

ESTUDIOS

Orden público y sucesiones (y II)

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Sevilla*

HILDA AGUILAR GRIEDER
*Profesora Titular interina de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de A Coruña*

SUMARIO: VIII. Incapacidad para heredar.–IX. Determinación de los derechos sucesorios.–X. Apertura de la sucesión.–XI. Criterios de evaluación de la intervención del orden público.

VII. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Las sustituciones fideicomisarias se prohibieron en el Código de Napoleón y en las legislaciones inspiradas en él y se permitieron, en mayor o menor grado, en el Derecho austriaco (art. 608 ABGB) y alemán (art. 2100 BGB).

En la jurisprudencia francesa, la sentencia del Tribunal Civil del Sena de 1 de julio de 1949, en el caso *Esposos Leirens c. Armée du Salut*¹⁰², niega eficacia sobre los bienes situados en Francia a una sustitución contenida en un testamento hecho en Suiza por un súbdito belga domiciliado en Suiza, permitida por la ley suiza pero prohibida por la ley francesa, que violaría el orden público. Señala que la prohibición del artículo 896 del Código Civil se funda en un motivo de orden político, económico y social.

¹⁰² *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, pp. 669 y ss., nota Y. D.

En el Derecho italiano se ha producido una evolución en cuanto al fideicomiso. El Código Civil de 1865 lo prohibió en el artículo 899, fundamentalmente por razones económicas relacionadas con la inmovilización y la libre circulación de los bienes. Durante la vigencia de dicho Código, los autores mantuvieron diversas posturas, estimando que el testador extranjero no podía instituir fideicomisos en el extranjero, incluso en Estados que lo admitieran, o, por último, que se debía, sin embargo, reconocer el fideicomiso que fuese simultáneamente admisible según la ley nacional del testador y según la ley del lugar de situación de los bienes. Una sentencia de la *Corte di Appello* de Génova de 15 de febrero de 1877, en el caso *Boccardo c. Deazarta*¹⁰³, consideró la sustitución fideicomisaria contraria al orden público. Posteriormente, el Código Civil de 1942 admitió en su artículo 692 la mencionada institución, aunque con límites subjetivos y objetivos: en cuanto a los primeros, era necesario que el heredero instituido fuese un hijo, un hermano o una hermana del testador y que los beneficiarios fuesen los hijos nacidos o por nacer del instituido, o una persona jurídica de derecho público; en cuanto a los límites objetivos, la sustitución fideicomisaria sólo podía afectar a los bienes integrantes de la cuota disponible, sin lesionar la legítima. Posteriormente, la Ley de 1975 sobre reforma del Derecho de familia (art.197) modificó en sentido más restrictivo el contenido del artículo 692 del Código Civil, atribuyéndole como único fin la protección de los incapaces. La sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de abril de 1984 número 2215, en el caso *Anderlan, Scherer e Apostolato dei ciechi di Bolzano c. Reisch*¹⁰⁴, confirmando la sentencia de la *Corte di Appello* de Trento de 24 de abril de 1983, a propósito de la sucesión de un súbdito austriaco, considera que el artículo 608 del Código Civil austriaco (ABGB), que prevé la sustitución fideicomisaria en un ámbito subjetivo y objetivo más amplio que el admitido por el artículo 692 del Código Civil italiano, no choca con el orden público.

En la jurisprudencia alemana, la sentencia del *Bundesfinanzhof* de 20 de diciembre de 1957¹⁰⁵, después de proclamar expresamente un uso moderado de la cláusula de orden público, señala que no contraviene al orden público alemán la designación testamentaria de un *trustee* para una sucesión inglesa, con la reserva de que el mismo determine cuáles son los beneficiarios de la herencia y su cuota hereditaria. Por lo tanto, el *Bundesfinanzhof* estima que la incertidumbre prolongada sobre los beneficiarios de una herencia no vulnera el orden público.

En el plano convencional, el Proyecto de Convenio de La Haya de 1894 incluyó, en la enumeración detallada de materias reservadas a consideraciones de orden público, las leyes relativas a sustituciones o fideicomisos.

Las sustituciones hereditarias se regulan en la Sección tercera («De la sustitución») del capítulo II del Título III del Libro III del Código Civil (art. 774-789). Se distinguen en él cuatro tipos de sustituciones: vulgar, directa u ordinaria (art. 774), pupilar (art. 775), ejemplar (art. 776) y fideicomisaria (art. 781). Por lo que respecta a las sustituciones fideicomisarias, el artículo 781 proporciona una noción de las mismas, estimando que son aquéllas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia». Así pues, la sustitución fideico-

¹⁰³ Vid. E. VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 144.

¹⁰⁴ *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pp. 101 y ss.

¹⁰⁵ *N. J. W.*, 1979, vol. 32, pp. 766-768.

misaria supone una vinculación, aunque temporal, de los bienes, al estar obligado el heredero a conservarlos y transmitirlos a un tercero, razón por la que el Código adopta una actitud de recelo, estableciendo límites y condiciones para su admisión. Así, el artículo 781, tras formular el referido concepto de sustituciones fideicomisarias, señala unos límites para su admisión, disponiendo que «serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Se trata de unos límites que conciernen al número de llamamientos o sustituciones («que no pasen del segundo grado») y a la naturaleza de los sustitutos («personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»). Esas condiciones no tienen carácter cumulativo. Consiguientemente, sólo serán nulas las sustituciones que pasen del segundo grado, no las anteriores, aparte de las que se hagan a favor de personas que vivan a la muerte del testador. Por otra parte, los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos (art. 783). El artículo 785 dispone que no surtirán efecto: «1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781...». La existencia de esos límites y condiciones a la admisión de la sustitución fideicomisaria, producto de una actitud de recelo del legislador, ha conducido a una interpretación restrictiva de la misma: *in dubium contra fideicomisum*. Como contrapunto, señala el artículo 786 que «la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria».

Es de señalar que el Proyecto de 1851, influido por el Código Civil francés, contrario a las vinculaciones de bienes, había adoptado una posición muy restrictiva, admitiendo sólo la sustitución a favor de los hijos del instituido, nietos del testador (art. 638).

En el Derecho foral la sustitución fideicomisaria ha sido admitida con mayor amplitud que en el Código Civil. Así, en Navarra (Ley 224 de la Compilación) se admitieron cuatro llamamientos fideicomisarios.

Se ha defendido por la doctrina la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera que admita los albaceazgos perpetuos y las vinculaciones de bienes o sustituciones fideicomisarias más allá de los límites previstos por la legislación española¹⁰⁶. En favor de la intervención del orden público se aducen razones relativas a la protección de la rápida circulación de la riqueza, a la prevención de situaciones inciertas y a la interpretación restrictiva de las sustituciones fideicomisarias en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la admisión de las sustituciones fideicomisarias en el Derecho foral con mayor grado de amplitud que en el Código Civil sería un

¹⁰⁶ M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1960, p. 462; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Art.9.8», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 487; V. L. SIMÓ SANTONJA, «Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones», *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Academia Matritense del Notariado, vol. II, Edersa, Jaén 1977, p. 55; M. DE LASALA LLANAS, *Derecho Internacional Privado*, II, «Derecho de sucesiones», Capítulo XIV, rev. N. Bouza Vidal, Marcial Pons, Madrid, 1987, pp. 528 y 538; A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, Apartado 8», *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 376; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art.9.8», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

argumento favorable a una interpretación restrictiva del orden público, que tolerase una sustitución fideicomisaria admitida por una legislación foral, aunque no por el Código Civil.

VIII. INCAPACIDAD PARA HEREDAR

Es objeto de discusión la posible intervención del orden público a propósito de las excepciones a la regla general de la capacidad para suceder constituidas por las incapacidades relativas y absolutas, las causas de desheredación y las causas de indignidad para suceder.

1. Incapacidades absolutas y relativas

La doctrina ha distinguido entre incapacidades para suceder absolutas y relativas. Se ha señalado que las incapacidades generales son incapacidades de ejercicio (*incapacités d'exercice*), que miran a la persona en cuanto tal, en tanto que las incapacidades especiales son incapacidades de goce (*incapacités de jouissance*), que prohíben ciertos actos en razón del peligro que encierran en sí mismos.

2. Incapacidades relativas

La incapacidad para heredar es relativa cuando afecta a determinadas herencias, a determinados herederos en relación con determinados testadores, en atención a la existencia de ciertos vínculos entre el heredero y el causante, que hacen temer una posible captación de la voluntad de éste por aquél. Así, la prohibición de las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (art. 752 CC); la prohibición de la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste (art. 753 CC), o la prohibición de disponer el testador de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, o de los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario, o de los testigos o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales (art. 754 CC). Disposiciones semejantes se encuentran en otros ordenamientos jurídicos (p.ej., arts. 907-909 del CC francés; arts. 956-958 del CC italiano). Estas prohibiciones obedecen al deseo de evitar la captación de la voluntad del causante por la persona designada por él como heredero en su testamento (sacerdote, tutor, Notario). Dicha incapacidad es relativa por cuanto que no impide a una persona heredar de otros causantes, con o sin testamento, o incluso de los mismos cuando la herencia es intestada. Se trata de unas prohibiciones de disponer, de testar, que se corresponden con unas correlativas prohibiciones de heredar por testamento, es decir, se trata de prohibiciones recíprocas, que tienden a proteger la voluntad del testador e, indirectamente, los derechos de los

herederos que podrían verse perjudicados por el condicionamiento de la voluntad del causante por la persona designada en el testamento. Las mencionadas prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente. Más que de una cuestión de capacidad del heredero, regida por su ley personal, se trata de una cuestión sucesoria, sometida a la ley rectora de la sucesión.

En el Derecho musulmán el llamado «infiel» (*Kafir*), esto es, el no musulmán, goza de una incapacidad relativa para suceder, ya que según la doctrina islámica no puede heredar del musulmán, existiendo controversias acerca de si el musulmán puede o no suceder al no musulmán. Dicha discriminación sucesoria por razón religiosa plantea, como veremos más detenidamente, el problema de su contradicción con el principio de igualdad y no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución y de la consiguiente intervención del orden público.

