

EL ORDEN PÚBLICO EN LAS NUEVAS SUCESIONES INTERNACIONALES

Carmen Azcárraga Monzonís

Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela"
Área de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España

CONTENIDO

I. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA, UNA SOCIEDAD CON NUEVOS
CONTORNOS MULTICULTURALES.

II. LA INCIDENCIA DEL NUEVO PERFIL DE LA SOCIEDAD
ESPAÑOLA EN EL DERECHO APLICABLE A LAS SUCESIONES: LA
APLICACIÓN DE LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

III. ORDENAMIENTOS ISLÁMICOS: NUEVOS RETOS PARA LA
PRÁCTICA ESPAÑOLA.

A) Discriminaciones de sucesores por razón del sexo, de la filiación y
de la religión. a) Discriminación por razón del sexo. b) Discriminación
por razón de la filiación. c) Discriminación por razón de la religión.

B) La proyección de las desigualdades entre sucesores en el tráfico
internacional. El orden público internacional en materia de sucesiones.
a) Derecho internacional privado musulmán. b) Derecho internacional
privado de algunos países europeos. i. Alemania. ii. Francia. iii.
Bélgica. iv. España.

IV. CONCLUSIONES.

I. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA, UNA SOCIEDAD CON NUEVOS CONTORNOS MULTICULTURALES.

El sistema de Derecho internacional privado, en tanto disciplina reguladora de las situaciones privadas internacionales que presentan elementos de extranjería, se encuentra irremediadamente afectado por la sociedad en la que se enmarca. La configuración, el funcionamiento y el desarrollo de sus soluciones parten necesariamente de las características del entorno que debe regular, soluciones que deberían, en teoría al menos, ir adaptándose al compás de las nuevas necesidades de la sociedad, cambiante por su propia naturaleza. Hoy por hoy, dicho entorno se caracteriza en España por un nuevo perfil, en el que conviven múltiples nacionalidades, presentando por ello un marcado carácter multicultural.

Los cambios demográficos acontecidos en la sociedad española en las últimas décadas, sociedad que está en vías de transformación ya no sólo en heterogénea, sino auténticamente en multicultural, es fruto directo de los flujos migratorios que, en la actualidad y desde hace relativamente poco tiempo, convergen hacia nuestro país. Y estos cambios muestran una evolución notable hacia la introducción de elementos extranjeros relacionados con legislaciones extranjeras con las que el Derecho internacional privado español había tenido hasta la fecha escasa vinculación. Nuestro ordenamiento jurídico ha entrado así en contacto con modelos normativos profundamente diferentes al nuestro, que se caracterizan por no pertenecer a la órbita jurídica occidental y, en muchas ocasiones, por contener normas e instituciones jurídicas desconocidas por el sistema de recepción, pudiendo, en su caso, llegar a considerarse contrarias al orden público internacional del país.

De esta manera, con el tiempo han surgido novedosos problemas de adaptación entre los dos sistemas que entran en contacto, el del foro y el extranjero a aplicar según la correspondiente norma de conflicto. Pero antes de entrar a valorar esta consecuencia que se evidencia en el ámbito jurídico -aspecto que se abordará en el siguiente epígrafe-, conviene aproximar brevemente con anterioridad la evolución del fenómeno de la inmigración en España desde que el país se sumara al grupo de Estados que, dentro del conjunto de países afectados por las corrientes migratorias, se caracterizan por ser territorios de destino de extranjeros.

Así, cabe comenzar señalando que en el marco de los flujos migratorios que convergen en España puede constatarse la existencia de dos momentos diferenciados. El fenómeno de la inmigración con destino a nuestro país encuentra una primera etapa en los años ochenta del siglo XX y una segunda en los años noventa del mismo siglo¹. Se trata de momentos particulares referidos a grupos de extranjeros diversos, dotados de proyectos migratorios con orígenes y objetivos igualmente diferenciados.

- ◆ En los años ochenta, la incipiente España inmigrante es sobre todo europea (un 65% de los extranjeros residentes en 1981), latinoamericana (un 18%) o de América del Norte (un 7%). Menos de un 10% de los extranjeros instalados en España provenían de África o Asia. Más de 180.000 de los 200.000 extranjeros residentes en España en 1981 provenían bien de países de *nuestra* cultura europea, bien de países de *nuestra* cultura e idioma en Latinoamérica. Los europeos eran originarios de países en general más desarrollados que el nuestro, en ocasiones venidos a España como trabajadores desplazados ligados a empresas de sus Estados de origen, y en no menos ocasiones llegados para instalarse temporalmente en España en inmuebles adquiridos en su gran mayoría en zonas costeras -es lo que se ha venido a denominar "turismo residencial"². Los nacionales latinoamericanos, por su parte, llegaban a España en muchos casos por razones políticas, huyendo o habiendo sido expulsados por las dictaduras instauradas en aquellos países.
- ◆ La segunda etapa de la España como país de inmigración comienza a principios de los años noventa y presenta notables diferencias con la primera. En este período aparece una "nueva inmigración", entendida como tal en diversos sentidos: por sus zonas de origen y el nivel de desarrollo de estas zonas (África -especialmente el Maghreb, con especial origen marroquí-, el Este de Europa y países asiáticos); por sus culturas y sus religiones no cristianas (el Islam entre ellas); por sus rasgos fenotípicos (árabes, negros y asiáticos); por las motivaciones

¹ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: "La inmigración en España: los desafíos de la construcción de una nueva sociedad", *Migraciones*, diciembre 2003, pp. 222 y ss.

² Vid. JURDAO ARRONES, F.: "Del turismo hotelero al turismo residencial. Un modelo que se autodestruye", en ROQUE, M.A. (ed.): *Movimientos humanos en el Mediterráneo occidental*, Institut Català d'Estudis Mediterranis, Barcelona, 1989.

económicas de la inmigración; y por ser (inicialmente) individual (de varones o de mujeres). En suma se trata de una emigración diferente de la existente en el primer período, con un perfil del inmigrante notablemente diferenciado al de la década de los 80. Un inmigrante dotado de, usualmente, menor nivel económico que los característicos de la primera etapa, y normalmente proveniente de países de fuera de la Unión Europea, que se dirige hacia España como lugar donde encontrar trabajo, prosperar y ayudar a la familia que ha quedado atrás.

Una vez realizado un somero repaso de la evolución de la inmigración en España, conviene aproximar algunas cifras indicativas del perfil de la inmigración en nuestro país al día de hoy. En este sentido, resulta interesante aportar datos provenientes de dos fuentes oficiales: el Instituto Nacional de Estadística y el Observatorio Permanente para la Inmigración. Las cifras proporcionadas no son idénticas debido a que los organismos parten a su vez de dos fuentes diferentes, del padrón en el primer caso y de las cifras sobre autorizaciones de residencia en vigor en el segundo. Además, no se debe olvidar que el fenómeno de la inmigración irregular, ausente de contabilización alguna, aumentaría indudablemente las cantidades reflejadas en los respectivos estudios³.

En primer lugar, el Instituto Nacional de Estadística⁴ nos indica que a 1 de enero de 2007 el número de extranjeros empadronados en municipios españoles se situaba en 4,48 millones de personas, de las cuales 1,7 millones ostentaban la nacionalidad de Estados no pertenecientes a la Unión Europea. Desde 2006, los extranjeros empadronados aumentaron en un 8,17%. En 2007, los extranjeros más numerosos son los pertenecientes a países de la Unión Europea, que suman un total de 1,7 millones de personas. Dentro de éstos, destacan los ciudadanos rumanos (cerca de 525.000), seguidos por los del Reino Unido (más de 314.000), alemanes (cerca de 164.000) e italianos (unos 135.000). Entre el colectivo de extranjeros no comunitarios, los ciudadanos marroquíes son los más numerosos

³ España es, hoy por hoy, uno de los países con mayor número de inmigrantes en situación administrativa irregular, pese a su bajo número total de inmigrantes, junto con Austria, Francia y Portugal. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.: "Movimientos migratorios contemporáneos", en RAMOS DOMINGO, J. (coord.): *Hacia una Europa multicultural. El reto de las migraciones*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca, 2002, p. 49.

⁴ Informe de 11 de junio de 2007. Avance del padrón municipal a 1 de enero de 2007 (datos provisionales).

(más de 576.000), seguidos de los ecuatorianos (más de 421.000), y los colombianos (casi 259.000). También cabe destacar los aproximadamente 200.000 bolivianos y 140.000 argentinos.

En segundo lugar, el Observatorio Permanente para la Inmigración proporciona igualmente esclarecedores datos sobre la materia. De acuerdo con las últimas cifras ofrecidas por este organismo⁵, a 31 de marzo de 2007 se contabilizaban en España 3.236.743 extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor. Entre esas personas, 2.207.123 extranjeros (el 68,19% del total) estaban incluidos en el Régimen General, mientras 1.029.620 (el 31,81%) lo estaban en el Régimen Comunitario. Según el continente, el 34,97% de los extranjeros eran iberoamericanos, el 31,50% eran nacionales de países pertenecientes a la Europa Comunitaria, el 23,20% africanos, el 6,47% asiáticos, el 3,22% eran europeos de países no comunitarios, el 0,57% norteamericanos, y el 0,06% nacionales de países de Oceanía. De 1.123 personas no constaba la nacionalidad o figuraban como apátridas. Según la nacionalidad, los colectivos mayoritarios al finalizar marzo de 2007 eran el marroquí (575.460 personas), el ecuatoriano (394.040), el rumano (264.928), el colombiano (237.468) y el británico (179.202), representando los ciudadanos de estas cinco nacionalidades el 51,03% del total de extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor en España en la fecha señalada.

En conclusión, a los efectos del presente estudio se hace necesario resaltar un dato esencial: la llegada a España de nacionales de Estados de cultura jurídica alejada de la occidental -no europeos esencialmente- es un fenómeno manifiesto en la actualidad, que va en aumento además con los años. Esta realidad de índole social tiene una incidencia directa sobre el mundo jurídico, y, entre las diferentes ramas del Derecho, también y especialmente sobre el Derecho internacional privado. El texto se centra a continuación en desarrollar en qué medida afecta la nueva situación social a la específica materia del Derecho aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

⁵ SECRETARÍA DE ESTADO DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN, OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN. "Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor a 31 de marzo de 2007".

II. LA INCIDENCIA DEL NUEVO PERFIL DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN EL DERECHO APLICABLE A LAS SUCESIONES: LA APLICACIÓN DE LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

El Derecho internacional privado se dirige a regular las situaciones privadas internacionales que se presentan en la *praxis* diaria, de ahí la necesidad de que sus soluciones se adecuen al entorno social en el que se enmarca. En este sentido, no cabe duda de que el perfil que presenta la sociedad como consecuencia de la irrupción de las migraciones incide notablemente sobre el modelo de Derecho internacional privado, y ello tanto en su configuración teórica como, una vez configurado, en su aplicación práctica.

Así ha ocurrido igualmente respecto del concreto sector del Derecho aplicable a las sucesiones, que constituye, de hecho, un ejemplo paradigmático de interferencia entre esta rama del ordenamiento jurídico y el fenómeno sociológico de las migraciones internacionales, dado que el propio sistema español en la materia se configuró en sus inicios tomando en cuenta nuestra realidad de país de origen de nacionales al extranjero. La interrelación con las migraciones no es, por tanto, nueva, ya que la norma sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte se configuró para solucionar los problemas que, en un momento histórico concreto del país, provocaba la emigración española que estaba teniendo lugar.

