marroquí en particular en virtud del cual dentro de una misma categoría la mujer hereda la mitad que el hombre²⁷ no tendría por qué suponer la exclusión de la aplicación de la *mudawana* a este caso concreto, teniendo en cuenta que en la presente herencia parece no haber hombres implicados, con lo que en la práctica no se produciría discriminación alguna por razón de sexo²⁸.

V. Excepción de orden público y Derecho interregional en el ámbito sucesorio

Finalizaremos el presente trabajo con unas breves consideraciones en relación con una cuestión de Derecho interregional silenciosamente suscitada por el supuesto examinado. Ya hemos indicado anteriormente que, como efecto de la admisión del correctivo del art. 12.3 CC, se aplica el Derecho de sucesiones español, pero sin concretar cuál de los distintos regímenes sucesorios que conviven en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de su carácter plurilegislativo. En este sentido, ya se ha avanzado que tanto el órgano de instancia como el de apelación se decantan por la aplicación del Derecho sucesorio catalán. En efecto, el JPI declaró a la hija y a la viuda del causante,

²⁷ Se trata del principio general de Derecho islámico denominado *tafadul*, justificado desde la perspectiva de preservar la unidad del patrimonio familiar y evitar su fraccionamiento, y que se encuentra presente en numerosas disposiciones de la *mudawana* en materia sucesoria: *id.*, p. 169. Otra alegación aportada para justificar este principio es que respondería al hecho de que los hombres deben asumir más cargas que las mujeres: S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH, “Droit musulman de...”, *loc. cit.*, p. 529.

²⁸ En contra de una aplicación automática de la excepción de orden público en relación con este principio, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio...*, *op. cit.*, p. 44, quien pone de relieve que se trata de una cuestión discutida por la doctrina —en tanto que se reconoce cierta libertad al testador—, carente de solución jurisprudencial en nuestro país y sin uniformidad de tratamiento en el Derecho comparado; en el mismo sentido, S. ALDEEB y A. BONOMI (eds.), *Le droit musulman...*, *op. cit.*, p. 322. Yendo más allá, incluso en el caso de que sí hubiese hombres que concudiesen con mujeres en una herencia sujeta a un principio de discriminación por razón de sexo como el que encontramos en la *mudawana*, se ha sostenido que la aplicación de la excepción de orden público debería suponer no la aplicación de la *lex fori*, sino simplemente la obligación de descartar la concreta norma extranjera que instituye tal discriminación, otorgando una participación idéntica tanto a los herederos como a las herederas, sin distinción de sexos, por mandato de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución: *cf.* A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007, p. 200.

respectivamente, heredera y usufructuaria universal en virtud de los arts. 322 y ss., 330, 331 y 332 del *Codi de Successions*, y no en base al régimen común del CC. Por su parte, la AP refrenda implícitamente la aplicación del Derecho catalán al confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Aplaudimos esta solución, respetuosa con la pluralidad legislativa que caracteriza al Derecho privado español. Con todo, lo cierto es que la sentencia guarda silencio sobre el método utilizado para salvar el obstáculo de que el causante, en tanto que extranjero, carecía de vecindad civil. En principio, esta ausencia de vecindad civil no es obvia, puesto que el criterio retenido por nuestro Derecho interregional para determinar cuál de los diversos regímenes sucesorios españoles es aplicable en un caso concreto es justamente la vecindad civil²⁹. Sin embargo, como es sabido este obstáculo puede salvarse simplemente mediante la aplicación, *mutatis mutandis*, de la conexión subsidiaria prevista por el art. 9.10 CC: de este modo, podrá considerarse como ley personal de los que carecieren de vecindad civil la ley del lugar de su residencia habitual³⁰. Y puesto que presumiblemente la residencia habitual del causante se encontraba en Cataluña, la aplicación del *Codi de Successions* está absolutamente justificada.

Asimismo, cabe indicar que no parece descabellado presumir que también estaría justificada la aplicación del Derecho catalán recurriendo no al lugar de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, sino al Derecho más estrechamente vinculado con el supuesto concreto. A diferencia de la aplicación de la conexión subsidiaria del art. 9.10 CC, pensada en principio para los supuestos en que debe escogerse el ordenamiento español aplicable tras la admisión del reenvío de retorno, el criterio del Derecho más estrechamente vinculado ha sido propugnado específicamente para los casos, como el presente, en que es necesario determinar el Derecho

²⁹ Véase el art. 16.1 CC en relación con el art. 9.8 CC

³⁰ Solución articulada para los supuestos de admisión del reenvío de retorno: *vid.* A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", *R. des C.*, t. 249, 1994, pp. 145-368, pp. 328-329. Sobre el recurso subsidiario a la conexión de la residencia habitual en los supuestos en que resulte imposible identificar un ordenamiento jurídico concreto por ser la nacionalidad el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto, *vid.* M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, "El artículo 12, 5.º, del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilégislativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII (246), n.º 1, 1978, pp. 59-75, pp. 72-74.