3. Desheredación

La desheredación se regula en la Sección novena («De la desheredación») del capítulo II del Título III del Libro III del Código Civil (arts. 848 a 857).

Según el artículo 813 del Código Civil, el testador sólo podrá privar a los herederos de la legítima en los casos expresamente determinados por la ley. Así pues, la desheredación es una disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima por una de las causas expresamente determinadas por la ley.

La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas expresamente señaladas por la ley (art. 848) y sólo podrá hacerse en testamento, expresando la causa legal en que se funde (art. 849). Esta causa ha de ser cierta, correspondiendo la prueba a los herederos del testador si el desheredado la negare (art. 850). Por tanto, la admisión de la desheredación está sometida a unas condiciones que afectan a la forma en que se produce (en testamento), a sus causas (expresamente señaladas en la ley) y a la prueba de su certeza. La interpretación de las causas de desheredación ha de hacerse, como se ha señalado¹⁰⁷, con criterio restrictivo, no admitiéndose la analogía, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*.

Las causas de desheredación se regulan en los artículos 852 a 855 del Código Civil, que respectivamente se refieren a las causas de incapacidad por indignidad para suceder (art. 852), a las justas causas de desheredación de los hijos y descendientes (art. 853), de los padres y ascendientes (art. 854) y del cónyuge (art. 855). El artículo 854 incluye entre las justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, la de «haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación» (causa 3.^a). Y el artículo 855 incluye entre las justas causas para desheredar al cónyuge, la de «haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación» (causa 4.^a). Esa referencia a la ausencia de reconciliación como condición para la existencia de las causas de desheredación consistentes en haber atentado contra la vida de las personas que se determinan, se mantiene inalterada desde la redacción originaria del Código Civil. Con carácter más general, dispone el artículo 856 que «la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho a desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha».

¹⁰⁷ L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, ob. cit.*, pp. 444-445.

Así pues, la reconciliación puede ser anterior o posterior a la desheredación, produciendo en ambos supuestos distintos efectos; en el primero, la privación del derecho a desheredar, y en el segundo, la ineficacia de la desheredación ya hecha. A diferencia de la remisión o perdón, la reconciliación tiene un carácter bilateral y recíproco, lo que no obsta para que en una interpretación amplia pueda también comprenderse el perdón unilateral. No existe una correlación automática entre la disyuntiva ofendido – ofensor (art. 856) y la disyuntiva desheredante – desheredado, en el sentido de que el desheredante puede ser no sólo el directamente ofendido (el cónyuge, en el supuesto del art. 855), sino también una persona distinta de la víctima (el hijo, en el supuesto de atentado de uno de los padres contra el otro, del art. 854), aunque, evidentemente, en este caso el hijo ha sido indirectamente ofendido.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la ya citada STS (Sala 1.^a) de 17 de diciembre de 1991¹⁰⁸, relativa a un testamento otorgado por un marroquí en España conforme a la ley española, consideró desestimable el motivo del recurso por el que se acusa a la sentencia recurrida de violación de las reglas que regulan las causas de desheredación en el Derecho musulmán, estimando que dicha sentencia da como probadas las actuaciones de los recurrentes que encajan en causa de desheredación. Como se observa, el Tribunal Supremo razona en términos de prueba del Derecho extranjero, el Derecho marroquí, correspondiente a la nacionalidad del causante, prescindiendo de todo planteamiento conflictual y sin aludir para nada al orden público.

En el ámbito convencional, el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, especificando el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, señala en su artículo 7, 2, b), que dicha ley rige «los desheredados y la indignidad sucesoria».

La cuestión relativa a la intervención del orden público respecto a las causas de desheredación admite dos posibles hipótesis: la primera, concerniente a la intervención del orden público frente a una legislación extranjera que admita causas de desheredación no previstas en la legislación española, y la segunda, referida a la intervención del orden público frente a una legislación que no admita causas de desheredación expresamente establecidas en la legislación española. A estos efectos, hay que evaluar unos criterios que atañen al carácter restrictivo y a la interpretación restrictiva de las causas de desheredación previstas en la legislación española (arts. 852 a 855 CC), a la gravedad de dichas causas y a la posible reconciliación entre ofensor y ofendido o entre desheredado y desheredante, así como al posible carácter chocante de las causas de desheredación admitidas por la legislación extranjera con los principios constitucionales españoles, como el principio de igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo o religión (art. 14 CE). Así, el orden público podría tal vez intervenir frente a una legislación extranjera que admitiese causas de desheredación no previstas o equivalentes a las previstas por la legislación española, especialmente si no son de gravedad semejante, o que no admitiese la posible reconciliación entre el ofensor y el ofendido o entre el desheredado y el desheredante como circunstancia excluyente de la posible desheredación, y debería intervenir frente a una legislación extranjera que estableciera causas de desheredación relativas a la raza, religión o sexo de una persona. Podría quizás también intervenir frente a

¹⁰⁸ *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1991, núm. 9717; Nota de F. J. Garcimartín Alférez en *REDI*, 1992-1, pp. 239-243.

una legislación extranjera que no admitiese las causas de desheredación previstas o semejantes a las previstas por la legislación española ¹⁰⁹.

4. Indignidad para suceder

La incapacidad para suceder por causa de indignidad se regula dentro de la Sección primera («De la capacidad para suceder por testamento y sin él») del capítulo II del Título III del Libro III. Concretamente, el artículo 756 enumera las personas «incapaces de suceder por causa de indignidad». A su vez, el artículo 852 incluye entre las justas causas para la desheredación «las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º». Por su parte, el artículo 164, 2.º, hace referencia a la administración de los bienes adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos «hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad». Y el artículo 929 dice que no podrá representarse a una persona viva sino «en los casos de desheredación o incapacidad». Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía en el momento de hacer testamento, o si habiéndolas conocido después, las remitiere en documento público (art. 757 CC). La indignidad es una causa de incapacidad para suceder de carácter relativo, que afecta al indigno en relación con una determinada sucesión, testada o intestada, en razón de su conducta reprobable con el causante. Se apartó el Código Civil del Anteproyecto de 1882 que, con fundamento en la tradición romanista, había dicho que «la incapacidad y la indignidad no producen el efecto de privar de la herencia al indigno o incapaz sino mediante su conformidad o después de declararla en juicio a petición de algún interesado, sin que pueda procederse de oficio». Las causas de indignidad han de ser interpretadas restrictivamente, en razón de su ineficacia en caso de conocimiento por el testador o de remisión en documento público.

Por lo que respecta a la posible intervención del orden público, también aquí, al igual que ocurre con las causas de desheredación, podríamos distinguir dos hipótesis, en función de que la legislación extranjera admita causas de indignidad no previstas en la legislación española o no admita causas de indignidad previstas en ella. También aquí la interpretación restrictiva de las causas de indignidad establecidas por la ley española y su posible remisión, expresa o implícita, así como la respectiva gravedad de las causas de indignidad establecidas por la legislación extranjera, es un criterio a tener en cuenta al evaluar la intervención del orden público. A favor de la intervención del orden público en cuanto a las incapacidades por causa de indignidad establecidas por el Código Civil se manifestó M. de Lasala Llanas ¹¹⁰. En contra de la intervención del orden público al servicio de las causas de indignidad establecidas por la ley española se ha invocado la posibilidad de rehabilitación del indigno por el causante, lo que hace depender de su volun-

¹⁰⁹ M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Art.9.8.º», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 487, señala que no hay razón que abone la consideración de las legítimas y la prohibición de desheredar –salvo los motivos taxativamente establecidos en los artículos 848 y siguientes– como materia de orden público.

¹¹⁰ M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, RDP, Madrid, 1933, p. 262.

tad la eficacia de las causas de indignidad¹¹¹. Por lo que respecta a la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera que admitiese causas de indignidad no equivalentes a las previstas en la legislación española, especialmente si no se consideran de gravedad semejante, o que no admita la posible rehabilitación del indigno, tal vez la interpretación restrictiva de la indignidad en nuestro sistema podría activar la intervención del orden público.

En el terreno de la jurisprudencia cabe aludir, por razones de analogía, a la STS de 12 de julio de 1904¹¹², que rechazó, de conformidad con el Derecho español, una demanda de alimentos presentada por un hijo contra su padre, ambos de nacionalidad belga, invocando el carácter unilateral del antiguo artículo 9 del Código Civil y la falta de prueba de la jurisprudencia belga. El verdadero móvil de la decisión estaba en la consideración como de orden público de las causas de cesación de la obligación de prestación de alimentos contenidas en los números 4.º y 5.º del artículo 152 del Código Civil español, sin correspondencia en el Derecho belga (faltas de las que dan lugar a desheredación y mala conducta o falta de aplicación al trabajo).

5. Incapacidades absolutas

Las incapacidades son absolutas cuando impiden heredar con carácter general, en todo caso, de cualquier persona, tanto por testamento como sin él. Se ha señalado que en las legislaciones modernas las incapacidades absolutas no existen y que las conceptuadas como tales son, en realidad, supuestos de inexistencia de heredero¹¹³. El artículo 744 del Código Civil establece una regla general favorable a la capacidad para heredar, al afirmar que «podrán suceder por testamento o ab intestato los que no estén incapacitados por la ley». Sólo se requiere, pues, para poder heredar, tener capacidad jurídica, es decir, personalidad. A continuación, el artículo 745 enuncia unas excepciones, señalando que «son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2.º Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley». Los supuestos enumerados en dicho precepto, como señala F. A. Sancho Rebullida¹¹⁴, más que de falta de capacidad sucesoria son de falta de existencia jurídica, de ausencia de personalidad, de pseudo personas, físicas o jurídicas. Verdadera incapacidad absoluta era la de los religiosos profesos, contenida en la edición primitiva del Código y suprimida en la edición reformada.

Las criaturas abortivas son las que no tuvieron figura humana o no vivieron veinticuatro horas enteramente desprendidas del seno materno (art. 30 CC). Pero al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones expresadas en el artículo 30 (art. 29). La concepción o el nacimiento con anterioridad al fallecimiento del *de cujus* es, como en la generalidad de las legislaciones, condición exigida para heredar.