Con anterioridad a los espacios temporales más recientes analizados anteriormente, entre 1846 y 1932, unos cinco millones de españoles emigraron al extranjero, esencialmente a América del Sur. Con ello no se hizo más que repetir lo sucedido en otros países europeos en esta misma época. Entre 1962 y 1976, otros dos o tres millones de españoles emigraron a países europeos, fundamentalmente a Francia, Alemania y Suiza. En este marco, la configuración de la norma de Derecho internacional privado en materia de sucesiones hizo que el Derecho patrio "siguiera" a estos españoles en su emigración al extranjero, al designar la ley de la nacionalidad -la ley española- como la reguladora de las sucesiones con elementos extranjeros. Se apreciaba de esta manera una primera vinculación entre el fenómeno migratorio y la configuración y desarrollo del modelo español de Derecho internacional privado en materia de sucesiones. Así, indica literalmente el vigente artículo 9.8 del Código Civil que:

"La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes".

Es decir, lo que el legislador español pretendió fue seguir vinculando la sucesión de los españoles emigrantes a la legislación española, lo que consiguió codificando el criterio de conexión "nacionalidad". De esta suerte, independientemente de donde se hallaran domiciliados, las autoridades españolas aplicarían a la sucesión de españoles el Derecho sucesorio español, correspondiente a la ley de su nacionalidad, lo que se ha interpretado como el "reflejo de la voluntad del Estado de extender lo más posible la aplicación de su Derecho en el exterior"⁶.

Más adelante, España se adhirió a la Unión Europea y comenzó a perder sus contornos clásicos de país de emigración, empezando a acoger más españoles retornados y extranjeros que contabilizando emigrantes. Actualmente -lo hemos constatado ya con las cifras anteriormente expuestas-, este fenómeno incipiente se ha desarrollado. La situación migratoria se ha invertido completamente, constatándose una considerable mayor recepción de inmigrantes que emigración de nacionales a terceros países. En este sentido, España ha sufrido una inversión en términos migratorios, pasando de país de emigración a "nuevo país europeo de inmigración"⁷, sumándose así a otros Estados europeos más familiarizados con este fenómeno, como Gran Bretaña, Alemania o Francia.

⁶ CADET, F.: *Les transformations méthodologiques de l'ordre public en droit international de la famille, étude comparée France/Espagne*, ANRT Diffusion, Lille, 2004, p. 323.

⁷ ARANGO, J. Y MARTÍN, P.: "Best Practices to Manage Migration: Morocco-Spain", *International Migration Review*, Vol. XXXIX, number 1, Spring 2005, p. 258. *Vid. para un mejor conocimiento de esta etapa DE PRADA, M.Á.: "España, de país de emigración a país de inmigración", en ROQUE, M.Á. (ed.): Movimientos humanos en el Mediterráneo occidental*, Institut Català d'Estudis Mediterranis, Barcelona, 1989

En esta nueva etapa, el funcionamiento de la norma de conflicto española en materia de sucesiones se ha visto nuevamente afectada por el entorno que ha pasado a regular: una sociedad heterogénea, en la que conviven personas de diferentes nacionalidades, implicadas en situaciones privadas internacionales que, en el ámbito de lo jurídico, ponen en contacto los respectivos modelos normativos nacionales con el sistema legal español por medio del nexo "nacionalidad". Si bien la codificación de este criterio de conexión en materia de sucesiones conllevó en un inicio la aplicación de la normativa sucesoria española a las sucesiones de los españoles que emigraron al extranjero, desde el momento en que España comenzara a acoger a personas de nacionalidad distinta a la española los operadores jurídicos comenzaron a aplicar esta misma norma de conflicto para regular estas sucesiones con elementos de extranjería, pasando así a considerar legislaciones sucesorias extranjeras (esto es, las normativas correspondientes con las nacionalidades de los fallecidos).

Una vez determinado el Derecho sucesorio a aplicar, la solución puede resultar más o menos problemática dependiendo de la vecindad jurídica con nuestro sistema de dicha normativa extranjera. Dicho de otro modo, la labor del operador jurídico en la aplicación de legislaciones extranjeras deviene más compleja y dificultosa cuanto más diferenciadas son las normativas en contacto: la foránea determinada por la norma de conflicto y la del foro⁸. De hecho, la pluralidad con que se ve regulada la sucesión *mortis causa* en los diferentes países del mundo muestra un importante elenco de afinidades y diferencias entre las diferentes legislaciones, que bien pueden provocar múltiples colisiones entre sistemas. El grado de problematismo suscitado es susceptible de clasificarse en dos grupos, atendiendo a las dos etapas en que se ha dividido la Historia de España como país receptor de extranjeros.

En un primer momento, el Derecho internacional privado español se desarrolló en torno a una realidad que ha sido calificada como mayoritariamente "occidental", debido a que las situaciones privadas internacionales conocidas en España se relacionaban esencialmente con nacionales de países occidentales, pertenecientes al primer grupo de extranjeros instalados en España (de nacionalidad alemana, británica o estadounidense, por poner algunos ejemplos). De esta

⁸ LABRUSSE, C.: "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Séance du 21 mai 1976, p. 118.

manera, nuestro sistema entraba en contacto básicamente con sistemas jurídicos extranjeros que aun pudiendo contener diferencias notables respecto del nuestro, comparten planteamientos similares en las cuestiones básicas del modelo de organización social.

Hoy, no obstante, esta situación está en proceso acelerado de cambio como consecuencia de la llegada a España de aquellos nuevos flujos migratorios a los que se hacía referencia, de origen diferente a los que en un inicio desembocaron en nuestro país. Desde hace tan sólo unos años, están arribando extranjeros que provienen de países que se encuentran fuera de la órbita jurídica occidental en la cual se venía desarrollando el modelo de Derecho internacional privado español: nacionales de Marruecos, Ecuador o Rumania, entre otros. La llegada a España de este segundo tipo de extranjeros ha afectado notablemente al funcionamiento de nuestro sistema de Derecho internacional privado, y, en particular, al concreto funcionamiento de la norma de conflicto española en materia de sucesiones. Esta norma de conflicto debe hoy aplicarse a "nuevas sucesiones", con la consecuente necesidad de aplicar normativas "de cultura diferenciada" a la nuestra, tanto desde el punto de vista social como jurídico.

Esta calificación bien podría consignarse de un importante número de ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo. Entre ellos, un grupo numeroso engloba numerosos Estados de tradición islámica. La relevancia de la que se dota a este conjunto de países en el presente estudio se justifica por dos motivos: en primer lugar, por las apreciables diferencias entre los principios que inspiran a estos modelos y los que subyacen tras los considerados occidentales -entre los que se encuentra España-; y, en segundo lugar, por el elevado número de extranjeros presentes en Europa -y, por ende, en España- procedentes de estos Estados.

Por lo que respecta en concreto a España, y contando con que resulta extremadamente difícil determinar el número exacto de extranjeros instalados en el país -debido esencialmente, como decíamos, a la imposibilidad de reflejar el número de extranjeros en situación de irregularidad administrativa, fenómeno además especialmente presente entre la migración magrebí-, las fuentes estadísticas oficiales y diferentes investigaciones coinciden en mostrar que la comunidad musulmana inmigrante habría experimentado un significativo incremento en los últimos quince años. Si a finales de los ochenta los primeros estudios sobre los inmigrantes musulmanes cifraban en unos 175.000 el número de los mismos, en la actualidad

la cifra prácticamente se habría triplicado⁹. Así, hoy por hoy se cifra en unos 600.000 el número de inmigrantes que proceden de países en los que el Islam es la religión y la cultura de referencia mayoritaria de la población, destacando además que la gran mayoría de ellos ostenta la nacionalidad marroquí¹⁰.

Esta importante presencia se explica por diversas razones. En primer lugar, por las relaciones con Marruecos, tanto por lo que respecta a los movimientos de mercancías como a los de personas. En segundo lugar, por la existencia de una etapa colonial previa, que ha dejado vestigios culturales. En tercer lugar, se ha considerado que la presencia de población española aún residente en las viejas ciudades coloniales españolas (Tánger, Tetuán, Larache, Alhucemas, etc....) ha podido igualmente actuar como factor de emigración de marroquíes de la zona, por medio de la provisión de contactos o información. En cuarto lugar, la cercanía de España con Marruecos y el hecho de que Ceuta y Melilla, dos ciudades españolas, se encuentren en la frontera terrestre con la marroquí. Finalmente, la permeabilidad de las fronteras, difícilmente controlables por su longitud y situación, hace que la inmigración clandestina sea algo cotidiano¹¹. Y es que, como oportunamente se ha señalado, la inmigración en España nos recuerda que los catorce kilómetros que separan los dos países vinculan dos sociedades vecinas por el hecho de que están destinadas a vivir fenómenos sociales de forma conjunta¹².

En conclusión, si decíamos que la llegada a España de extranjeros provenientes de países que se encuentran fuera de la órbita de Occidente habría influido en el funcionamiento del Derecho internacional privado de sucesiones ante la presencia de "nuevas sucesiones", el hecho de que la mayor parte de estos inmigrantes resulten ser originarios de países en los que rige el Derecho islámico (Marruecos esencialmente) -fenómeno que tiene además vistas de

⁹ LACOMBA, J.: "La inmigración musulmana en España. Inserción y dinámicas comunitarias en el espacio local", *Migraciones*, diciembre 2005, p. 48. Este dato, es cierto, incluye las personas que profesan la religión musulmana, que no necesariamente tienen que coincidir con extranjeros nacionales de países de Derecho islámico, pero es evidente que muchos de ellos lo serán.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹¹ RAMÍREZ, Á.: *Migraciones, Género e Islam, mujeres marroquíes en España*, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1998, pp. 196-197.

¹² RIBAS MATEOS, N.: *Una invitación a la sociología de las migraciones*, Bellaterra, Barcelona, 2004, p. 31.

continuar en la misma línea porque Europa necesita más inmigrantes, y los países musulmanes del Mediterráneo se encuentran muy próximos geográficamente¹³- no hace sino añadir un plus de incidencia y, por lo tanto, de complejidad, en el modelo.

Resulta por ello interesante detenerse a estudiar algunos de los problemas que pueden plantearse en el ámbito de la aplicación de legislaciones sucesorias islámicas, aquellas que aplican -y aplicarán cada vez con mayor frecuencia- los operadores jurídicos españoles cuando se trata de conocer de la sucesión de una persona que ostenta la nacionalidad de un Estado de cultura jurídica islámica.

III. ORDENAMIENTOS ISLÁMICOS: NUEVOS RETOS PARA LA PRÁCTICA ESPAÑOLA.

La fuerte presencia en España de inmigrantes procedentes de países de Derecho islámico refleja sobre la materia serios problemas de adaptación entre sistemas, ya que la irrupción en el panorama español cada vez con mayor frecuencia de nuevos sistemas sucesorios basados en principios y fundamentos alejados del Derecho sucesorio español provoca espinosos conflictos de sistemas con los que la práctica española empieza forzosamente a familiarizarse.

La fuente principal del Derecho de familia islámico y, por ende, del Derecho sucesorio, es la Ley islámica o *Shâ'ria*, es decir, el Derecho construido alrededor del Corán. De todas las ramas jurídicas, el Derecho de familia es el que tiene un fundamento religioso más sólido en la *Shâ'ria*. Las normas sobre familia se configuran como una materia altamente sensible en los países musulmanes, hasta tal punto que en muchos es el único campo que sigue basado en las nociones islámicas de moralidad¹⁴. Por lo que respecta al ámbito sucesorio, los versículos coránicos que tratan sobre las sucesiones son los más numerosos y los más detallados entre los que disfrutan

¹³ FARGUES, P.: "Arab Migration to Europe: Trends and Policies", *International Migration Review*, Vol. XXXVIII, number 4, winter 2004, p. 1358. El autor señala gráficamente que los países africanos del Mediterráneo constituyen "la más cercana piscina de potenciales migrantes" hacia Europa.