español aplicable por efecto de la admisión de la excepción de orden público³¹. De todos modos, por la discrecionalidad a la que puede dar lugar este criterio, se ha propuesto que el mismo se configure con carácter residual respecto del Derecho designado por el sistema conflictual interregional³², aplicándose sólo cuando dicho sistema no logre designar un ordenamiento concreto. En consecuencia, tanto si acudimos a la vía de la aplicación analógica que resulta de combinar los arts. 9.8, 9.10 y 16.1 CC, como si nos decantamos por la aplicación residual del criterio del vínculo más estrecho (que podría tener en cuenta, por ejemplo, conexiones como la última residencia habitual del causante o la localización de eventuales bienes inmuebles³³), parece claro que *in casu* no debería haber dudas sobre la aplicabilidad del *Codi de Successions* a la sucesión intestada de este causante marroquí, a pesar de que el mismo carecía de vecindad civil.

V. Conclusión

A modo de breve conclusión, queremos tan sólo destacar que la sentencia comentada tiene la virtud de poner sobre la mesa uno de los aspectos de la *mudawana* hasta ahora menos examinados por la jurisprudencia: el de los efectos que sus disposiciones en materia sucesoria pueden desplegar en nuestro ordenamiento, ya sea mediante su aplicación “no problemática”, o bien desde la perspectiva de eventuales incompatibilidades con los principios esenciales que conforman el orden público internacional español. La necesaria cautela con que nuestros órganos jurisdiccionales deben abordar las normas extranjeras susceptibles de colisionar con dicho orden público,

³¹ Vid. A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo...*, op. cit., pp. 202-203.

³² *Id.*, p. 203.

³³ Se trata de conexiones cuyo alcance y virtualidad en el caso concreto examinado no podemos determinar, puesto que la sentencia es muy parca en los detalles relativos al causante, del que tan sólo se indican su nacionalidad marroquí y su fallecimiento en Tetuán. No obstante, el hecho de que los tribunales españoles gozaran de competencia judicial internacional nos da la pista de que el causante, cuanto menos, debió tener su último domicilio y/o poseer bienes inmuebles en España (art. 22.3 *in fine* LOPJ). Por su parte, el hecho de que el JPI nº 3 de Vic fuera territorialmente competente en el primer proceso nos indica que el causante debió tener su último domicilio en la demarcación judicial de Vic —o bien su último domicilio en España, en caso de que en el momento de fallecer tuviera su domicilio en el extranjero—, o bien que allí fuese donde se encontraban la mayor parte de sus bienes (art. 52.1.4 LEC).

empero, no debería traducirse en una aplicación excesivamente rígida de este correctivo funcional.

En efecto, el mandato del art. 12.3 CC puede considerarse suficientemente respetado mediante una aplicación matizada, que por ejemplo tome en consideración, en la medida de lo posible, no tanto la dicción de las normas extranjeras en abstracto, sino más bien sus efectos concretos a la hora de aplicarlas al caso enjuiciado. Además, como ya hemos argumentado, deberían intentar descartarse, también en la medida en que fuera posible, tan sólo aquellas disposiciones del sistema extranjero que vulneren nuestro orden público internacional, sin que ello deba significar necesariamente la exclusión del entero Derecho extranjero. Por ejemplo, en el supuesto que hemos examinado no debería concluirse que es incompatible con nuestro orden público el entero Derecho sucesorio marroquí, sino tan sólo la norma que fija las prohibiciones para suceder; y por ende, la exclusión automática debería recaer únicamente sobre esta norma, dejando a salvo la posibilidad de aplicar el resto del régimen sucesorio de la *mudawana* y respetando de esta manera la función localizadora de la norma de conflicto y su carácter imperativo *ex art. 12.6 CC*.

Quizá este tratamiento más matizado no requiera sino una mayor habituación de nuestros tribunales al hecho de enfrentarse a la aplicación de la *mudawana*, algo que sin duda está llamado a suceder de manera natural por la importante presencia de ciudadanos marroquíes en nuestro país. Asimismo, y de modo más general, se requiere que exista un cada vez mayor grado de concienciación, por parte de nuestros tribunales, en relación a las cuestiones de DIPr, que les lleve a tratar con mayor profundidad los sin duda complejos problemas que generan las situaciones de tráfico privado internacional. La actitud de nuestros tribunales a lo largo de los últimos años, caracterizada por un notable incremento en la sensibilidad hacia estas cuestiones de DIPr, hace presagiar que la evolución seguirá en esta línea favorable.