¹¹¹ M. DE LASALA LLANAS, *Derecho Internacional Privado*, II, *ob. cit.*, p. 530; A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, apartado 8», *ob. cit.*, p. 377; E. Castellanos, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001, p. 155.

¹¹² *RGLJ, Jur. Civ.*, t.114, pp. 148 y ss.

¹¹³ F. A. SANCHO REBULLIDA, «Art. 744», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1848.

¹¹⁴ F. A. SANCHO REBULLIDA, «Art. 745», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.1849.

La capacidad de las personas jurídicas para heredar es reconocida en el artículo 746 del Código Civil, al señalar que «pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38». Según el precepto aludido, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, rigiéndose la Iglesia en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales. Nuestra Constitución en su artículo 22 considera ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos (apartado 2.º) y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (apartado 5.º).

En el marco de la jurisprudencia francesa, una antigua sentencia del Tribunal civil del Sena de 23 de julio de 1918¹¹⁵ declaró nulo el legado de nuda propiedad de un inmueble sito en París, al no tener las personas beneficiadas, unos establecimientos eclesiásticos españoles y argentinos, ninguna existencia civil en Francia.

La sentencia de la *Cour d'appel* de París de 26 de junio de 1981, en el caso *Fundación Hans y Helga Eckensberger*¹¹⁶, relativo a la sucesión en los bienes muebles e inmuebles situados en Francia, dejados por una causante de nacionalidad alemana, fallecida en Alemania, pero cuyo último domicilio se encontraba en Francia, se enfrenta con la cuestión de los derechos sucesorios de la mencionada fundación, que había sido designada por la difunta en su testamento como legataria universal. La fundación había sido reconocida por la autoridad administrativa alemana competente con posterioridad al fallecimiento de la testadora. La sentencia, con base en el artículo 906 del Código Civil francés, que impone que el legatario haya sido concebido en el momento del fallecimiento del testador, estima que la fundación, que carecía de existencia en el momento del fallecimiento de la testadora, carece del derecho a recibir los bienes sitos en Francia, sin que haya necesidad de acudir al orden público.

En la jurisprudencia española, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de mayo de 1989¹¹⁷ consideró que no había de aplicarse el Derecho venezolano, y, más en concreto, el artículo 841 de su Código Civil, que establecía una prohibición o incapacidad para suceder (según la interpretación que se acoja) que afectaba a determinadas instituciones eclesiásticas, como consecuencia de no haber sido el mismo debidamente acreditado por la parte que lo había invocado (ya que dicha parte no probó el alcance y autorizada interpretación de dicha disposición). Sorprende que, amparando el referido precepto una discriminación sucesoria fundada en el credo religioso, nuestro Tribunal Supremo haya recurrido, en aras de justificar la intervención del Derecho patrio, en lugar de al expediente técnico del orden público, al de la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero.

Se ha considerado por la doctrina la intervención del orden público con relación a las incapacidades absolutas recogidas en el artículo 745 del Código Civil, pues no dependen de la voluntad del causante, a diferencia de las causas de desheredación (arts. 848 a 857 C) y de indignidad (arts. 756 y 757 C), que pueden dejar de producir efecto por voluntad del causante¹¹⁸.

¹¹⁵ Sentencia citada en H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *ob. cit.*, p. 66.

¹¹⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 537 y ss., nota B. Ancel.

¹¹⁷ *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1989, núm. 3758.

¹¹⁸ V. L. SIMÓ SANTONJA, «Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones», *ob. cit.*, p. 55; A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, apartado 8», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, ob. cit.*, p. 377; E. Castellanos Ruiz, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional, ob. cit.*, p. 155; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Civil Internacional, ob. cit.*, p. 242.

En el Derecho islámico el apóstata, es decir, el que abandona la religión islámica, tiene una incapacidad absoluta para heredar *ab intestato* (ni de musulmanes ni de no musulmanes), ya que se considera que carece de personalidad jurídica. Esa discriminación sucesoria por razón religiosa plantea, como veremos, la cuestión de la intervención del orden público, en base al principio de igualdad y no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

IX. DETERMINACION DE LOS DERECHOS SUCESORIOS

Abordaremos, a continuación, la eventual intervención del orden público sobre diferentes cuestiones, que, respectivamente, conciernen a la determinación de los derechos sucesorios en razón de la naturaleza de la filiación (hijos naturales, adúlteros...), o en función de la raza, sexo o religión de los herederos, o en atención a la naturaleza del matrimonio (matrimonio poligámico).

1. Clases de filiación

Con anterioridad a la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, nuestro Ordenamiento distinguía diversas clases de filiación (hijos legítimos e ilegítimos, naturales y no naturales, hijos naturales reconocidos y no reconocidos, hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres y por concesión Real). El orden público estaba al servicio de una concepción de la familia y de la filiación de carácter profundamente discriminatorio.

En este contexto cabe citar una muy antigua sentencia de la *Cour de Pau* de 17 de enero de 1872¹¹⁹, relativa a la sucesión de un español abierta en Francia, que, en cuanto a la sucesión mobiliaria, regida por la ley española, excluyó a un hijo natural en la herencia de su padre, no atribuyéndole más que alimentos, y en cuanto a la sucesión inmobiliaria, regida por la Ley francesa, le reconoció la parte que le correspondía conforme al Código Civil francés. Por otra parte, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 29 de noviembre de 1954, en el caso *Viuda Chaliapine c. Viuda Bakscheief*¹²⁰, a propósito de la sucesión de un causante ruso sobre unos inmuebles situados en Francia, consideró que el artículo 422 del Código soviético, que le autorizaba a disponer de sus bienes a favor de sus hijos adúlteros, era contrario al orden público.

La STS de 10 de octubre de 1960¹²¹, en el caso *Ferriol Rodríguez c. Ferriol Varela*, se negó a reconocer derechos en la sucesión abintestato de un español a la hija adúltera de un hermano del causante, legitimada en Cuba por subsiguiente matrimonio de sus padres, celebrado tras el divorcio del matrimonio canónico que el padre anteriormente había contraído y del que le habían nacido dos hijas legítimas, las de-

¹¹⁹ *J. Clunet*, 1874, p. 79; H. LEWALD, «Questions...», *ob. cit.*, p. 77.

¹²⁰ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, pp. 272 y ss., nota Y. L.

¹²¹ *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1960, núm. 3081; J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960», *Temis*, núm.10, 1961, pp. 103-110; Nota de E. Pecourt García en *REDI*, 1963, pp. 146-148.

mandadas en el pleito. Con relación a la estimación del recurrente de que el artículo 11 del Código Civil había sido erróneamente interpretado, por haberse aplicado a un supuesto en que la admisión del hijo adulterino como legítimo no rozaba el orden público y las buenas costumbres, consideró el Tribunal Supremo que «aún siendo muy vaga y confusa esa noción y aún siendo también exacto que la noción de orden público internacional tiene legítimamente más amplio campo de aplicación en el Derecho público que en el privado, no por ello dejan de ofrecerse situaciones como la de autos en que se produce una notoria colisión entre la ley extranjera y la nacional, y en tal supuesto sólo la apelación al orden público puede salvar el conflicto, y del propio modo que mediante una jurisprudencia reiterada y conocidísima, este Tribunal ha puesto coto a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio, mediante disposiciones y actos realizados en país extranjero, de igual suerte en este caso, se niega a parificar la situación de los hijos nacidos como ha podido apreciarse en una de esas situaciones irregulares, que por añadidura también lo eran a la luz de la ley extranjera cuando la hija nació en condiciones que la privaban de la legitimación, obtenida después con efecto retroactivo...», añadiendo que «lo que la sentencia de instancia hizo, no fue declarar nula una legitimación, que a la luz de la ley en que nació era perfectamente lícita para los efectos que en esta resolución se indican, lo que hubiese estado notoriamente fuera de su jurisdicción, sino impedir que por contraste pudiese tener consecuencias en la sucesión de un español, gobernada en este punto y en otros por normas que nada tenían que ver con las indiscutibles facultades del gobierno cubano para legislar como lo hizo».

Comentando la citada resolución, J. A. Pastor Ridruejo¹²² señaló que el Tribunal Supremo había argumentado su conclusión por una doble vía: 1.^a, englobando la cuestión previa de filiación en la principal de sucesión, sin calificarlas separadamente, y aplicando a ambas la ley material designada por la norma conflictual correspondiente a las sucesiones; 2.^a, tomando en consideración, esto es, calificando de manera independiente la cuestión previa, aplicando luego su pertinente norma conflictual –el artículo 9.º del Código Civil–, pero excluyendo finalmente la ley material indicada (la cubana) en razón del orden público. Para Pastor Ridruejo, la *ratio decidendi* de la sentencia se fundó en esta segunda argumentación, es decir: el Tribunal Supremo resolvió la cuestión preliminar de la validez de la legitimación autónomamente, aplicando a la misma una norma conflictual, aunque paralizando después su efecto con la excepción de orden público. E. Pecourt¹²³ no compartió este punto de vista, afirmando que, entre los dos caminos señalados por Pastor Ridruejo, el Tribunal Supremo sólo utilizó el primero para fundamentar técnicamente su conclusión. Estima Pecourt que la cuestión, en su conjunto, fue enfocada como una cuestión exclusivamente sucesoria: la cuestión preliminar (validez de la legitimación) se englobó en la cuestión principal (sucesoria), resolviéndose de acuerdo con el derecho material designado por la norma de conflicto para regir esta última (el Derecho español, en virtud de la regla conflictual del artículo 10, 2.º del Código Civil, que sometía las sucesiones a la ley nacional del causante). Lo que sorprende en el texto de la sentencia –prosigue Pecourt– es que, después de haber verificado aquella calificación global, se acuda a la noción de orden público. Estima que el uso de dicha noción, al igual que en el célebre

¹²² J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960», *Temis*, núm. 10, 1961, pp. 103-110.