¹⁴ MOORS, A.: "Introduction: Public Debates on Family Law Reform Participants, Positions, and Styles of Argumentation In The 1990s", *Islamic Law and Society*, Vol. 10 nº1, 2003, p. 2.

de un carácter legal. Fuera de Turquía, que adoptó en su día el Código civil suizo, ningún legislador musulmán se ha atrevido seriamente a reformar su Derecho sucesorio obviando estas reglas¹⁵.

A partir de esta base, la ausencia de uniformidad entre los Derechos originados en la *Shâr'ia* nos obliga a atender a principios generales, para de esta manera evitar un exagerado casuismo. Además es preciso tener en cuenta que existen diversas interpretaciones del texto Divino. Cabe mencionar así los ritos malekita y hanefita, siendo que el primero se halla más ligado a la tradición, mientras el segundo es, comparativamente, más renovador. En suma, se hace necesario hablar en términos generales de "Derecho islámico", sin que ello obste para que, teniendo en cuenta el perfil inmigratorio español, tomemos en ocasiones como referencia el Código de Familia marroquí o *Moudawana*¹⁶ u otras legislaciones civiles de diferentes países de tradición musulmana con presencia en España por su vecindad geográfica, como Argelia¹⁷ o Túnez¹⁸.

Estas distintas normativas civiles musulmanas son fruto de circunstancias diferenciadas a pesar de su origen religioso común, basado en la tradición legitimada como musulmana. Así, el Código marroquí es el producto de una lucha entre sectores de la sociedad, que mantienen modelos socioeconómicos muy definidos. En el caso de Túnez, en cambio, no existió tal lucha, indicando el Código de este país un intento de transformar una sociedad que acababa de salir del colonialismo¹⁹. Las tres normativas -marroquí, tunecina y argelina- presentan además importantes diferencias entre sí, como por ejemplo el hecho de que el ordenamiento jurídico tunecino haya adoptado una actitud modernizadora frente al sistema musulmán clásico, a diferencia de los Códigos sobre el estatuto personal de Marruecos y Argelia, que siguen más detalladamente los principios

¹⁵ CHARFI, M.: "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1987 (III), p. 393.

¹⁶ La *Moudawana*, cuya última reforma entró en vigor el 5 de febrero de 2004, por ley n°03-70 sobre el Código de Familia, Dahir n°1-04-22 de 3 de febrero de 2004 (Bulletin Officiel du Maroc, n°5184).

¹⁷ Código de la Familia de 9 de junio de 1984.

¹⁸ Código sobre el Estatuto Personal de 1956, modificado por Ley n°58-70 de 4 de julio de 1958.

¹⁹ RAMÍREZ, Á.: *Migraciones, Género e Islam...*, *op.cit.*, p. 53.

generales de la *Shâ'ria*, considerándola además específicamente como Derecho supletorio a lo dispuesto en ellos en materia de sucesión testada e intestada.

En este sentido, la legislación en la que los derechos civiles de hombres y mujeres están más alejados, es la argelina²⁰. Cabe destacar, por el contrario, los esfuerzos modernizadores de la *Moudawana*, o Código de Familia de Marruecos, que se mantiene fiel a la interpretación del Derecho musulmán clásico de la escuela malekita, aunque ha sido reformado en diversas ocasiones en los últimos años, en la búsqueda de un espíritu más moderno y acorde con la nueva sociedad musulmana. La última reforma tuvo lugar por Ley n°70-03, publicada en el Boletín Oficial el 5 de marzo de 2004. Pero el resultado final dista de la abolición de las instituciones más problemáticas desde el punto de vista discriminatorio, aunque se ha intentado someterlas a ciertas restricciones.

Retomando el estudio de la normativa islámica considerada en términos generales, los principales inconvenientes de adaptación con nuestro sistema en materia de sucesiones refieren a la existencia de evidentes divergencias en cuanto a los planteamientos ideológicos de los respectivos modelos de organización social. De hecho, para entender cómo se articula la legislación sucesoria musulmana es preciso conocer que ciertas posturas encuentran su razón de ser en la concepción de la familia que impera en los países en los que rige la Ley islámica. Patriarcal ante todo, la familia musulmana ordena las relaciones entre sus miembros sobre el principio de jerarquía, atendiendo a la edad, al parentesco, al sexo, etc. Este principio explica la autoridad del patriarca y los ancianos sobre los jóvenes, pero también la autoridad del marido respecto a su esposa, y, en general, la autoridad del hombre respecto a la mujer. El privilegio de masculinidad adquiere de esta manera un papel protagonista, lo que conlleva que la mujer quede generalmente en un segundo plano, sufriendo una manifiesta situación de inferioridad en diversos ámbitos relacionados con la familia, como el sucesorio.

Pero la situación de la mujer no es la única que, en su caso, podría encontrarse con dificultades en su entrada en contacto con los sistemas occidentales. De esta suerte, los planteamientos relativos al modelo de organización social descritos se plasman también en la materia sucesoria por medio de la presencia de otras reglas e

²⁰ *Ibidem*, p. 57.

instituciones sucesorias fuertemente discriminatorias respecto de otros grupos de sucesores.

Así, además de la regla por la que se discrimina a las mujeres, se aprecia asimismo un tratamiento desigual por razón de la filiación del heredero, lo que redundará en perjuicio de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Y de modo similar, la religión adquiere en estos sistemas un papel relevante conllevando de la misma manera tratamientos desiguales, en dos frentes: primero, al impedir el disfrute de derechos sucesorios recíprocos entre musulmanes y no musulmanes; y segundo, por el tratamiento otorgado a la apostasía, ya que es penalizada, entre otros, también a efectos sucesorios.

Nos detendremos a estudiar con mayor detenimiento cada una de estas reglas, susceptibles de generar desigualdades a los ojos de los sistemas occidentales. Pero con anterioridad resulta decisivo conocer que ciertas reglas sucesorias de corte discriminatorio se fundamentan en el ordenamiento musulmán en la consideración de tres condiciones para suceder, que actúan como *conditio sine qua non* para ostentar la cualidad de heredero²¹.

- ◆ En primer lugar, el eventual heredero debe existir en el momento de la apertura de la sucesión. En el supuesto de concebidos no nacidos, se respetan sus derechos hereditarios siempre que nazcan antes de nueve meses desde el fallecimiento del causante. En el caso de viudas que se han vuelto a casar, los hijos concebidos tendrán expectativas hereditarias si nacen antes de seis meses desde la muerte del marido.
- ◆ En segundo lugar, se requiere la presencia de un vínculo que otorgue la condición de heredero. Este vínculo nace, o bien de la relación de parentesco de consanguinidad con el fallecido, o bien de matrimonio válido. En consecuencia, se excluye la vocación hereditaria en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o repudio, así como los derechos sucesorios de los nacidos fuera del matrimonio.
- ◆ Una tercera y última condición para ostentar la cualidad de heredero exige no ser inhábil para heredar según la ley. De esta

²¹ MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico, Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, p. 107.

suerte, se declara inhábil a los apóstatas y a los no musulmanes respecto a sucesiones intestadas de musulmanes. A éstos se añade los condenados en firme por delito de homicidio voluntario.

Dicho esto, el estudio se centrará en primer lugar en analizar las reglas discriminatorias mencionadas desde una perspectiva material o sustantiva, para a continuación estudiar el tratamiento internacional privatista que las mismas han recibido por parte de la práctica y de la doctrina de algunos países europeos representativos. Dicho estudio se centrará básicamente en extraer de los materiales analizados la actitud mostrada frente a dichas reglas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de distintos países, y, en concreto, el papel otorgado al orden público internacional como mecanismo de gestión de los conflictos de sistemas.

A) Discriminaciones de sucesores por razón del sexo, de la filiación y de la religión.

Algunas instituciones sucesorias son más susceptibles que otras de colisionar con otros sistemas cuando son exportadas desde los países en cuyas legislaciones se configuran. Se trata de figuras particulares de los ordenamientos jurídicos en cuestión, en muchas ocasiones enraizadas en principios considerados esenciales por estos, y en otras incluso provenientes de las Sagradas Escrituras de alguna religión. Estas características les imprime una magnitud y un carácter que provoca dos efectos según la perspectiva: *ad extra* dificulta su introducción en los ordenamientos de recepción, y *ad intra* imponen la barrera del orden público del foro ante la presencia de una ley extranjera teóricamente llamada a ser aplicada en el mismo que pudiera atentar contra esas figuras.

La mayoría de estos problemas, generados por la entrada en contacto de los ordenamientos occidentales y los ordenamientos de los países de origen de los inmigrantes, vendrían centrados en el ámbito de los sucesores. Es más, el nuevo perfil inmigratorio de nuestro país y del resto de Occidente ha provocado la aparición de nuevos problemas de colisión de sistemas en un campo muy definido: la introducción de figuras del Derecho musulmán que discriminan a determinados sucesores, y ante las que, por esta razón, se plantea la eventual invocación de la excepción del orden público internacional.

Lo cierto es que siempre han existido discriminaciones en el campo de las sucesiones. En Europa y en otros países de corte occidental también se han constatado históricamente reglas sucesorias que no trataban de forma igualitaria a determinados herederos del mismo grado. Pero, si bien en este contexto se ha apreciado una paulatina desaparición de dichos tratos discriminatorios en el nivel sustantivo, ahora vuelven a hacerse presentes con mayor intensidad ante la entrada de ordenamientos que los mantienen, fundamentalmente los de origen musulmán.

Tanto en el plano de Derecho sustantivo como en la recepción de figuras extranjeras como consecuencia de la aplicación de la norma de conflicto en materia de sucesiones, destacan las desigualdades sufridas en sus derechos sucesorios por ciertos grupos de herederos que se han venido enfrentando a reglas sucesorias discriminatorias basadas, tradicionalmente, en razones de sexo, de filiación o de religión.

a) Discriminación por razón del sexo.

La mujer ha sido históricamente discriminada en todas las culturas y religiones. Algunas prácticas actuales son además muy llamativas, en atención a su gravedad y a la vulneración de Derechos Humanos universalmente reconocidos. Nos referimos a reglas sucesorias vigentes en costumbres de culturas arcaicas, que no pasarían el tamiz del orden público internacional de la mayor parte de los Estados occidentales del planeta. Destacan algunas costumbres africanas que no se contentan con excluir de las sucesiones a las viudas, sino que las llegan a considerar como parte de la masa hereditaria, pasando a pertenecer al hijo heredero. Afortunadamente se ha constatado que este tipo de instituciones arcaicas no suelen trascender a la vida internacional²².

Pero no es necesario adentrarse en culturas tan lejanas para confirmar la discriminación de la mujer. Es suficiente con recordar las luchas a favor de la igualdad de derechos con el hombre que siguen teniendo lugar en la actualidad, para verificar que la desigualdad se ha producido incluso en los países occidentales más concienciados con

²² Rapport provisoire (mars 2003-révisé juillet 2004) "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille" en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 71, Tome I, p. 45.

este problema. La Historia refleja efectivamente cómo la mujer puede verse discriminada en el ámbito de las sucesiones en diferentes situaciones: en calidad de cónyuge supérstite, de hermana, de hija, de madre... Este dato es constatable tanto respecto de algunas legislaciones europeas occidentales como del Derecho islámico.

En el ámbito europeo, algunos modelos han previsto y prevén disposiciones que atentan contra el derecho a la igualdad de la mujer. Remontándonos en el tiempo, el Derecho romano no atribuía en sus orígenes derechos sucesorios al cónyuge, quien era considerado extraño a la familia. Sólo el casamiento *manu maritis* concedía a la viuda el carácter de *filia familia*, lo que le otorgaba vocación sucesoria respecto al cabeza de familia²³. Desde entonces, su situación jurídica ha evolucionado notablemente, como consecuencia de la propia evolución del Derecho de familia. A esta evolución ha coadyuvado también, entre otros factores, el abandono del concepto patriarcal de la familia y el progresivo reconocimiento de la igualdad económica y jurídica de los cónyuges en los países occidentales.