¹²³ E. Pecourt García, Nota en *REDI*, 1963, pp. 146-148; *id.*, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, I, Eunsa, Pamplona, 1976, pp. 45-49.

caso *Ponnoucannamale-Nadimoutoupouille*, resuelto por la *Cour de Cassation* el 21 de abril de 1931, puede explicarse como un *obiter dictum*, dirigido a razonar las diferencias entre el derecho aplicado (el derecho material del foro) y el que amparó jurídicamente la situación, a la que el primero niega validez y efectos respecto del caso planteado. Conviene señalar, por otra parte, que la doctrina ha propugnado una atenuación del orden público en el ámbito de la cuestión previa. En una posición más radical, P. Lagarde¹²⁴ llegó a negar la posibilidad de aplicar la excepción de orden público cuando la cuestión preliminar no se resuelva por la norma de conflicto del foro. Sin apoyar esa tesis, E. Pecourt estima que «en las hipótesis de cuestiones previas la idea de una atenuación del efecto riguroso del orden público revela claramente su acertado fundamento», añadiendo que en la hipótesis contemplada por la sentencia de 1960 «la cuestión preliminar no sólo se presentaba, en cuanto tal, como una situación jurídica ya elaborada o constituida; resultaba ser, además, una situación inicial sin contacto plurilegislativo, es decir, una situación originariamente interna, válida de acuerdo con el ordenamiento que la creó, y sólo convertida en «internacional» de un modo incidental: precisamente, en cuanto preliminar a una principal propiamente de Derecho Internacional privado. Si en el caso concreto la virulencia de la pugna entre tal situación y el orden público del foro no podía atenuar los efectos de éste en base a tales características, cabe pensar que, en hipótesis de menor tensión, aquéllas podrán atenuar e incluso salvar la acción del orden público». Posteriormente, J. Puente Egido¹²⁵ estimó que en buena técnica conflictual, no había lugar a plantear aquí una cuestión de orden público, pues el único Derecho aplicable era el Derecho sucesorio español, añadiendo que «en el caso concreto, la cuestión de parentesco entre el causante y la demandante, base de la sucesión abintestato y del eventual derecho legítimo a suceder, debe resultar de la calificación que dé la ley española a esa relación de parentesco, y que es la única a tener en cuenta», pudiendo difícilmente hablarse de cuestión previa en el sentido técnico del Derecho Internacional Privado. Por último, en opinión de J. A. Carrillo Salcedo¹²⁶ la equivalencia entre instituciones no resultaba posible «porque la legitimación de una hija adulterina por subsiguiente matrimonio de los padres, de conformidad con una ley cubana de 1938, era, en aquel momento, una institución no asimilable por el Derecho español, en el que aquélla no podía encontrar equivalencia alguna». Considera este autor que los supuestos en que la sustitución y la equivalencia entre instituciones no es posible son la excepción, y la defensa de la homogeneidad del Derecho del foro es asumida en ellos por una institución, la del orden público, bien distinta a la de calificaciones.

En el marco de la jurisprudencia del TEDH, la sentencia de 13 de junio de 1979¹²⁷ ha proclamado la intervención del orden público internacional frente a la aplicación de aquellas legislaciones estatales (en este caso, la belga) que establezcan una desigualdad sucesoria entre hijos legítimos e ilegítimos, por considerar que ello vulnera los artículos 8 y 9 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, relativo a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La Constitución española determina en su artículo 39.2 la obligación de los poderes públicos de asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la

¹²⁴ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, París, 1959, pp. 73 y ss.

¹²⁵ J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, pp. 264-265.

¹²⁶ J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 278.

¹²⁷ *N.J.W.*, 1979, vol. 32, pp. 2449-2454, nota de H.A. Stöcker.

ley, con independencia de su filiación». Con la reforma del Código Civil en materia de filiación (Título V del Libro I) operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se ha producido una equiparación de la filiación matrimonial y la no matrimonial en cuanto a sus efectos (art. 108 CC)¹²⁸. Esa reforma, que la Constitución de 1978 (arts. 14 y 39) y la ratificación por España de diversos Convenios internacionales hacía necesaria, ha venido a suponer una superación de la discriminación anteriormente existente entre las diversas clases de filiación (filiación legítima e ilegítima, natural y no natural), cerrando el paso a la intervención del orden público. Esa reforma del Código Civil, equiparando las distintas clases de filiación, al amparo del principio de igualdad constitucional, suscita la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera que discrimine entre los hijos, suprimiendo o restringiendo los derechos sucesorios de los hijos naturales.

2. Discriminaciones por razón por razón de sexo o religión

Las disposiciones islámicas sucesorias se basan en discriminaciones sexistas y religiosas. Subyace en dichas normas el principio de la desigualdad entre hombres y mujeres, así como por causa de religión. Ello es debido a la profunda inspiración religiosa sobre la que se fundamenta el Derecho islámico. Como ha puesto de manifiesto E. Mikunda Franco, los conflictos existentes entre la cultura occidental y la islámica tienen un trasfondo religioso, ya que, así como detrás de los derechos humanos occidentales se encuentra presente una ética «secularizada o agnóstica», en los derechos humanos islámicos subyace una ética religiosa islámica¹²⁹. La religión islámica va a ejercer una notable influencia sobre el Derecho islámico, en general¹³⁰, y sobre su Derecho internacional privado, en particular¹³¹. En efecto, las creencias religiosas de los países islámicos (Egipto, Marruecos, Túnez, Argelia, Jordania, etc.) constituyen la base de modos de entender la vida radicalmente opuestos a los de las sociedades occidentales¹³². Esos diferentes «modos de vivir», esto es, esa diversidad cultural

¹²⁸ Unos años antes, la Ley francesa de 3 de enero de 1972 había asimilado en el plano sucesorio al hijo natural con el hijo legítimo.

¹²⁹ E. MIKUNDA FRANCO, *Derechos humanos y mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 201-202. Por lo que se refiere a la confrontación entre los derechos humanos occidentales y los derechos humanos islámicos, *vid.*, muy especialmente, M.ª D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001; así como E. MIKUNDA FRANCO, *ob. cit.*, pp. 201-211, el cual estima que las perspectivas de futuro, por lo que a este tema se refiere, son muy esperanzadoras y optimistas. Por lo que a los principios y valores islámicos relativos a los derechos del hombre se refiere, *vid.*, muy especialmente, la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos de 19 de septiembre de 1981. Dicha Declaración, que fue elaborada por el Consejo Islámico de Londres y presentada ante la UNESCO, constituye una manifestación evidente de la concepción que el Derecho islámico tiene de las relaciones personales y familiares, ya que la misma, como consecuencia de basarse en la tradición religiosa islámica, parte de la discriminación de la mujer con respecto al hombre.

¹³⁰ *Vid.*, por ejemplo, B. DUPRET, «Política, religión y Derecho en el mundo árabe», *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la dirección de A. BORRÁS y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 21-43.

¹³¹ *Vid.*, muy especialmente, M. Chafri, «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», *Recueil des Cours*, 1987-III, t. 203, pp. 321-454.

¹³² De hecho, ser musulmán «no es sólo hacer las oraciones diarias preceptivas, abstenerse de comer cerdo, beber alcohol o practicar el ayuno de ramadán. Ser musulmán implica un sistema de vida» (S. Tarrés Chamorro, «Religiosidad de los inmigrantes magrebíes: Ynes y Chaitanes», *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*, bajo la edición de M.ª J. Escartín Caparrós y de M.ª D. Vargas Llovera, Alicante, 1999,

(entre la que se encuentra la cultura jurídica), afecta a todos los ámbitos de la vida humana, incluidas las relaciones sucesorias.

Las manifestaciones de las desigualdades sexistas en el Derecho sucesorio islámico son muy variadas. Afectan a los hijos, a los cónyuges y a los hermanos. Así, en el supuesto en que el causante tenga hijos, los hijos varones van a tener el doble de derechos hereditarios que sus hermanas. En las sucesiones entre cónyuges, el cónyuge superviviente varón hereda de su mujer el doble de lo que ésta heredaría en el supuesto de haber fallecido el marido. La desigualdad de sexos también está presente en las sucesiones entre hermanos, ya que, en defecto de descendencia, las hermanas tan sólo tienen derecho a heredar la mitad de la herencia del hermano, mientras que a éste le correspondería la totalidad de la sucesión de su hermana en caso de ser ésta la causante. Los defensores de dichas normas islámicas, que aparecen fundamentadas en el Corán, justifican las desigualdades sucesorias por razón de sexo en una razón de aparente índole práctica: la obligación que tienen los herederos musulmanes varones de soportar los gastos de manutención de la familia del difunto, obligación de la cual las mujeres quedarían exentas con arreglo al Derecho islámico¹³³. Sin embargo, la práctica nos muestra que la verdadera razón de la referida normativa se ampara en el principio de primacía del hombre sobre la mujer que inspira a todo el Derecho islámico.

Como anteriormente hemos adelantado, las desigualdades de las normas islámicas en materia sucesoria se fundamentan no sólo en razones sexistas, sino también religiosas. El Derecho islámico distingue, por un lado, entre la sucesión legal y la testamentaria, y, por otro lado, entre las sucesiones entre musulmanes y las sucesiones entre musulmanes y extranjeros. Por lo que a la sucesión *ab intestato* se refiere, en el Derecho islámico cabe distinguir dos tipos de incapacidad para suceder fundadas en razones de índole religiosa: una relativa y otra absoluta. Por un lado, el llamado «infiel» (*Kafir*), esto es, el no musulmán, gozará de una incapacidad relativa para suceder, ya que la doctrina islámica defiende unánimemente que el no musulmán no puede heredar del musulmán. Pero en la doctrina islámica, sin embargo, existe disparidad de opiniones en lo que se refiere a la cuestión de si el musulmán puede o no heredar al no musulmán. Lo que no plantea dudas es que el apóstata, esto es, el que abandona la religión islámica, tiene una incapacidad absoluta para heredar *ab intestato* (ni de musulmanes ni de no musulmanes), ya que se considera que carece de personalidad jurídica. Sin embargo, sólo los musulmanes pueden suceder al «infiel» que se haya convertido al islamismo, sin que se distinga en función de si el momento de adquisición de los bienes hereditarios es anterior o posterior al hecho de la conversión. En definitiva, hay que distinguir diversas situaciones, concernientes a los derechos suce-

pp. 127-148. El carácter marcadamente religioso de ciertas culturas (entre las que destaca la islámica) ha llevado a la realización de prácticas verdaderamente aberrantes, entre las que se encuentra la circuncisión o clitoridectomía, la escisión, la infibulación, las lapidaciones de mujeres que han mantenido relaciones extramatrimoniales, etc. (vid. A. KAPLAN MARCUSÁN, «Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género», *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. de Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, C.J.P.J., t. VI, Madrid, 2001, pp. 195-216).

¹³³ Un análisis más pormenorizado de la referida regulación, así como de su inspiración en la religión musulmana, puede encontrarse en S. ALDEEB y A. BONOMI, *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, Zürich, 1999, pp. 309-310; así como en L. Milliot y F.P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 493-514, núms. 636-670.

sorios de los musulmanes en la herencia de un causante no musulmán, de los derechos de los no musulmanes en la herencia de un musulmán y de los derechos de los apóstatas. Dichas reglas no rigen para las sucesiones testamentarias, ya que el Derecho islámico admite que los musulmanes hagan testamento a favor de los no musulmanes, y viceversa. Sin embargo, ha sido bastante más controvertida, en las distintas escuelas islamistas, la cuestión relativa a si el apóstata (esto es, el que ha renegado del Islam) goza, en las sucesiones testamentarias, de capacidad sucesoria activa y pasiva¹³⁴.

Detrás de las referidas normas islámicas en materia sucesoria (especialmente de las relativas a las sucesiones *ab intestato*), que para los países islámicos gozan de carácter de orden público¹³⁵, subyacen, claramente, dos valores materiales: la primacía del varón sobre la mujer y del musulmán sobre el no musulmán (es bastante significativo, en este sentido, que a este último se le denomine «infiel»). Dichos valores entran en flagrante contradicción con ciertos principios y valores constitucionales de los ordenamientos occidentales, y más en concreto, con el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, con el principio de libertad religiosa y con el principio de igualdad de los hijos ante la ley. Por lo que al ordenamiento español se refiere, dichos principios constitucionales, que habrán de ser interpretados de conformidad con la normativa internacional sobre derechos humanos (art.10.2 CE), aparecen consagrados en diversos preceptos de la Carta Magna: el primero en el artículo 14 (y, con alcance más sectorial, en el 32.1), el segundo en el artículo 16 y el tercero en el artículo 39.2. Por otra parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluye, entre los valores de la Unión (art. I-2), entre otros, «la no discriminación» y «la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». Pese a ello, las jurisdicciones estatales de los países occidentales no suelen recurrir a la cláusula de orden público internacional para eludir las normas islámicas sucesorias que discriminan por razones de sexo o de religión. Hay que señalar que la jurisprudencia de los países occidentales relativa a las normas islámicas en materia sucesoria es escasa y ambigua.

Por lo que a la jurisprudencia española respecta, la sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 17 de diciembre de 1991¹³⁶ consideró acertado que la sentencia recurrida hubiese inaplicado la *lex successionis* y aplicado, en su lugar, el Derecho sucesorio español, con base en la falta de prueba por los recurrentes de la legislación designada competente por la norma de conflicto española, la legislación marroquí, y más en concreto, el Código de Estatuto Personal aplicable a los ciudadanos de dicha nacionalidad. De conformidad con el señalado Código, el testamento otorgado por el causante en España con arreglo a las formas de la ley española, en el cual desheredaba a los hijos habidos de su anterior matrimonio y a su anterior mujer, había de ser declarado nulo, y ello por motivos formales y de fondo. Por otro lado, el mismo prohíbe a los nacionales marroquíes testar en el extranjero con arreglo a las formas legales reconocidas en el país de su otorgamiento. A su vez, el referido Código de Estatuto Personal prohíbe la desheredación por testamento. Sin embargo, estas disposiciones marroquíes (arts.173-176, 188-190 y 191-194) no recibieron aplicación por no haber sido probadas por los recurrentes. De este modo, se pretendía la consecución de un

¹³⁴ Por lo que a dicha normativa se refiere, *vid.* S. ALDEEB y A. BONOMI, *ob. cit.*, 1999, pp. 311-315; así como L. Milliot y F.P. Blanc, *ob. cit.*, 2001, pp. 490-492.

¹³⁵ En este sentido, aunque en relación con todas las disposiciones del Derecho musulmán de sucesiones, *vid.*, por ejemplo, L. Milliot y F.P. Blanc, *ob. cit.*, 2001, pp. 481 y 482, núms. 616-618.

¹³⁶ *Aranzadi, Rep. Jurispr.*, 1991, núm. 9717.

determinado resultado material (ajustado a los pilares básicos de nuestro Derecho sucesorio), en lugar de por la vía del expediente técnico destinado a la consecución de la justicia material en el Derecho internacional privado (orden público), por la vía de la aplicación judicial del Derecho extranjero. Probablemente, la razón por la que se ha preferido este mecanismo obedece al carácter excepcional del orden público, especialmente en materia de sucesiones.

No obstante, es preciso que la jurisprudencia española tenga muy presente, cuando se enfrente con la problemática objeto de análisis, que los motivos que justifican que la intervención del orden público en los supuestos sucesorios sea particularmente escasa (amplia diversidad existente entre las legislaciones civiles coexistentes en nuestro país en el sector de las sucesiones, excepciones previstas en el propio Derecho común con respecto a algunos principios generales proclamados en relación con determinadas cuestiones sucesorias, etc.) no concurren cuando se plantea la aplicación de normas islámicas sucesorias discriminatorias, ya que en este último caso están en juego principios y valores contenidos en el Título I de nuestra Constitución, relativo a los derechos y deberes fundamentales. Es por ello por lo que consideramos que el cauce más apropiado para evitar la aplicación de las referidas disposiciones islámicas es la excepción de orden público. Al margen de lo señalado, la postura por nosotros defendida es menos legefórista que la mantenida por la jurisprudencia en materia de sucesiones, ya que el mecanismo del orden público permite respetar, en mayor medida, la remisión al Derecho extranjero efectuada por el artículo 9.8 del Código Civil, ya que sólo lo eludiría cuando su aplicación en el caso concreto fuese manifiestamente incompatible con los pilares fundamentales del ordenamiento español. Sin embargo, por medio del recurso a la vía de la necesaria aplicación a instancia de parte del Derecho extranjero designado competente por la norma de conflicto (art. 9.8 CC), se sustituye en bloque el Derecho material extranjero por el Derecho del foro, quedando frustradas no sólo las legítimas expectativas de las partes, sino también la particular concepción de la justicia expresada por nuestro legislador en el referido precepto para las sucesiones internacionales. Además, a la extensión del *modus operandi* de nuestra jurisprudencia a la cuestión objeto de análisis se le podría achacar también su ineptitud para hacer frente al fenómeno de la multiculturalidad, al que el Derecho internacional privado español ha de adecuarse no sólo por la vía legislativa, sino también por la jurisprudencial.

Por lo que a la jurisprudencia alemana concierne, son muy pocas las decisiones que han tenido que enfrentarse con disposiciones islámicas sucesorias discriminatorias (y todavía menos las publicadas). Dicha escasez jurisprudencial es debida, en buena parte, al carácter marcadamente restrictivo de las normas alemanas sobre competencia judicial internacional en materia sucesoria. Se ha planteado la eventual operatividad del orden público internacional frente a normas islámicas sucesorias, basadas en razones discriminatorias, la sentencia del *Oberlandesgericht de Hamburg* de 29 de abril de 1992¹³⁷, relativa a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente (mujer, en este caso). Se trataba de la sucesión intestada de un iraní, que profesaba la religión *bahai*, fallecido en Alemania, donde había estudiado, se había casado y había vivido con su familia hasta su muerte, sobreviviéndole su madre, su esposa (de nacionalidad alemana) y sus tres hijos. El Tribunal estimó que dicha sucesión, pese a su estrecha vinculación con Alemania, había de resolverse con arreglo al Derecho iraní chiita, que otorga un

¹³⁷ *IPRax*, 1994, núm.1, pp. 49-55, Nr. 6.

tratamiento desigual a hombres y mujeres en cuanto a los derechos hereditarios de sus cónyuges fallecidos. De conformidad con el mismo, el marido que sobreviva a su mujer tiene derecho a una cuarta parte de la sucesión mobiliaria e inmobiliaria de su esposa. Sin embargo, cuando el cónyuge supérstite es la mujer, ésta sólo tiene derecho a una octava parte de la herencia mobiliaria de su marido y, por lo que a los bienes inmuebles se refiere, a una participación sobre el valor de la construcción y de los árboles (pero no del terreno). En dicha sentencia, el *Oberlandesgericht* consideró que el orden público alemán no había de intervenir, y ello, fundamentalmente, por las siguientes razones. Por un lado, por considerar que la desigualdad en los derechos sucesorios de los cónyuges quedaba compensada con el hecho de pesar únicamente sobre el marido supérstite la obligación de satisfacer obligaciones alimenticias hacia los hijos. Sin embargo, en el concreto caso objeto de la sentencia, tal como reconoció el Tribunal, dicha compensación no se producía, ya que las obligaciones alimenticias de la mujer con respecto a sus hijos se regían, no por el Derecho islámico, sino por el ordenamiento alemán, el cual no discriminaba por razón de sexos. Por otro lado, el Tribunal argumentó que el resultado final era coherente, ya que los reducidos derechos hereditarios obtenidos por la mujer de su cónyuge fallecido (sujetos al Derecho islámico) se compensaban con la elevada cantidad obtenida por la mujer como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial (comunidad de gananciales regida por el Derecho alemán)¹³⁸. Al margen de lo señalado, el *Oberlandesgericht* de Hamburgo señala que el causante parece haber querido el resultado al cual se llega por medio de la aplicación de las normas islámicas sucesorias discriminatorias, ya que no ha hecho uso de la posibilidad que le brinda el apartado 2.º del artículo 25 del EGBGB, que concede al causante la posibilidad de someter su patrimonio inmobiliario, que se encuentre sito en territorio alemán, al Derecho sucesorio alemán. Y, por último, el Tribunal señaló que, como consecuencia de ser las regulaciones nacionales muy dispares en materia sucesoria, los órganos jurisdiccionales han de mostrarse muy cautelosos a la hora de hacer intervenir la cláusula de orden público¹³⁹.