Esta equiparación de derechos ha tenido su lógico reflejo en la normativa en materia de sucesiones. Así, en Europa, se ha apreciado en general un notable avance en el reconocimiento de derechos sucesorios, donde los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen hoy al cónyuge supérstite (sobretudo a la esposa) han sido objeto de una evolución favorable al interés del mismo²⁴. España constituye una muestra paradigmática de todo lo anterior. En Holanda, por citar otro ejemplo, se ha producido asimismo una drástica mejora en su situación, ya que hasta 1923 heredaba tras doce parientes, ocupando ahora la misma posición que los hijos²⁵.

Por el contrario, esta evolución hacia la equiparación que se ha constatado en el ámbito europeo, no es patente en todos los ordenamientos o ámbitos geográficos. Y el Derecho musulmán es un buen ejemplo de ello. Se ha adelantado anteriormente al introducir este sistema jurídico que existen ciertamente en el mismo ciertas

²³ ZABALO ESCUDERO, M^a E.: *La situación jurídica del cónyuge viudo, Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 15.

²⁴ GRAUE, E. D.: "The Rights of Surviving Spouses under Private International Law", *American Journal of Comparative Law*, 1967, p. 164.

²⁵ VAN DER BURGHT, G. y DOEK, J.E.: en "The Netherlands", *International Encyclopaedia of Laws, Family and succession*, 2002.

previsiones conducentes a la discriminación de la mujer. En efecto, con base en el privilegio de masculinidad, en caso de concurrir a la herencia familiares de distinto sexo, los derechos sucesorios de las mujeres se ven normalmente disminuidos o eliminados ante la presencia de varones con posibilidades de suceder. El sexo del heredero tiene, ciertamente, una importancia profunda en la determinación de los respectivos derechos sucesorios²⁶.

A pesar de ello, algunos autores musulmanes han afirmado que este ordenamiento jurídico ha establecido la igualdad entre el hombre y la mujer. Aunque éstos mismos se apresuran a afirmar al mismo tiempo que esta igualdad no significa que hombres y mujeres se beneficien de los mismos derechos²⁷.

En efecto, a los ojos de aquellos que se aventuran a investigar sobre el estatuto de la mujer en el Derecho islámico desde una perspectiva de respeto a la igualdad entre sexos, se concluye rápidamente que son muchas las carencias que éste adolece por lo que se refiere a esa, a nuestro parecer, indubitada exigencia de igualdad, así como en relación con el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. A pesar de ello, ante el propio reconocimiento de que no se ha realizado (ni se pretende realizar) un estudio exhaustivo sobre el estatuto personal de la mujer en el Islam, y ante el riesgo de caer en los tópicos y prejuicios habituales en el ámbito en el que nos movemos, nos limitaremos a apuntar cómo se reflejan esas desigualdades en la materia sucesoria.

El terreno esencial en el que se pone de manifiesto esta falta de equiparación se encuentra en la problemática de la distribución legal de la herencia. En este sentido, el Versículo 11 del Capítulo IV del Corán dispone que *"al hombre le corresponde una porción igual que a*

²⁶ LAPANNE-JOINVILLE, M.: *Les principes fondamentaux du droit de succession musulmane* (rite malékite), Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, Tome III, 3ème partie, Supplémento all'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Volume XXXI, Edizione dell'Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, 1953, p. 3.

²⁷ ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A.: "La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman", Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Bristol 1998, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1998, p. 14.

*la de dos mujeres*²⁸. En la sucesión entre cónyuges, el marido hereda de su mujer fallecida la mitad de la herencia, o un cuarto en caso de concurrir con hijos, mientras que la mujer heredaría la mitad de esas cantidades en caso de fallecimiento del esposo, es decir, un cuarto o un octavo en este último supuesto (Corán 4:12, que se refleja en la combinación de los artículos 342²⁹, 343³⁰ y 344³¹ de la *Moudawana* marroquí, y en el artículo 160 del Código argelino³²). En el caso de que el fallecido dejara hijos, al varón le correspondería el doble que a la hija (artículo 103.3 del Código del Estatuto Personal tunecino³³).

En pocas palabras, la mujer hereda la mitad que el hombre, ya sea en la posición de cónyuge que sobrevive al esposo, ya sea como pariente en el mismo grado de parentesco (la hija en concurrencia con el hijo, la nieta con el nieto o la hermana con el hermano). Además, hay ciertos familiares de sexo femenino que no son nunca llamadas a suceder, mientras que los varones del mismo parentesco y grado sí

²⁸ NAZEEM M. I. GOOLAM: NAZEEM M. I. GOOLAM: "Gender Equality in Islamic Family Law" en *Law in motion, International Encyclopaedia of Laws*, World Conference, Brussels, 9-12 September 1996, Kluwer Law International, 1997, p.755.

²⁹ Artículo 342 Moudawana: "Los herederos con derecho a una parte Fardh, igual a la mitad de la sucesión, son cinco: el esposo, a condición de que su esposa no haya dejado descendencia alguna con vocación sucesoria tanto masculina como femenina; (...)". Traducción de la autora.

³⁰ Artículo 343: "Los herederos con derecho a una parte Fardh igual al cuarto de la sucesión, son dos: el esposo, en concurso con la descendencia de la esposa con vocación sucesoria; la esposa, en ausencia de descendencia del esposo con vocación sucesoria". Traducción de la autora.

³¹ Artículo 344: "Un solo heredero Fardh puede recibir un octavo de la sucesión: la esposa, cuando su esposo deje descendencia con vocación sucesoria". Traducción de la autora.

³² Artículo 160 del Código de la Familia de 9 de junio de 1984: "Los herederos que se benefician de una doble reserva son cinco: el marido, la viuda, la madre, la hija del hijo y la hermana consanguínea. 1º) el marido recibe la mitad de la sucesión en defecto de descendiente y el cuarto si hay descendencia. 2º) la o las viudas reciben el cuarto en defecto de descendencia del de cuius y la octava parte si hay descendencia.(...)". Traducción de la autora.

³³ Artículo 103.3 del Código del Estatuto Personal promulgado por Ley de 13 de agosto de 1956: "cuando (las mujeres) intervienen en calidad de herederas con sus hermanos, (...) su participación se efectuará siguiendo el principio según el cual el heredero de sexo masculino tiene una parte doble de aquella atribuida a un heredero de sexo femenino". Traducción de la autora.

que lo son³⁴. Tampoco gozan de derechos sucesorios los descendientes de la hija (ni el nieto ni la nieta por parte de la hija, es decir, no existe posibilidad de heredar por esta vía materna)³⁵.

Se ha encontrado una justificación a esta regla en el hecho de que los hombres de la familia asumen la carga de hacer frente a los gastos de los supervivientes de la familia del difunto, responsabilidad que no incumbe a las mujeres, que quedan por esta razón exentas de esta obligación. El marido tiene el deber de continuar con el mantenimiento de los hijos, mientras que la mujer que hereda del marido está dispensada de ello. De la misma manera, los hijos varones deben mantener a su madre en caso de necesidad, incluso con su propio patrimonio, no ocurriendo así respecto de las hijas³⁶.

La base legal para estas soluciones es clara. Y el resultado también por cuanto convierte a la mujer socialmente dependiente del hombre. Es más, dar por justificada esa discriminación (el derecho a la mitad de lo que heredaría el varón) por esta razón (la "dispensa" de la obligación de alimentar a los hijos de su difunto marido, o, en otras palabras, el impedimento de participar en la organización familiar) sería como entender que una discriminación se compensa con otra, lo cual es, cuanto menos, criticable.

Esta situación, controvertida desde la perspectiva occidental, también ha generado en los últimos tiempos controversias en el seno del propio mundo musulmán. De hecho, la necesidad de una reforma del Derecho de familia ha sido un tema discutido durante los años 90 en el mundo islámico³⁷. Resulta paradigmático en tal sentido el ya mencionado caso de Marruecos, país que ha visto recientemente reformado su Derecho de familia -en 2004 concretamente-. A lo largo de su lectura se aprecia un esfuerzo notable de modernización de ciertos conceptos que así lo requerían, bien por la connotación denigrante que cargaban sobre la mujer, bien por su incompatibilidad

³⁴ Vid. la esclarecedora tabla ilustrativa en TANZEEM, F.: *Islamic Law and Judiciary: Trend-setting Judicial Pronouncements on Islamic Law since 1950*, Deep anddeep, Nueva Delhi, 2001, p. 209.

³⁵ LAPANNE-JOINVILLE, M.: *Les principes fondamentaux...*, cit., p. 4.

³⁶ ALDEEB, S. y BONOMI, A. (éd.): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, p. 310.

³⁷ MOORS, A.: "Introduction: Public Debates on Family Law Reform...", cit., p. 1.

con la realidad socio-jurídica actual³⁸. Estas reformas, que han permitido una cierta evolución hacia la igualdad de sexos, han sido consideradas no sólo el resultado de una profunda modificación legislativa en el ámbito del Derecho de familia marroquí, sino además "uno de los cimientos básicos sobre los que se pretende sustentar nada más y nada menos que la modernización de toda una sociedad"³⁹.

Aún así, se ha advertido cómo el nuevo Código continúa manteniendo ciertas "sombras", al recoger "instituciones e impedimentos desconocidos para nuestra área cultural"⁴⁰. Entre otras cuestiones, se ha perdido la oportunidad de equiparar los derechos sucesorios de los cónyuges, al mismo tiempo que otras comprometidas desigualdades no han sido ni matizadas. Sí se ha apreciado por el contrario una mejora en los derechos sucesorios de los nietos, quienes, independientemente de su sexo, pueden desde entonces heredar de su abuelo materno (artículo 369 *Moudawana*⁴¹). Pero a pesar de este tímido avance, la doctrina se muestra pesimista sobre una futura erradicación de las diferencias por razón de sexo y de filiación en Marruecos⁴².

b) Discriminación por razón de la filiación.

La eventual dificultad en la aceptación de la discriminación de los herederos por razón de la filiación que pudiera resultar de la aplicación de una legislación islámica parte de la proclamación de la igualdad de

³⁸ ZEKRI, H.: "El nuevo Código de Familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVI-2004, núm. 1, enero-junio 2004, pp. 303-304.

³⁹ DIAGO DIAGO, M^a P.: "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVI (2), 2004, p. 1078.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Artículo 369 *Moudawana*: "Cuando una persona fallece dejando nietos nacidos de un hijo o de una hija fallecida con anterioridad o al mismo tiempo que ella, estos nietos se benefician, en el límite del tercio disponible de la sucesión, de un legado obligatorio, según la partición y conforme a las condiciones enunciadas en los siguientes artículos". Traducción de la autora.

⁴² QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "La réception du nouveau Code de la Famille marocain (*Moudawana* 2004) en Europe", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, setembre 2004, p. 894.

los hijos a efectos sucesorios -independientemente del estatus marital de los progenitores- en la gran mayoría de los sistemas occidentales. No obstante, la situación no ha sido siempre ésta en el panorama comparado, ya que la filiación ilegítima ha supuesto un obstáculo en el reconocimiento de derechos sucesorios históricamente en un amplio número de Estados.

Sin ir más lejos, el Derecho civil español discriminó gravemente y durante largo tiempo a los hijos extramatrimoniales, pero la reforma de nuestro Código civil en materia de filiación (Título V del Libro I) operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, produjo la equiparación de la filiación matrimonial y la no matrimonial en cuanto a sus efectos (artículo 108 Cc). Por lo tanto, hoy es posible afirmar gráficamente que hay clases de filiación por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación, pero no hay clases de hijos, porque todos ellos son iguales⁴³.

De igual modo, las tendencias internacionales relacionadas con la salvaguarda de los Derechos Humanos y de los derechos del niño han contribuido a la paulatina supresión de esta diferenciación en otros países, en la misma evolución hacia el reconocimiento de derechos a favor de los hijos extramatrimoniales que ha sufrido la legislación española. A pesar de ello, siguen constatándose tales discriminaciones en algunos países, localizados habitualmente en un concreto entorno geográfico y del que el Derecho islámico es un claro ejemplo, aunque no el único.

Concretamente por lo que respecta a los sistemas musulmanes cabe afirmar como punto de partida que los hijos nacidos fuera del marco matrimonial carecen de derechos sucesorios. El Derecho musulmán se aleja así de nuevo de los principios que imperan en los sistemas occidentales, al prever, no sólo la desigualdad por razón de sexo, sino también la diferenciación de derechos sucesorios por razón de la filiación.

⁴³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^aB.: *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 35. En relación con la filiación adoptiva, vid. asimismo el comentario de la STC 33/1983, de 4 de mayo de 1983, Recurso de Amparo nº289/1982 en ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J.: "El principio de igualdad de los hijos en el marco constitucional, en relación a los hijos adoptados en forma simple", *Liber Amicorum Prof. D. Ignacio de la Concha*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1986.

En el Derecho de familia islámico, el parentesco se transmite por línea masculina. La legitimidad de la filiación se fundamenta, pues, en la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo⁴⁴. Si éste nace durante el matrimonio o en un determinado tiempo posterior a su disolución que permita deducir que su concepción fue matrimonial, la ley establece una presunción *iuris tantum* de filiación legítima. El fundamento de esta presunción de legitimidad se encuentra en entender que, en el Derecho de familia de los países musulmanes, sólo el matrimonio funda la familia musulmana, constituyendo además el único cauce para el desarrollo de las relaciones entre el hombre y la mujer.

Una segunda posibilidad para atribuir la legitimidad a la filiación consiste en el reconocimiento del hijo por parte del padre, siempre que existan hechos que confirmen la paternidad, o al menos que no la impidan. Fuera de estas dos vías, no cabe otra forma de acreditar la paternidad. El Derecho musulmán ignora la filiación natural y prohíbe además la determinación de la filiación paterna vía judicial que no parta del padre. En contraste con los países más cercanos al nuestro en esta materia, el hijo, u otra persona en su representación, no puede instar declaración judicial de filiación paterna. La cuestión se plantea entonces ante los tribunales occidentales, quienes deberán decidir cuando conozcan de estos casos si la acción instada por el hijo se somete a esta regla en virtud de la norma de conflicto, y, por ende, debe inadmitir la demanda, admitirla en todo caso o hacerlo únicamente si el supuesto presenta condiciones de proximidad con el foro⁴⁵.

Como consecuencia de todo lo expuesto hasta el momento, el nacido fuera del matrimonio, o el nacido dentro de éste pero no reconocido por el padre, en pocas palabras, el hijo considerado ilegítimo, carece de todo derecho respecto de éste, y viceversa⁴⁶. Esto incluye la imposibilidad de acceder a cualquier derecho sucesorio derivado del

⁴⁴ MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico...*, op. cit., pp. 101 y ss.

⁴⁵ Exposé Préliminaire "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille" (1998) en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 71, Tome I, Session de Cracovie, 2005, p. 16.

⁴⁶ Por todos, RUTTEN, S.: "Moroccan Inheritance and Dutch Public Policy: A Judicial Perspective", *Relations Familiales interculturelles, Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Colección Oñati Papers, Guipúzcoa, 1999, p. 223.

fallecimiento del padre. Así se recoge en gran parte de las legislaciones de los países que han hecho suyo el modelo musulmán. Y así se formula explícitamente, por ejemplo, en el artículo 41 conjuntamente con el 126 del Código de familia argelino⁴⁷, así como en el artículo 148 de la *Moudawana* marroquí⁴⁸.

En el caso particular de Marruecos, se atisba cierta flexibilización de estas posturas en la legislación civil recientemente reformada. De esta forma, hay que añadir que la última reforma del Código de Familia de Marruecos (que como se señaló anteriormente tuvo lugar en 2004) ha introducido el reconocimiento de los hijos concebidos durante el periodo del noviazgo justo anterior a la boda. Pero los otros niños nacidos fuera del matrimonio no se benefician todavía de este derecho⁴⁹.

Si bien lo antedicho es válido en relación con la sucesión del padre, es preciso matizar que la suerte del hijo ilegítimo no es la misma respecto de la madre. A la sucesión de la madre están llamados todos sus hijos; y, a la inversa, en caso de que éstos fallecieran antes que la madre u otros ascendientes, estos últimos serían llamados a la sucesión del hijo⁵⁰. Siguiendo con el Código marroquí, éste declara en su artículo 146 que:

*"La filiación, resultante tanto de una relación legítima como ilegítima, es la misma en relación con la madre, por lo que respecta a los efectos que produce"*⁵¹.

Finalmente, lo afirmado hasta el momento debe de ponerse en relación con la aceptación de la poligamia en el Derecho musulmán, un dato que, unido al hecho de que la filiación se determina por vía paterna, hace que se consideren legítimos los hijos de todas las

⁴⁷ Artículo 126 Código de familia: "*Las bases de la vocación hereditaria son el parentesco y la calidad de cónyuge*". Traducción de la autora.

⁴⁸ Artículo 148 *Moudawana*: "*La filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación parental legítima, por lo que respecta al padre*". Traducción de la autora.

⁴⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "La réception du nouveau Code de la Famille marocain...", *cit*, p. 893.

⁵⁰ PANSIER, F. J. y GUELLATY, K.: *Le droit musulman*, CHEAM, Paris, 2000, pp. 55-56.

⁵¹ Traducción de la autora.

esposas, así como los de las concubinas⁵². En los ordenamientos occidentales, aunque desde otra perspectiva, todos los sucesores de primer grado suceden igualmente a su padre, pero no se hace depender esta vocación sucesoria de la determinación de la legitimidad de la filiación.

c) Discriminación por razón de la religión.

El hecho de que en origen se trate de un régimen que se aplica únicamente a una comunidad religiosa determinada provoca que se distinga entre las sucesiones puramente musulmanas y las que se producen entre musulmanes y no musulmanes. Si recordamos además las condiciones para suceder que requiere el ordenamiento islámico y que han sido mencionadas anteriormente, una de ellas hacía referencia a la "habilidad" para heredar según la ley, siendo que el Derecho islámico declara inhábiles a los no musulmanes y a los apóstatas respecto a las sucesiones intestadas de musulmanes.

Respecto de los primeros, podría decirse que la regla general es la exclusión de la sucesión *abintestato* de los no musulmanes⁵³ - también llamados en la terminología islámica infieles o *kafir*-, aunque sí que se permite la sucesión testada entre personas musulmanes y otras que no profesan tal fe⁵⁴.

Esta regla responde y se explica atendidas unas muy concretas circunstancias históricas particulares⁵⁵. En tiempos del Profeta, las relaciones entre musulmanes y no musulmanes eran conflictivas. Los vínculos sucesorios entre comunidades podían traer como consecuencia la transferencia de un bien de una a otra comunidad, con la consiguiente pérdida de riqueza de una de ellas en beneficio de la otra. Esta posibilidad provocaba fuertes reticencias y la consecuente aparición de este tipo de reglas. Ahora bien, se ha advertido que si bien esta norma se reproduce unánimemente en los

⁵² MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico...*, *op. cit.*, p. 95.

⁵³ Artículo 228 de la *Moudawana* marroquí. Sin embargo, Egipto es una excepción en este aspecto (artículos 875 y 915 del Código civil): BERGER, M. S.: "Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law Through the Backdoor", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, 2002, p. 580.

⁵⁴ Artículo 200 del Código argelino de familia.

⁵⁵ CHARFI, M.: "L'influence de la religion...", *cit.*, p. 442.

manuales sobre Derecho islámico, no se ha encontrado más que una interpretación forzada de un versículo del Corán para justificarla. La regla, continúa esta opinión, es puramente doctrinal y carece de cualquier base jurídica seria⁵⁶.

En cualquier caso, no cabe duda de que, hoy por hoy, los matrimonios mixtos que pueden dar lugar a este tipo de relaciones se celebran en contextos socio-económicos y políticos totalmente diferentes. Y en estas nuevas circunstancias, el hecho de que, por ejemplo, una extranjera no musulmana no pueda suceder a su esposo por razón de disparidad de cultos, o que sus hijos queden excluidos de la sucesión de su padre por el mismo motivo, se ha tachado de "chocante y totalmente inadmisibles"⁵⁷.

Es posible encontrar esta postura en la jurisprudencia de otros países de Europa, donde se ha sufrido la avalancha migratoria con anterioridad al caso español. Así, en Francia cabría citar la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 de noviembre de 1964, la cual ya en los años sesenta del siglo XX tuvo que enfrentarse a este tipo de situaciones. La decisión abordaba la sucesión de un musulmán que falleció dejando un hijo de su misma religión y una hija que no profesaba la fe musulmana, y a la que, por este motivo, se pretendía privar de derechos sucesorios. El Tribunal rechazó esta postura y estimó que una norma que discriminaba por razón de la religión era contradictoria con los principios esenciales del ordenamiento francés, y especialmente con la libertad de conciencia⁵⁸.

Junto a lo anterior, también son excluidas de la sucesión legal las personas que incurren en apostasía⁵⁹, término que refiere a aquellos que se separan de la doctrina religiosa, siendo en este caso del Islam. En ese supuesto, se entiende que se ha producido la muerte civil del apóstata, consecuencia jurídica que afecta, no sólo a la sucesión, sino

⁵⁶ *Ibidem*, p. 443.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 442.

⁵⁸ GANNAGÉ, P.: "Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la ligue arabe", en *Il Diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, Studi in onore di Roberto Ago, A. Giuffrè, Milano, 1987, p. 392 y DROZ, G.: "Le droit occidental face au droit islamique-Propriété et succession en droit musulman" en VON BAR, C. (edit): *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West/Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux*, Congrès du 23 au 24 octobre 1998 à Osnabrück, C. Heymann, cop., Köln, 1999, p. 147.

⁵⁹ Artículo 138 del Código argelino de familia.

también al matrimonio contraído con anterioridad, el cual es considerado disuelto desde ese momento. Es decir, a los ojos del Derecho musulmán de sucesiones, estas personas son consideradas muertas⁶⁰, no pudiendo por esa razón heredar, ni de un musulmán ni de un no musulmán.

Desde el otro punto de vista, la apostasía provoca la apertura de la sucesión del individuo. En este caso, algunos autores opinan que su parte debe pasar al Tesoro público. Otros, en cambio, consideran que su herencia corresponde a los herederos que sí son musulmanes, pasando al Tesoro público únicamente aquellos bienes que se hayan adquirido después de la apostasía. Hay que matizar sin embargo en relación con esta institución que en el rito hanefita los hombres y las mujeres no reciben el mismo tratamiento. Según sus postulados, lo dicho es válido para los hombres, mientras que una mujer que abandona el Islam no es considerada muerta por esa razón, sino que la apostasía conlleva su encarcelamiento⁶¹.

B) La proyección de las desigualdades entre sucesores en el tráfico internacional. El orden público internacional en materia de sucesiones.

No cabe duda de que el Derecho internacional privado tendrá que enfrentarse, al regular el tráfico jurídico internacional, a algunas de las soluciones materiales discriminatorias que han sido destacadas, ya que las soluciones sustantivas se van a proyectar necesariamente en el plano del Derecho internacional privado como consecuencia del incesante y reciente fenómeno de las migraciones transnacionales.