La jurisprudencia francesa se ha planteado, igualmente, la eventual intervención del orden público frente a este tipo de normas islámicas sucesorias discriminatorias. La *Cour de Cassation* no ha adoptado una postura unívoca al respecto, con la consiguiente inseguridad jurídica. Así, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 1964¹⁴⁰ estimó que el orden público francés había de intervenir en un supuesto en que una hija había sido excluida de la sucesión de su padre (musulmán) por el hecho de no ser musulmana. Sin embargo, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de marzo de 1980¹⁴¹ no consideró contrario al orden público la aplicación de una norma islámica (argelina) que atribuía al hermano del difunto el doble de los derechos sucesorios que a la hermana.

En suma, la jurisprudencia se muestra reacia a evitar la aplicación de las disposiciones sucesorias islámicas que discriminen por razón de sexo o de religión, por medio del expediente técnico del orden público. Se percibe una cierta disociación

¹³⁸ De este modo, el resultado al que se llegó era similar al que se hubiese obtenido por medio de la técnica de la adaptación.

¹³⁹ La debilidad de la fundamentación jurídica empleada por la referida decisión judicial ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por H. Dörner, «Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners», *IPRax*, 1994, núm. 1, pp. 33-37.

¹⁴⁰ *J.C.P.*, 1965, II, núm. 13978.

¹⁴¹ *Bull. Civ.*, 1980, I, núm. 71.

entre jurisprudencia y doctrina. De hecho, es muy significativo que, a diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia alemana, la doctrina de ese país se muestra, en general, favorable a la intervención del orden público frente a las normas islámicas discriminatorias en materia de sucesiones *ab intestato*. En concreto, la doctrina alemana ha afirmado la eventual operatividad de la cláusula de orden público en los supuestos de discriminación en la cuantía de derechos hereditarios entre cónyuges, o entre hijos e hijas, así como en los de una incapacidad para suceder por motivos religiosos¹⁴². Pese a que la doctrina alemana ha defendido la eventual intervención del orden público en el primer supuesto, algunos autores han considerado que en el segundo caso es más defendible su actuación, alegando, para justificar esa distinción, que en el primero la discriminación no es concreta, sino hipotética, puesto que se comparan los derechos sucesorios de la mujer supérstite con los que tendría su marido si ella hubiese fallecido. Según estos últimos autores, ello va a exigir, en el primer supuesto, una mayor motivación o argumentación de su operatividad en el caso concreto de que se trate¹⁴³. Por otro lado, una buena parte de la doctrina alemana ha defendido que el orden público no va a dejar de intervenir por el hecho de que la discriminación religiosa sea bilateral, esto es, que actúa con independencia de que la prohibición de suceder por diversidad religiosa afecte sólo a los no musulmanes o también a los musulmanes¹⁴⁴. Desde nuestro punto de vista, en estos diferentes supuestos existen, al menos *a priori*, las mismas oportunidades de aplicación de la excepción de orden público. Va a ser un examen minucioso y detallado de las circunstancias concurrentes el que indique al correspondiente órgano jurisdiccional si se han vulnerado o no, en el caso concreto de que se trate, los derechos y libertades fundamentales, lo cual exige analizar el resultado concreto al que conduciría la aplicación de las normas islámicas sucesorias discriminatorias en el caso en cuestión.

Por las razones más arriba expuestas, consideramos que la vulneración manifiesta de los principios y valores contenidos en nuestra Constitución, por las normas islámicas relativas a las sucesiones *ab intestato*, no sólo faculta, sino que obliga, a los órganos jurisdiccionales españoles a aplicar nuestra cláusula de orden público¹⁴⁵. Hay que señalar que, para que opere nuestro orden público, es precisa una vulneración de dichos valores, no en abstracto, sino en el caso concreto, lo que exige que el órgano jurisdiccional ten-

¹⁴² *Vid.*, por ejemplo, S. LORENZ, «Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher ordre public: Vergleichsstab für die Ergebniskontrolle», *IPRax*, 1993, núm. 3, pp. 148-151, pp. 148 y 150; así como H. Dörner, *ob. cit.*, 1994, pp. 35 y 36, el cual pone de manifiesto que el orden público alemán no va a dejar de intervenir por el hecho de dispensar, el Derecho islámico sucesorio que resulte aplicable, a la mujer de la obligación de alimentos con respecto a los hijos de su difunto marido (*ibid.*, p. 36). Coincidimos plenamente con la afirmación realizada por este autor, ya que una discriminación (sea sexista o religiosa) no puede ser compensada con otra, aunque ésta opere en sentido inverso a la anterior.

¹⁴³ *Vid.*, muy especialmente, S. LORENZ, *ob. cit.*, 1993, pp. 149-150, el cual, sin embargo, concluye señalando que dicha dificultad es más dogmática que práctica, ya que, a los efectos de la intervención del orden público alemán, lo decisivo es que la mujer, en el caso concreto, tiene menos derechos sucesorios de su difunto marido por su condición de mujer, y no que, en un supuesto distinto al caso concreto, al hombre le correspondiesen superiores derechos sucesorios (*ibid.*, p. 150); así como S. ALDEEB y A. BONOMI, *ob. cit.*, 1999, p.318.

¹⁴⁴ *Vid.*, entre otros, S. LORENZ, *ob. cit.*, 1993, p. 149, nota a pie de página núm. 16.

¹⁴⁵ En un sentido diferente, aunque en relación con el ordenamiento suizo, *vid.*, S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, «La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman», *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 abril de 1999)*, ed. de I. García Rodríguez, Servicio de Publicaciones, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 381-382, p. 378, según el cual si los herederos están de acuerdo en la aplicación de las normas musulmanas que les discriminan, las autoridades suizas llamadas a la partición de la herencia «no deben plantear de oficio el carácter discriminatorio de las normas musulmanas», ya que «no hay que ser más monárquico que el rey». Por lo tanto, según este autor, la respuesta ha de ser diferente en función de si los herederos reclaman o no el respeto del principio constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres.

ga en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión ¹⁴⁶. Sin embargo, reconocemos que la intervención del orden público es más discutible respecto a las disposiciones testamentarias que discriminen entre los herederos por motivos sexistas o de índole religiosa. De hecho, la doctrina extranjera se encuentra dividida en lo que a esta cuestión se refiere. Así como cierto sector doctrinal proclama la intervención del orden público en estos supuestos ¹⁴⁷, otros autores lo rechazan ¹⁴⁸.

Al margen de lo señalado, es preciso resolver dos cuestiones, dotadas de gran trascendencia práctica. Por un lado, es preciso tomar partido sobre la problemática relativa a si para la intervención del orden público, frente a normas islámicas sucesorias discriminatorias, se requiere o no que el supuesto litigioso presente una vinculación estrecha con el ordenamiento del foro (p.ej., que la mujer afectada por la discriminación sexual sea nacional o resida habitualmente en el país del foro). A nuestro modo de ver, la doctrina alemana de la *Inlandsbeziehung* ¹⁴⁹ no ha de extenderse a aquellos supuestos en que, como en éste, estén en juego las libertades y los derechos humanos fundamentales ¹⁵⁰, ya que entendemos que los órganos jurisdiccionales han de proteger a todas las personas frente a cualquier vulneración concreta (no abstracta) de los mismos, con independencia de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual. En efecto, como ha puesto de manifiesto la mayor parte de la doctrina, en los supuestos en que resulten implicados derechos y principios humanos fundamentales (consagrados tanto en las Constituciones estatales como en la normativa internacional sobre derechos humanos), los tribunales no exigirán, para la aplicación de la cláusula de orden público, que el supuesto litigioso esté vinculado con el ordenamiento del foro; mientras que en los supuestos en los que no resulte afectado ningún principio o derecho humano fundamental (entre los que se encuentra el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación por ninguna condición o circunstancia personal o social, así como el derecho a la libertad religiosa), la operatividad de la susodicha cláusula quedará condicionada a la existencia de una determinada co-

¹⁴⁶ Es de lamentar que el artículo 12.3 del Código Civil no especifique, claramente, que la intervención del orden público está condicionada a una vulneración concreta, y no abstracta, de los principios fundamentales del ordenamiento del foro. El referido apartado debiera dejar claro que la cláusula de orden público no actuará si no se produce, *in casu*, un resultado manifiestamente contrario a los pilares básicos del ordenamiento del foro. Un buen ejemplo legislativo de lo señalado lo constituye el apartado 1.º del artículo 16 de la Ley italiana de 31 de mayo de 1995, en virtud del cual la «ley extranjera no será aplicada si sus efectos son contrarios al orden público». *Vid.* la enumeración de eventuales factores a tener en cuenta por los órganos jurisdiccionales, a los efectos de decidir sobre la vulneración o no del orden público alemán en el caso concreto, que hace H. Dörner, *ob. cit.*, 1994, p. 35, según el cual dicho análisis sólo procederá cuando la propia norma material extranjera que resulte aplicable no sea compatible con el orden público del foro.

¹⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, R. Birk, comentario al art. 25 del EGBGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, EGBGB-Internationales Privatrecht, 3.ª ed., Munich, 1998, núm. 112.

¹⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, S. LORENZ, *ob. cit.*, 1993, p. 149, nota a pie de página núm. 20, según el cual la desheredación que lleve a cabo el testador por motivos arbitrarios y discriminatorios, dentro del marco de su libertad de testar, no puede considerarse opuesta al orden público.

¹⁴⁹ Por lo que a dicha doctrina se refiere, que condiciona la intervención del orden público a la existencia de una vinculación del supuesto en cuestión con el Estado del foro, *vid.*, muy especialmente, A. Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116, pp. 52-56; así como P. LAGARDE, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263-282, pp. 270-274, núms. 9-12, el cual pone en duda la aptitud de dicha teoría para solucionar los conflictos interculturales.