Las normas descritas son claramente susceptibles de generar dificultades de adaptación o introducción en los sistemas en los que rige la igualdad por razón de esas circunstancias. Pero, al mismo tiempo, una primera reflexión sobre estas cuestiones hace pensar que dichos problemas se producirán, paralelamente, en el otro sentido. Es decir, los ordenamientos jurídicos que proclaman tales diferencias de trato en su Derecho sucesorio seguramente reaccionarán ante reglas igualitarias. Se genera por lo tanto una

⁶⁰ ALDEEB, S. y BONOMI, A. (éd.): "*Le droit musulman de la famille et des successions...*", 1999, p. 311.

⁶¹ MILLIOT, L. y BLANC, F. P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 485.

situación plurívoca que exige el análisis tanto del Derecho internacional privado musulmán como del europeo.

a) Derecho internacional privado musulmán.

Uno de los instrumentos que cobra una mayor relevancia cuando hablamos de instituciones extranjeras que entran en contacto con otros sistemas es la excepción de orden público internacional. El operador jurídico cuenta con este "arma" para defender los principios esenciales que informan su sistema, lo que puede producirse tanto en los modelos de Derecho internacional privado musulmanes como en los occidentales.

En el Derecho internacional privado musulmán se distingue entre un orden público llamado "general" y otro denominado "islámico". Mientras el orden público general se asemeja al europeo, el islámico es particularmente diferente, por varias razones:

1. En primer lugar, porque su objetivo directo no es la protección de los intereses y valores nacionales, sino los derechos de una comunidad global, cual es la musulmana. En el supuesto en que un extranjero que profese esta religión vea denegados ciertos derechos de los que debería ser titular de acuerdo con la ley islámica, esta circunstancia se considerará una violación del orden público internacional islámico, lo que conllevará que la ley extranjera sea sustituida por la ley musulmana.

2. En segundo lugar, el orden público islámico difiere del europeo en que las reglas que lo salvaguardan no representan el Derecho islámico en su conjunto, sino únicamente sus normas esenciales, la mayoría directamente provenientes del Corán. Estas reglas de origen divino, en cuanto reglas de naturaleza religiosa, cuentan con la condición de inmutables, lo que contrasta con el concepto de orden público europeo, cuyos valores a proteger van cambiando a medida que evoluciona la sociedad y van evolucionando sus principios esenciales y sus necesidades⁶². Cabe adelantar en este momento que algunas normas de Derecho sucesorio pertenecen a este grupo.

⁶² *Ibidem*, p. 593.

Tomando como referencia el sistema de Egipto se han clasificado los papeles que juega el orden público islámico en tres grupos⁶³, siendo que los dos primeros podrían trasladarse al resto de países musulmanes que no tuvieran conflictos interreligiosos⁶⁴.

1. Una primera faceta del orden público islámico refiere al orden público positivo. El orden público es positivo cuando eleva ciertas reglas del Derecho islámico a un nivel nacional, aplicable a todos los egipcios, independientemente de su religión: la ley hereditaria, entre otras.

2. Una segunda vertiente del orden público islámico consiste en el orden público negativo. El orden público es negativo cuando niega la aplicación de alguna norma no musulmana.

3. Finalmente, un tercer papel del orden público en los países musulmanes que cuentan con la estructura jurídica plurilegislativa de Egipto se encargaría de preservar los valores esenciales de las normas no musulmanas frente a las normas vigentes para otras comunidades ("*Dhimmi public policy*").

Estas ideas se reflejan en el Derecho internacional privado islámico de sucesiones. En este ámbito constituye una interesante referencia la presentación de cuatro normas del Derecho islámico egipcio que se consideran integrantes de orden público internacional en materia sucesoria⁶⁵. El común denominador de todas ellas es su mención en el Corán, que las convierte en directivas ordenadas por el mismo Dios, y, en consecuencia, en reglas esenciales del Derecho islámico⁶⁶.

⁶³ BERGER, M. S.: "Public Policy and Islamic Law: The Modern *Dhimmi* in Contemporary Egyptian Family Law", *Islamic Law and Society*, Vol. 8 issue 1, 2001, p. 125.

⁶⁴ CHARFI, M.: "L'influence de la religion...", *cit.*, p. 403. Los conflictos interreligiosos se derivan de la diversidad religiosa y jurídica que existe en algunos Estados confesionales, en los que conviven comunidades religiosas distintas, regidas en su estatuto personal por ordenamientos diferentes. Esta realidad se hace posible desde el momento en que la ley islámica prescribe la tolerancia hacia las religiones monoteístas no musulmanas. En el plano jurídico, esta tolerancia se ha desarrollado en una autonomía legislativa y judicial para los distintos grupos religiosos, en lo que concierne al estatuto personal.

⁶⁵ BERGER, M. S.: "Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law...", *cit.*, p. 581.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 587.

Dos de ellas elevan a principio esencial desigualdades por razón del sexo y por razón de la religión. Se trata de:

- a) La regla por la que la mujer hereda la mitad que el hombre.
- b) La regla que instaura el orden de suceder de los herederos nombrados como tales por el Corán.
- c) La regla que fija la cuota de la parte correspondiente a cada sucesor.
- d) La regla que prohíbe la sucesión intestada entre un musulmán y un no musulmán.

Una valoración conjunta de las cuatro reglas permite reflexionar que mientras el orden público internacional de los sistemas laicos occidentales descartaría una ley confesional en principio competente que discrimine por razón de la religión, es lógico que, correlativamente, el orden público internacional de los sistemas confesionales intervenga para rechazar las leyes extranjeras laicas que no recojan tales discriminaciones⁶⁷. Porque las reglas que se derivan de las fuentes de una determinada religión suelen revestirse de un carácter imperativo, y suelen por ello imponerse tanto en las relaciones internas como en las internacionales⁶⁸.

Ello ha quedado contrastado en la práctica jurisprudencial de algunos de estos países. Egipto, de nuevo, vuelve a ser un ejemplo paradigmático. De esta suerte, el Tribunal de Casación egipcio ha enfatizado en diversas ocasiones que la Ley Egipcia sobre Sucesiones pertenecía al orden público⁶⁹, de ahí que los tribunales de este país hayan opuesto en ocasiones esta excepción frente a leyes sucesorias igualitarias de Estados europeos⁷⁰.

⁶⁷ GANNAGÉ, P.: "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 164, 1979 III, p. 394.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 392.

⁶⁹ BERGER, M. S.: "Public Policy and Islamic Law...", *cit.*, p. 110.

⁷⁰ Exposé Préliminaire "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille" (1998) en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 71, Tome I, p. 18.

Constituye un ejemplo en este contexto la sentencia del Tribunal de Casación egipcio de 27 de mayo de 1964⁷¹. En ésta se estima que la igualdad entre los herederos de ambos sexos, prevista en la ley francesa de acuerdo con la ley nacional del causante musulmán, de nacionalidad francesa, resulta contraria al orden público internacional egipcio. Es decir, una previsión de un ordenamiento extranjero que deshace la desigualdad por razón de sexo del Derecho sucesorio egipcio (configurado como principio esencial del mismo), es inadmisibles en el sistema de este país, ya que vulnera su orden público internacional.

En el mismo sentido, el Tribunal de Apelación de Alejandría invocó el *orden público internacional en la sentencia de 30 de noviembre de 1960*⁷², pero esta vez para preservar la última de las reglas reproducidas: la imposibilidad de suceder entre musulmanes y no musulmanes. El juez tuvo que pronunciarse sobre el derecho del marido a la herencia de su mujer italiana convertida al Islam, lo que no admitió, puesto que el hombre no profesaba tal religión.

No sólo Egipto ha mantenido esta rígida posición. Esta misma línea fue la defendida por el Tribunal Supremo de Marruecos, en sentencia de 5 de julio de 1974⁷³. Estas decisiones, aunque datan de años atrás, son un claro ejemplo de la protección del factor religioso ante reglas extranjeras en estos dos modelos musulmanes.

b) Derecho internacional privado de algunos países europeos.

Las reglas sucesorias del Derecho musulmán que desde el punto de vista de los países europeos adolecen de discriminación y que son objeto de protección por el orden público internacional islámico, no corren la misma suerte en su exportación fuera de las fronteras de los países musulmanes. El Derecho internacional privado de ciertos países europeos ha tenido que enfrentarse a estas figuras en algunas ocasiones, aunque hay que advertir desde el inicio que no existe excesiva jurisprudencia sobre las desigualdades entre sucesores. Se aprecia en general en Europa una escasez de pronunciamientos sobre

⁷¹ *Recueil des arrêts de la Cour de Cassation*, 15ème année, t. II, p. 227 y CHARFI, M.: "L'influence de la religion...", *cit.*, p. 418.

⁷² *Ibidem*, p. 419.

⁷³ *Ibidem*, p. 422.

Derecho islámico en el concreto ámbito de las sucesiones, dato éste que ha sido resaltado por la doctrina⁷⁴.

Esto ocurre a pesar de existir una inmigración importante en muchos países europeos (Alemania, Austria, Holanda, Portugal, Italia, etc.), y ello incluso en los países que, como España, se muestran más susceptibles de conocer litigios sobre Derechos extranjeros, en aplicación del criterio de conexión nacionalidad existente en el campo de las sucesiones. Por lo que respecta a las escasas sentencias que recaen sobre la materia, se ha apreciado que la jurisprudencia de los países occidentales sobre la misma es, además de escasa, ambigua⁷⁵.

No obstante, esta escasa y ambigua praxis sí ha permitido valorar cómo la actitud de los tribunales de los países europeos hacia el Derecho islámico ha dado un giro ideológico entre los años sesenta y los años noventa del siglo pasado. En una primera etapa -marcada por la filosofía de la descolonización, la vergüenza de la dominación y el miedo al etnocentrismo-, se adopta una actitud poco crítica frente a las instituciones extranjeras. En una segunda etapa -caracterizada por el cierre de fronteras en Europa, por el repliegue y la preocupación por la propia identidad-, se produce una reacción ideológica, de signo distinto, frente a las instituciones islámicas⁷⁶. Esto es así hasta el punto de que, hoy por hoy, se ha resaltado el riesgo que podría suponer el alza del islamismo que se da en algunos países europeos de cara a la radicalización de la aplicación del orden público internacional, así como las reacciones políticas frente al mismo, "mermando la reciprocidad, dando lugar a medidas de retorsión y distanciándose del orden público circunstanciado"⁷⁷.

Las dificultades con las que se pueden encontrar los tribunales occidentales al enfrentarse a la aplicación de instituciones discriminatorias de Derecho musulmán han sido clasificadas en dos

⁷⁴ DROZ, G.: "Le droit occidental face...", *cit.*, p. 145 y RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 688.

⁷⁵ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (II)", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1985, 15 de marzo de 2005, p. 1137.

⁷⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 183-184.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 184.

grandes grupos. Se hablaría así de dificultades técnicas y de dificultades derivadas del orden público internacional⁷⁸:

La más relevante de las dificultades técnicas presentes en la aplicación de Derechos extranjeros, es, indudablemente, la necesidad en muchos ordenamientos jurídicos europeos de probar el Derecho extranjero. Una vez salvado este problema, la aplicación práctica de un sistema desconocido y complejo como es el Derecho sucesorio musulmán no se considera un obstáculo insalvable, dada la cantidad de obras doctrinales y manuales explicativos sobre la materia, que resuelven frecuentemente casos prácticos con las circunstancias más variadas.

Junto a los problemas anteriores, las dificultades en el plano del orden público internacional resultan más complejas y evidentes, pero también más sensibles socialmente, por cuanto gran cantidad de las disposiciones del *Derecho islámico de sucesiones con las que se van a encontrar las autoridades occidentales* tendrán que salvar el filtro del orden público internacional. Entre ellas, todas las reglas jurídicas anteriormente analizadas se muestran fuertemente susceptibles de suscitar su oposición:

(1) En primer lugar, la muerte civil de un apóstata. La apostasía conlleva en el Derecho islámico la consecuente privación de derechos sucesorios y apertura de su propia sucesión. La sanción sucesoria del apóstata es evidentemente contraria a los Derechos del Hombre tal y como se encuentran consagrados en los textos internacionales⁷⁹.

(2) En segundo lugar, la incapacidad de suceder por no profesar la fe musulmana puede plantear asimismo problemas de adaptación. Se trata de otro impedimento sucesorio por razón de la religión, que imposibilita la sucesión del musulmán por el hecho de profesar otra religión o por ateísmo. Esta previsión es igualmente contraria a los mismos textos internacionales que proclaman y protegen la libertad de pensamiento y de religión⁸⁰.

⁷⁸ DROZ, G.: "Le droit occidental face...", *cit.*, pp. 146 y ss.

⁷⁹ Artículos 16 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre otros.

⁸⁰ Artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, entre otros.

(3) En tercer lugar, las discriminaciones que sufren ciertos sucesores por razón del sexo y de la filiación. Básicamente, las mujeres y los hijos extramatrimoniales.

Estas reglas tienen difícil acomodo en los sistemas occidentales, aunque el caso concreto presente unos lazos intensos con el foro, pero como es evidente que no es aceptable rechazar de lleno un Derecho que se aplica a millones de musulmanes en el mundo, se impone el esfuerzo por alcanzar otras soluciones para afrontar el conflicto de sistemas. Y es que el Islam como religión de Estado no significa necesariamente la negación del Derecho internacional privado⁸¹. Al mismo tiempo, no está de más recordar que la excepción de orden público internacional cuenta con un carácter restrictivo y excepcional, y un uso indiscriminado de la misma sólo conduciría a un resultado indeseable, como es la negación sistemática de otras culturas diferentes a las del foro impidiendo de plano cualquier conciliación entre sistemas.

En esta misma línea, si, se aprecia un notable esfuerzo hacia la pacífica convivencia de sistemas sucesorios alejados en sus concepciones en la práctica jurisprudencial y en las aportaciones doctrinales de algunos países europeos familiarizados con la inmigración y con lo que ésta supone en cuanto a la introducción de instituciones discriminatorias foráneas, y procedentes del Derecho islámico en concreto. Podemos así comprobarlo respecto de algunos de los países europeos con mayor tradición en la recepción de inmigrantes: Alemania, Francia y Bélgica. España ocupará las últimas líneas dedicadas al tratamiento en el Derecho internacional privado europeo de las desigualdades sufridas por los sucesores como consecuencia de la aplicación de reglas sucesorias extranjeras basadas en el Corán.

i) Alemania.

La República Federal de Alemania ha contado desde hace varias décadas con un importante volumen de extranjeros en su territorio. Esta circunstancia, combinada con el juego de la norma de conflicto alemana en materia de sucesiones basada

⁸¹ CARLIER, J-Y.: "Le respect du statut personnel musulman. De quel droit, par quel droit?" en *Le Statut Personnel des Musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 395.

en la nacionalidad del fallecido, lleva a pensar que se deberían de haber pronunciado en este país múltiples decisiones sobre Derecho musulmán como ley aplicable a la sucesión, lo que no se ha producido. Esta ausencia de jurisprudencia se explica en gran medida por las reglas sobre competencia judicial internacional relativas a la administración de la sucesión⁸².

Ante esta situación, es posible citar una única decisión. Resulta por ello imprescindible mencionar la sentencia de 29 de abril de 1992 del *Oberlandesgericht* de Hamburgo⁸³, que conoció de la sucesión de un iraní a la que era aplicable el Derecho chiíta. Este ordenamiento jurídico musulmán, en la línea de lo visto, instauraba desiguales derechos hereditarios entre hombres y mujeres, lo que eventualmente podía afectar en este asunto a la viuda. A pesar de ello, el Tribunal razonó que esta previsión no era contraria al orden público internacional alemán en el caso concreto, por una serie de razones:

En primer lugar, consideró que la desigualdad en el plano de la sucesión estaba compensada por las reglas (del Derecho chiíta en este caso) más favorables a la mujer, sobretodo en lo relativo al mantenimiento de la familia, que corresponde únicamente al hombre⁸⁴.

En segundo lugar, el Tribunal alemán entendió que el hecho de que la parte de la mujer en la sucesión hubiera incrementado en virtud del régimen matrimonial, hacía el resultado globalmente soportable.

Además, el tribunal confirmó que en materia sucesoria los Derechos nacionales varían mucho y que es necesario no precipitarse en la aplicación del orden público.

⁸² ALDEEB, S. y BONOMI, A. (éd.): *Le droit musulman de la famille et des successions...*, op.cit., p. 317.

⁸³ MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico...*, op. cit., pp. 317-318.

⁸⁴ Este fundamento ha sido criticado por la doctrina alemana, al considerar que no se puede compensar una discriminación por razón de sexo con otra, aunque la segunda anule la primera. Así lo han puesto de manifiesto AGUILAR BENÁTEZ DE LUGO, M. y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público... (II)", cit., p. 1140.

Aunque la constatación de una única sentencia no permite hablar de una línea jurisprudencial favorable a la introducción de instituciones discriminatorias de origen musulmán en Alemania, no cabe duda de que, en esta decisión, las circunstancias particulares del caso y el carácter excepcional del orden público internacional permitieron alcanzar tal solución.

ii) **Francia**

La jurisprudencia francesa ha mostrado igualmente signos de tolerancia por lo que respecta a la admisión de las desigualdades por razón de sexo presentes en el Derecho sucesorio musulmán⁸⁵.

En un sentido favorable a tal discriminación, y respetando con ello las reglas sucesorias de este Derecho de origen religioso, se presenta la sentencia de la *Cour de Cassation Civile* de 4 de marzo de 1980⁸⁶. Esta resolución se pronunció sobre la sucesión de un argelino, debiendo dilucidar acerca de los derechos sucesorios de determinados familiares. La solución del litigio favoreció los derechos hereditarios de la madre, el hermano y la hermana del difunto, en detrimento de la esposa superviviente y de un hijo legítimo, que quedaron relegados de la sucesión. Los tribunales franceses fallaron además que correspondía al hermano el doble de la cuota que a la hermana.

Otros fallos se pronunciaron favorablemente a las desigualdades producidas por las reglas islámicas, fundamentalmente sobre sucesiones de musulmanes originarios de Argelia y antes de la independencia de este país⁸⁷. Un sector doctrinal apoya esta última dirección, al entender que las discriminaciones fundadas sobre el sexo que hacen que el marido superviviente herede una parte doble a la de la mujer, o que hacen que un heredero hombre herede igualmente el doble de lo que heredaría una mujer, son de una naturaleza diferente. Por esta razón se plantea un control desigual por el Derecho

⁸⁵ ALDEEB, S. y BONOMI, A. (éd.): *Le droit musulman de la famille et des successions...*, *op.cit.*, p. 323

⁸⁶ Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, n°71.

⁸⁷ DROZ, G.: "Le droit occidental face...", *cit.*, p. 149.

internacional privado (francés en este caso) según la concreta situación, proponiendo un control más laxo en el supuesto de la sucesión entre cónyuges.

El tratamiento menos severo de estos casos, pudiéndose considerar la abstención del orden público internacional, se justifica en el respeto a una organización familiar distinta de aquella sobre la que gira el mundo occidental: "ya no se trata de un principio esencial o fundamental, condenable en toda circunstancia, sino más bien de una organización del Derecho de familia en un cuadro socio-jurídico dado, una política legislativa que nos choca ciertamente pero que no debe ser sancionada más que en la medida en que la situación jurídica tenga unos lazos estrechos con el foro nacional o europeo"⁸⁸.

Se asegura además que "el marido y la mujer no se encuentran en ningún momento en la situación de suceder al mismo tiempo en el mismo rango, ya que cuando uno hereda, ¡el otro está muerto! No se produce en consecuencia discriminación alguna entre dos herederos del mismo rango, sino una atribución de partes diferentes a uno o al otro según las circunstancias"⁸⁹.

Esta tesis reconoce que la discriminación es más grave en el caso de herederos de mismo rango que suceden a la vez (hermanos y hermanas, hijos e hijas), por lo que si se constata un ligamen estrecho entre el supuesto de hecho y el foro, se concibe que se sancione la regla sucesoria. No creemos en cambio que sea más o menos grave que la anterior regla, sino, lógicamente, más evidente y esta vez sin margen de discusión. El remedio, afirma, es sencillo: "bastaría con otorgar a todos los herederos del mismo rango una parte igual"⁹⁰. Pero entonces estaríamos rehaciendo las reglas sucesorias islámicas, incurriendo en lo que este autor no desea, esto es, atentando contra una organización del Derecho de familia válida en un cuadro socio-jurídico dado, el musulmán.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 148.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 150.

iii) **Bélgica**

La aproximación a la problemática generada por la entrada en contacto de los ordenamientos jurídicos occidentales y los ordenamientos de corte religioso, especialmente el musulmán, cada vez más habituales y siempre marcadas de un alto grado de confrontación, han generado en algunos sectores de la doctrina europea la búsqueda de respuestas que intentan aportar nuevos cauces de relación.

Como un ejemplo de ello, cabe destacar una interesante propuesta de la doctrina belga, que ha sido considerada imaginativa para algunos, pero que, en cualquier caso, aporta una nueva salida al enfrentamiento, a pesar de no contenerse expresamente en los artículos 77 y siguientes del Código belga de Derecho Internacional Privado de 2004, dedicados al Derecho internacional privado de sucesiones.

Esta propuesta vendría articulada sobre el principio de reciprocidad⁹¹, principio que ayudaría a romper la desigualdad, ya que trata de instaurarla desde un inicio al hacer iguales a los cónyuges de matrimonios mixtos en caso de fallecimiento del otro.

La propuesta consiste, básicamente, en lo siguiente: si el esposo belga no puede heredar del esposo extranjero conforme a la ley nacional de este último, tampoco podrá el cónyuge extranjero suceder al cónyuge belga premuerto conforme a ley belga. Dicho de otro modo, se exige la reciprocidad en el reconocimiento de derechos sucesorios a favor de los nacionales belgas en el ordenamiento de la nacionalidad del cónyuge, como condición para que éste pueda heredar de su cónyuge de nacionalidad belga en caso del previo fallecimiento de éste último. Esta circunstancia excluye la eficacia de la regla islámica que impide heredar a los no musulmanes de los musulmanes, situación que sucedería de plantearse la sucesión del esposo belga no musulmán respecto a la herencia del esposo extranjero cuya ley nacional así lo estableciera.

⁹¹ VERWILGHEN, M.: "Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane", en *Le Statut Personnel des Musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 29-30.

Esta propuesta, aunque sugerente, no está exenta de crítica. Ciertamente es que esta teoría establece una recíproca igualdad entre los cónyuges en materia sucesoria, pero en lugar de resolver el problema discriminatorio recogido en la ley extranjera, lo agrava, al pasar de la imposibilidad de que uno de los cónyuges herede del otro, a que ninguno pueda mutuamente hacerlo.

iv) España.

En España se han dictado escasas sentencias sobre Derecho musulmán. Seguramente uno de los motivos que explican la ausencia de jurisprudencia española sobre este sistema religioso proviene del hecho de que España es un país con poca experiencia migratoria en comparación con otros países europeos, lo que sin duda se proyecta sobre esta carencia, situación que, no obstante, se irá modificando con los años debido al cambio progresivo que está experimentando el perfil de la sociedad española.