¹⁵⁰ En contra, aunque en relación con el ordenamiento alemán, *vid.*, por ejemplo, S. LORENZ, *ob. cit.*, 1993, p. 149, según el cual la intervención del orden público alemán exige, aun en estos casos, la existencia de una suficiente vinculación entre el supuesto y el ordenamiento alemán, cuyo grado es susceptible de variar en función de cuál sea la intensidad de la vulneración de los principios fundamentales; así como H. Dörner, *ob. cit.*, 1994, p. 36.

nexión de la situación litigiosa con el ordenamiento del foro, de modo que, en este último caso, las oportunidades de aplicación de la cláusula de orden público del foro aumentarán a medida que la conexión del supuesto litigioso con el ordenamiento del foro sea mayor.

Y, por otro lado, surge la duda de si, en la hipótesis de operar el orden público en un supuesto concreto, las disposiciones islámicas sucesorias discriminatorias han de ser sustituidas por las que regulan el asunto en cuestión en el ordenamiento del foro o por las normas del ordenamiento islámico que rigen cuando no existe discriminación (esto es, cuando se trata de un marido supérstite y no de una mujer, de un hijo varón y no de una hija, o de un musulmán y no de una persona que no profesa la religión islámica)¹⁵¹. A nuestro juicio, esta última postura parece la más acertada, ya que de este modo se consigue eliminar la desigualdad (de sexos o religiosa) existente, sin vulnerar el mandato contenido en la norma de conflicto del foro. No creemos que al *modus operandi* propugnado pueda achacarse el aplicar el Derecho extranjero contra su sentido y espíritu, ya que el único espíritu que de este modo se elimina es el que proclama la discriminación de las personas por haber nacido hombre o mujer o por las ideas religiosas que profesan. El resultado al que se llega por medio de la tesis propuesta es muy parecido al que se alcanzaría por medio de la aplicación de la llamada doctrina del análisis del Derecho internacional privado en dos escalones (técnica que, al igual que el orden público, actúa sobre la consecuencia jurídica de la norma de conflicto multilateral, en aras de un resultado material adecuado)¹⁵².

3. Matrimonios poligámicos

El orden público español mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos, concretamente con relación a los matrimonios contraídos por marroquíes (o egipcios, en el supuesto de la RDGRN de 5 de noviembre de 1966) ya ligados con vínculo matrimonial. La DGRN ha considerado reiteradamente¹⁵³ que «aunque este segundo

¹⁵¹ Esta problemática ha sido objeto de discusión en la doctrina alemana: *vid.*, muy especialmente, S. LORENZ, *ob. cit.*, 1993, p.150, según el cual, en aras de reducir al mínimo necesario la injerencia o intromisión del ordenamiento del foro en los supuestos de intervención del orden público, a la mujer supérstite le van a corresponder los mismos derechos sucesorios que los que habría tenido su marido en el supuesto de haber sido él el que hubiese sobrevivido a su mujer; así como H. Dörner, *ob. cit.*, 1994, p. 37, el cual se manifiesta en los mismos términos que el anterior. En el plano jurisprudencial, esta tesis ha sido defendida por la ya citada sentencia del *Oberlandesgericht de Hamburg* para el supuesto en que se hubiese estimado que el orden público alemán había sido vulnerado (*cit. supra*, p.54).

¹⁵² Por lo que a dicha doctrina se refiere, *vid.*, muy especialmente, H.J. Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, München, 1985; H.U. Jessurun D'Oliveira, «Krypto-Internationales Privatrecht», *ZfRV*, 1986, vol. 27, pp. 246-262; E. JAYME, «Internationales Familienrecht heute», *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, bajo la edición de A. Dieckmann, R. Frank, H. Hanisch y S. Simitis, Baden-Baden, 1.ª ed., 1986, pp. 341-375, pp. 369-370, el cual agrupa dicha técnica dentro de los nuevos métodos que consisten en integrar normas de conflicto con normas materiales; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Rec. des Cours*, 2000, t. 287, pp. 11-411, pp. 329-335, núms. 236-240; así como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa», *A.D.C.*, 1993, pp. 1109-1151, pp. 1141-1149.

¹⁵³ *Ress. DGN* de 14 de noviembre de 1994 (1.ª), *ADGRN*, 1994, pp.1667-1668; de 5 de noviembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2417-2419; de 3 de diciembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2518-2521; de 20 de febrero de 1997 (3.ª), *ADGRN*, 1997, pp.1363-1365; de 31 de marzo de 1998 (1.ª), *BIMJ*, núm. 1831, pp. 2620-2621; de 18 de mayo de 1998 (1.ª), *BIMJ*, núms. 1836-1837, pp. 132-134.

enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12-3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio». Prosigue la DGRN señalando que «no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español», con lo que implícitamente se está admitiendo una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico. Sin embargo, puntualiza que «lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace» y recuerda que el estado civil de cada contrayente es un dato obligado en la inscripción del matrimonio.

En la jurisprudencia francesa se admitió la eficacia extraterritorial de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero en diversos ámbitos, como el de los alimentos. Las sentencias dictadas en el caso *Chemouni*¹⁵⁴ abrieron el camino, reconociendo en Francia los efectos, en materia de alimentos, de una unión poligámica válidamente contraída en el extranjero, e imponiendo a un tunecino nacionalizado francés, una obligación de alimentos respecto de su segunda esposa, válidamente casada antes de su naturalización, no obstante la objeción del orden público. Se planteó el problema de la posible extensión al ámbito sucesorio del reconocimiento de efectos de un matrimonio poligámico, que ya se había admitido en el ámbito de los alimentos. En materia sucesoria se produjo una evolución, en el sentido de una progresiva atenuación del orden público. En un primer momento, la sentencia del Tribunal de grande instance de París de 17 de junio de 1972, en el caso *Sra. Bent Bouchaib c. Sra. Mouilti y otros*¹⁵⁵, denegó, en nombre del orden público, un derecho sucesorio según la ley francesa a la segunda esposa de un argelino musulmán, habiendo sido el matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero. Más tarde la jurisprudencia cambió de rumbo. Así, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 22 de febrero de 1978, en el caso *Sra. Bendeddouche y esposos Bouazza c. Sra. Boumaza*¹⁵⁶, admitió a la segunda mujer de un argelino, válidamente casado según su ley personal, a la sucesión, en concurso con la primera esposa, de los inmuebles dejados en Francia por el difunto. Dicha sentencia defiende una concepción del efecto atenuado del orden público en cuanto al efecto sobre una sucesión sometida a la ley francesa de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Argelia entre argelinos. Considera que la reacción frente a una disposición de la ley extranjera contraria a la concepción francesa del orden público no es la misma según que sea un obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia o se trate de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero, de conformidad con la ley competente en virtud del Derecho internacional privado francés, y que este principio del efecto atenuado del orden público debe recibir aplicación, así como que si bien el orden público francés no permitiría que una unión poligámica celebrada en Francia produjera en ella efectos jurídicos, no se opone a

¹⁵⁴ Sentencia de la *Cour de Cassation* de 28 de enero de 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 110 y ss., nota Jambu-Merlin, *J. Clunet*, 1958, pp. 776 y ss., nota Ponsard; sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de febrero de 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 559 y ss., nota G.H., *J. Clunet*, 1963, pp. 986 y ss., nota Ponsard.

¹⁵⁵ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 62 y ss., nota I. Fadlallah.

¹⁵⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 507 y ss., nota H. Batiffol.

que un matrimonio poligámico, válidamente contraído en el extranjero según la ley local, produzca en Francia efectos de orden sucesorio en beneficio de una segunda esposa y de sus hijos legítimos. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de enero de 1980¹⁵⁷. Da un paso más, muy controvertido, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 8 de noviembre de 1983, en el caso *Sra. Kaci c. Mahmoudi*¹⁵⁸, según la cual el orden público no se opone a la eficacia, en una sucesión sometida a la ley francesa, de un matrimonio poligámico celebrado en Argelia entre argelinos, estando el marido ya casado con una francesa. Comentando la sentencia, se interroga Y. Lequette¹⁵⁹ sobre la oportunidad de acoger en Francia los aspectos más criticables de ciertas instituciones extranjeras en el preciso momento en que en su país de origen se abre un debate sobre su legitimidad y si ello no contribuye a la expansión del integrismo musulmán. Creemos que el hecho de que la esposa tenga la nacionalidad del foro y que haya contraído matrimonio en su país con un musulmán que entonces estaba soltero, aunque su ley autorizase la poligamia, es un argumento en favor de la intervención del orden público.

Ofrece interés, por razones de analogía, la jurisprudencia relativa a la determinación de los beneficiarios de una pensión de viudedad en el supuesto de un matrimonio poligámico. La sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de julio de 1988¹⁶⁰ se enfrenta con un caso en que dos personas de nacionalidad francesa contraen matrimonio en Francia y, con posterioridad, el marido, que era musulmán, adquiere la nacionalidad argelina y contrae un segundo matrimonio en Argelia, con arreglo a la ley argelina, con una mujer de dicha nacionalidad, sin que haya sido disuelto el matrimonio celebrado con anterioridad en Francia. Estando vigentes ambos matrimonios, el marido fallece en un accidente de trabajo. La *Cour d'appel de Lyon* dividió la pensión de viudedad, en partes iguales, entre ambas mujeres, y ello con base en el artículo 29 del Convenio general sobre la Seguridad Social celebrado, el 19 de enero de 1965, entre Francia y Argelia, en virtud del cual, en caso de fallecer el cónyuge bígamo, la renta debida al cónyuge supérstite se dividirá a partes iguales entre las dos esposas. Sin embargo, la *Cour de Cassation* consideró que dicho precepto no debía recibir aplicación por vulnerar el orden público francés, que se opone a que el matrimonio poligámico, contraído en el extranjero por el que continúa siendo el marido de una francesa, produzca sus efectos en contra de ésta.

La sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña (núm. 3) de 13 de julio de 1998¹⁶¹ se planteó como cuestión previa la validez en España de un matrimonio poligámico celebrado por un trabajador senegalés afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en España (dicho matrimonio era válido según la ley nacional de los cónyuges). El referido Juzgado estimó que la pensión de viudedad (para cuyo reconocimiento es necesaria la existencia de un vínculo matrimonial vigente o previo) había de dividirse al 50 por 100 entre las dos viudas del causante, esto es, entre las dos esposas polígamas, sin que se produjese la intervención

¹⁵⁷ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 331 y ss., nota H. Batiïfol; *J. Clunet*, 1980, pp. 327 y ss., nota M. Simon-Depitre.

¹⁵⁸ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 476 y ss., nota Y. Lequette; *J. Clunet*, 1984, pp. 881 y ss., nota M. Simon-Depitre.

¹⁵⁹ Nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 476 y ss.

¹⁶⁰ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 71-72, con nota crítica de Y. Lequette, pp. 72-81.

¹⁶¹ *Aranzadi Social*, 2001, vol. II, 1.ª edición, tomo XI, núm. 1493.

del orden público español¹⁶² A este mismo planteamiento, aunque adaptado al caso de autos, responde la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª) de 29 de julio de 2002¹⁶³, la cual divide la pensión de viudedad, en función del periodo de tiempo de la poligamia, entre las dos mujeres polígamas de un trabajador de nacionalidad marroquí, sin que tampoco en este caso intervenga nuestro orden público. Esta actitud contrasta con la mantenida por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 8 de marzo de 1990, que estima que, en los supuestos de matrimonios poligámicos, sólo una de las mujeres, ya sea la primera o la segunda, tiene derecho a recibir prestaciones (sanitarias) de la Seguridad Social¹⁶⁴. En cualquier caso, el *modus operandi* adoptado por las dos sentencias patrias anteriormente citadas no ha sido unánimemente aceptado por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2003, en un supuesto similar al de los dos casos expuestos, recurre a la excepción de orden público para denegar el reparto de la pensión de viudedad entre las dos mujeres polígamas¹⁶⁵.

En otro plano, una sentencia del *Bayerischen Obersten Landesgericht* de 22 de junio de 1976¹⁶⁶ se enfrenta con un caso en que un israelí, que había tenido su última residencia habitual en Alemania, fallece, sobreviviéndole su padre, su hija israelí (nacida de una unión matrimonial que posteriormente fue disuelta y con residencia habitual en Israel), su compañera sentimental (con la que había convivido en Alemania y de nacionalidad alemana) y los tres hijos que había tenido con esta última. El Tribunal alemán estimó que el orden público alemán no había de intervenir frente al Derecho israelí, el cual, a diferencia de lo que acontecía con el Derecho alemán, atribuía a la compañera sentimental del causante los mismos derechos hereditarios que los que hubiere tenido de haber contraído matrimonio con el causante (en concreto, una cuarta parte de la herencia). La intervención del orden público se excluyó con base, fundamentalmente, en que detrás de la señalada normativa israelí subyacía la voluntad presunta del causante.

X. APERTURA DE LA SUCESION

En torno de la apertura de la sucesión se plantean cuestiones que atañen a la causa, lugar y momento de la misma (problema de la comoriencia o premo-riencia). Las legislaciones nacionales suelen coincidir en cuanto a la enumeración de las causas que producen la apertura de la sucesión –muerte y declaración de fallecimiento–, lo que reduce notablemente el interés práctico de la determinación de la Ley aplicable al respecto. En este contexto se inscribe el sistema español,

¹⁶² Un análisis riguroso de dicha sentencia puede encontrarse en I. García Rodríguez, «Pensión de viudedad y matrimonio poligámico», *Aranzadi Social*, 2001, núm. 1493, la cual pone de relieve las incoherencias que dicha solución representa para nuestro sistema. En relación con el alcance que tiene el orden público en la institución del matrimonio poligámico, *vid.*, por todos, I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 276-284.

¹⁶³ *R E D I.*, 2003, núm. 1, pp. 448-450, nota de I. García Rodríguez, pp. 450-462.

¹⁶⁴ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 694-695, con nota de J. Déprez, pp. 695-711.

¹⁶⁵ *La Ley*, año XXV, núm. 5946, 3 de febrero de 2004.

¹⁶⁶ Dicha sentencia ha sido citada y comentada por E. JAYME, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, C. F. MÜLLER JURISTISCHER VERLAG, Heidelberg, 1989, pp. 37-39 y 55-57.

cuyo artículo 9.8.º del Código Civil se refiere a la «sucesión por causa de muerte». A su vez, el artículo 657 del referido Cuerpo legal señala que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». Y el artículo 196 equipara, a efectos sucesorios, la declaración de fallecimiento con la muerte de una persona.

En el ámbito americano, el Código de Bustamante de 1928 señaló en su artículo 145 que era de orden público el precepto según el cual los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de su muerte.

En el Derecho internacional privado comparado, los sistemas en general no especifican la ley aplicable a la apertura de la sucesión, por lo que habrá que entender, en principio, aplicable la ley sucesoria. Con una mayor concreción, la Ley rumana de 22 de septiembre de 1992 señala en su artículo 67, a), que la ley aplicable a la sucesión determina, en particular, «el momento de la apertura de la sucesión». Ciertamente, es la determinación del momento y no de las causas de apertura de la sucesión lo que plantea problemas en la práctica. Por otra parte, la Ley turca de 20 de mayo de 1982 en su artículo 22 afirma que la apertura de las sucesiones se somete a la ley del lugar de situación de los bienes.

El orden público se opondrá a la apertura en España de la sucesión de un causante extranjero por causas distintas de las admitidas por la legislación española, *lex fori*, aunque admitidas por la ley sucesoria¹⁶⁷. Más concretamente, el orden público se opondrá a la aplicación de una legislación extranjera que admitiese como causa de apertura de la sucesión la muerte resultante de una condena penal o la profesión religiosa de una persona¹⁶⁸.

Una muy antigua sentencia del Tribunal civil de Niza de 9 de marzo de 1863, que reconoció el derecho sucesorio de un monje italiano afectado de muerte civil por su ley nacional, en una sucesión regida por la ley francesa, descartando la aplicación de la ley personal del heredero, aunque pareció aplicar la ley francesa como ley sucesoria, no obstante aludió al orden público¹⁶⁹.

XI. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Entre los criterios susceptibles de orientar al juez en la tarea de apreciar la eventual intervención del orden público en materia sucesoria, podemos destacar los siguientes:

En primer término, es un criterio a tener en cuenta el de la admisión de excepciones a determinadas reglas o principios en el seno del propio Derecho común que los establece, lo que hace que esos principios no tengan un carácter absoluto. Así, en el mismo Código Civil existen excepciones o atenuaciones al carácter personalísimo

¹⁶⁷ V. L. SIMÓ SANTONJA, «Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones», *ob. cit.*, p.5; M. DE LASALA LLANAS, *Derecho Internacional Privado*, II, *ob. cit.*, pp. 528 y 530; A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, apartado 8», *ob. cit.*, p.375; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Civil Internacional*, *ob. cit.*, p. 253; E. PÉREZ VERA, en *Derecho Internacional Privado*, dirigido por E. PÉREZ VERA, UNED, Madrid, 2001, p. 256.

¹⁶⁸ H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *ob. cit.*, pp. 40-41; G.A.L. Droz/M. Revillard, «Successions», *I.-Cl. Dr.int.*, fasc. 557-A, n. 133.

¹⁶⁹ H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *ob. cit.*, p. 65.

del testamento y se contemplan distintos tipos de sustitución hereditaria, lo cual actúa en sentido contrario a la intervención del orden público.

En segundo lugar, debemos atender a la legislación foral, que, con frecuencia, adopta una posición contraria a la que en el Derecho común se mantiene. Así, en el Derecho foral se admite el testamento mancomunado, el testamento por comisario y los pactos sucesorios, se regulan de diversa manera las legítimas, o incluso se contempla la más amplia libertad de testar y se admite la sustitución fideicomisaria con mayor amplitud que en el Código Civil, todo lo cual es poderoso argumento frente al juego del orden público.

En tercer lugar, habrá que examinar la formulación de la correspondiente norma de conflicto. El vigente artículo 9.8.º del Código Civil, que sustituye la referencia específica y concreta, anteriormente efectuada por el primitivo artículo 10, párrafo segundo, a las «sucesiones legítimas y testamentarias» por la más amplia y abarcadora a la «sucesión por causa de muerte», que menciona expresamente los pactos sucesorios, y que, con marcada ambigüedad, determina la ley aplicable a las legítimas «en su caso», constituye un argumento que obra en sentido contrario a la intervención del orden público en el ámbito de la sucesión contractual y de las legítimas.

En cuarto lugar, es de suma importancia la consideración de los principios proclamados por nuestra Constitución, ya que en la actualidad es ésta la pauta, el criterio de referencia para la intervención del orden público, que es ahora un orden público constitucional, un orden público concebido como instrumento al servicio de unos principios y valores consagrados por nuestra Ley de leyes. Entre esos principios se halla el de igualdad de los españoles ante la ley «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14), y, más concretamente, el de igualdad de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2). Ese principio de igualdad, que, en el concreto ámbito de la filiación, ha conducido a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se ha equiparado la filiación matrimonial y la no matrimonial en cuanto a sus efectos (art. 108 CC), sirve de base para la intervención del orden público frente a una legislación extranjera de carácter discriminatorio que excluya de los derechos sucesorios a los hijos no matrimoniales, o a los que no pertenezcan a una determinada raza o religión, o que establezca un privilegio de primogenitura o de masculinidad.

Finalmente, puede servir de orientación el ejemplo de la jurisprudencia de otros países, observando cómo han reaccionado ante determinados problemas los tribunales de países cuyo ordenamiento jurídico tiene un contenido coincidente con el nuestro. En este sentido, la concepción del efecto atenuado del orden público con relación a los testamentos mancomunados o a los pactos sucesorios otorgados en el extranjero, o respecto de los derechos sucesorios de la segunda mujer de un matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero entre extranjeros, sostenida por la jurisprudencia francesa, es muy digna de ser tomada en consideración. Otro tanto cabe decir de la jurisprudencia italiana, que considera que el orden público no se opone a la aplicación de una legislación extranjera que permita la absoluta libertad del testador para disponer de sus bienes o que admita la sustitución fideicomisaria con mayor amplitud que el Derecho del foro.