Se ha señalado paralelamente que otra de las causas de este fenómeno podría recaer en que el Derecho español vigente exige de las partes que prueben el contenido del Derecho extranjero. El artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("*Iniciativa de la actividad probatoria*") indica que:

"Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

La prueba del Derecho extranjero es en ocasiones tan complicada que impide el pronunciamiento sobre las normas islámicas. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1991 así lo pone de manifiesto⁹². En esta decisión, el TS declara no haber lugar al recurso de casación, y señala que no existe nulidad de testamento abierto otorgado por ciudadano

⁹² Vid. sobre la dificultad probatoria del Derecho extranjero, el comentario de esta sentencia en GARCIMARTÁN ALFÉREZ, F. J., *Revista Española de Derecho Internacional*, 1991, pp. 243 y ss. Esta forma de proceder representa para el autor una cláusula escapatória.

marroquí con arreglo a las formas legales españolas. La Sala considera que no puede aplicarse la legislación marroquí por falta de prueba de la parte que lo invoca.

La solución que más frecuentemente viene adoptándose en nuestro país ante la ausencia de prueba del Derecho extranjero es la sustitución del Derecho extranjero cuyo contenido y vigencia no ha podido probarse por el Derecho sustantivo interno⁹³. Esta práctica, no obstante, no ha sido considerada conveniente en el campo de las discriminaciones sucesorias. Se ha resaltado así que la jurisprudencia española no debería recurrir al mecanismo de la evicción del Derecho extranjero cuando se plantean en el litigio discriminaciones sucesorias, ya que este proceder constituye una postura "inepta para hacer frente al fenómeno de la multiculturalidad"⁹⁴. Se defiende por el contrario la aplicación de la excepción de orden público internacional como mecanismo para hacer frente a este tipo de situaciones, por cuanto están en juego principios y valores contenidos en el Título I de nuestra Constitución, relativo a derechos y deberes fundamentales⁹⁵.

En el ámbito doctrinal, algunos autores han considerado que ni la sentencia pronunciada en el extranjero conforme a una ley que contenga esta problemática regla en materia sucesoria

⁹³ No es, sin embargo, la única solución existente. A ésta se suman: 1. La inadmisión de la demanda; 2. La aplicación de oficio del Derecho extranjero; 3. La retroacción de las actuaciones procesales; y 4. La desestimación de la demanda. CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Vol. I, Comares, Granada, 6 ed., 2005, p. 253.

⁹⁴ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público... (II)",... cit., p. 1138.

⁹⁵ *Ibidem*. La invocación de la excepción de orden público, sin embargo, puede igualmente conducir a la inaplicación del Derecho extranjero. En este caso se plantea la misma necesidad de resolver qué reglas deben aplicarse para resolver la causa en cuestión... Al respecto existen diversas propuestas, tales como el recurso a la ley del foro o la concepción denominada "alemana", que propone la aplicación del Derecho extranjero normalmente competente sin la disposición problemática. SOSNIAK, M.: "Les effets de l'application de la clause d'ordre public dans la doctrine et la législation contemporaines de droit international privé", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XIII, 1984, pp. 180 y ss. La primera opción es sin duda la solución más simple y más fácil para el juez, que suscita además pocas dudas y resulta exactamente previsible. La segunda, no obstante, permite respetar al mismo tiempo lo indicado por la norma de conflicto del foro y los principios esenciales del país cuyo juez conoce del asunto.

(hombres que heredan el doble en el mismo grado que las mujeres) puede obtener efectos en España, ni el juez español puede aplicar la ley extranjera de la nacionalidad del causante que produce un efecto discriminatorio. Coincide así con la jurisprudencia extraída de los tribunales suizos, que ha considerado contrario al orden público un "sistema que anuncia y que funciona en los hechos en beneficio de uno solo de los esposos distinguiendo según el sexo"⁹⁶.

En opinión de los expertos españoles, "la reacción del orden público español rechaza la aplicación de la norma foránea, en principio llamada a resolver la controversia, cuando consolida una discriminación de la mujer"⁹⁷. A continuación se señala lo que parece razonable, esto es, que no existe impedimento alguno para que el musulmán que realice testamento en España conforme al Derecho español y ateniéndose a los artículos 806 y ss Cc -relativos al sistema de legítimas-, utilice el tercio de mejora de la legítima y el tercio de libre disposición para conseguir el mismo resultado prescrito por la *Shâr'ia*.

Parece igualmente sensata la proposición que aboga por la toma en consideración de la opinión de los propios herederos, sin que las autoridades llamadas a realizar la partición planteen de oficio el carácter discriminatorio de las normas musulmanas⁹⁸.

Por lo que respecta a la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, podría resultar anecdótico citar una antigua sentencia portuguesa que dejó de aplicar el Derecho español competente para regir la sucesión en causa por contener éste disposiciones discriminatorias frente a estos herederos, en un momento histórico y legislativo en que los derechos sucesorios de éstos habían sido equiparados en Portugal, pero no todavía

⁹⁶ DUTOIT, B.: "Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps: dix ans de LDIP", *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, num. 3, 2000, p. 290.

⁹⁷ MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico...*, op. cit., p. 197.

⁹⁸ ALDEEB, S.: "La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman", en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (ed): *Las ciudades de soberanía española: propuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá de Henares, 1999, pp. 378 y ss.

en nuestro país (sentencia del Tribunal Supremo portugués de 27 de junio de 1978)⁹⁹.

IV. CONCLUSIONES

El fenómeno de las migraciones internacionales existe desde hace largo tiempo en el panorama internacional, tratándose ésta de una realidad con proyección en el futuro, dado que vivimos en un mundo cada vez más interconectado. El continente europeo se ha visto implicado en este fenómeno desde antiguo, en un primer momento como territorio emisor de nacionales, y en un segundo momento como receptor de inmigrantes. Esta realidad ha provocado que, hoy por hoy, las sociedades europeas se caractericen por un marcado contorno multicultural, situación a la que no ha escapado nuestro país. España se caracterizó igualmente en un determinado momento de su Historia por constituir un país emisor de emigrantes, habiéndose invertido la situación en la actualidad.

Con el tiempo, nuestro país está deviniendo un destino inmigratorio de primer orden, fenómeno que se viene mostrando imparable a la vista de lo acontecido en los últimos años. Como se ha evidenciado a lo largo del texto, el perfil de la inmigración en España es susceptible de dividirse en dos grandes clases de inmigrantes. Un grupo y otro se diferencian en dos aspectos fundamentales, a saber, en la cultura jurídica de los Estados de origen y en las motivaciones que han conducido a su establecimiento en España.

Los primeros extranjeros que acogió España en los años ochenta formaban parte de un colectivo integrado en su mayoría por personas originarias de otros países europeos, que se instalaban en territorio español por razones laborales o relacionadas con el bienestar. Posteriormente, España recibiría un segundo tipo diferenciado de inmigración, caracterizada por considerar nuestro país como un lugar donde trabajar, prosperar y ayudar a los familiares que permanecen en los países de origen. Los Estados de procedencia de esta segunda clase de extranjeros difieren de los anteriores, centrándose esencialmente en Latinoamérica y en África. Concretamente, la

⁹⁹ MOURA RAMOS, M.: "L'ordre public international en droit portugais", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra editora, Coimbra, 2002, p. 261.

reciente recepción de extranjeros originarios de los países del Magreb ha introducido nuevos matices en la vida social y jurídica española, dado que provienen de países de cultura jurídica marcadamente diferenciada de la española en los principios esenciales que sustentan una y otra.

De esta suerte, el mundo de lo jurídico se ha visto lógicamente e inexorablemente afectado por esta realidad social, ya que la presencia de extranjeros en el territorio nacional requiere de una respuesta jurídica acorde con la nueva situación generada. Es evidente que las reglas que gestionan las relaciones jurídicas de una sociedad homogénea -y cerrada a lo exterior, como lo fue tradicionalmente la española- no pueden adaptarse sin más a las necesidades de regulación de las relaciones privadas que se caracterizan por contar con algún elemento de extranjería. Las relaciones puramente internas difieren en su naturaleza de aquellas que presentan elementos foráneos, requiriendo por ello un tratamiento diferenciado, dispensado por el *Derecho internacional privado*.

En el específico campo del Derecho aplicable a las sucesiones, dicho tratamiento proviene del artículo 9.8 del Código civil, que conduce a la aplicación de legislaciones extranjeras en los casos en que el fallecido no ostenta la nacionalidad española, como consecuencia de la utilización del criterio de conexión nacionalidad. El origen nacional de los fallecidos difiere de unos supuestos de hecho a otros, por lo que, consecuentemente, la legislación a aplicar diferirá de la misma manera. La entrada en contacto de ésta con el Derecho sucesorio español puede resultar, a su vez, más o menos problemática.

En ciertos casos, las sucesiones tienen como protagonistas a ciudadanos de otros países occidentales, cuyos ordenamientos nacionales comparten con el español ciertos principios esenciales en la estructura del modelo familiar o de organización social. Sin embargo, hoy, otro tipo de sucesiones que han sido calificadas como "nuevas" en el sentido de su más reciente irrupción en la práctica española, se relacionan con extranjeros provenientes de países de cultura social y jurídica más diferenciada, introduciendo en nuestro sistema -siempre por medio de la conexión nacionalidad- modelos organizativos desconocidos, alejados jurídica y culturalmente del occidental. Las dificultades que se manifiestan ante el operador jurídico en el proceso de aplicación de unos y otros ordenamientos adquieren tintes diferenciados, debido a la incidencia que presentan los segundos sobre ciertos principios esenciales y derechos fundamentales consagrados en nuestro modelo.

La novedosa presencia en la praxis española de este segundo grupo de ordenamientos jurídicos extranjeros ha provocado que los operadores jurídicos nacionales comiencen a enfrentarse a instituciones jurídicas que no sólo desconocen, sino que, al mismo tiempo, plantean en no pocas ocasiones la necesidad de esclarecer si su introducción en el sistema vulnera los principios esenciales del foro. Esta idea ha sido desarrollada a lo largo del estudio por medio del análisis sustantivo y de Derecho internacional privado de algunas instituciones jurídicas del Derecho islámico.

Concretamente se ha analizado el tratamiento sustantivo e internacional privatista de un grupo de reglas basadas en el Corán que instituyen discriminaciones en el ámbito sucesorio, tales como la prohibición de suceder vía intestada entre musulmanes y no musulmanes, la pérdida de derechos sucesorios que conlleva la apostasía, la discriminación que sufre la mujer como heredera -cuyos derechos sucesorios se ven minorados respecto de los hombres, quedando fuera de la sucesión en ciertas ocasiones en que concurre con varones del mismo grado-, o la preterición de hijos nacidos fuera del matrimonio.

A la vista de lo expuesto se hace posible concluir que en Europa existe una escasa muestra jurisprudencial sobre el tratamiento dispensado a este tipo de reglas, siendo la existente poco concluyente en términos de prohibición o permisividad. Suele predominar, por el contrario, la toma en consideración de las circunstancias concretas del caso.

La autora quisiera finalizar estas líneas adhiriéndose a esta línea de actuación, al considerar que ante la eventual situación en la que se plantee la utilización del orden público internacional resulta esencial que el operador jurídico considere, no ya la configuración abstracta de la norma, sino su resultado final.

Esta exigencia se impone ante la constatada práctica que ha evidenciado que, si bien la configuración teórica de la norma puede resultar marcadamente discriminatoria, su aplicación al caso concreto puede no implicar discriminación alguna. Frecuentemente el Derecho extranjero llegaría incluso a soluciones similares a las que habría conducido la aplicación del Derecho del foro en su sustitución. Y en esos supuestos difícilmente se podría sustentar el incumplimiento de lo establecido por la correspondiente norma de conflicto, y, consecuentemente, la evicción de la legislación extranjera aplicable según la misma.

Esta indecisión se plantea en el modelo español por el carácter abierto de la norma que regula la cláusula de orden público, el artículo 12.3 del Código civil, según el cual:

"3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

La referencia a la contrariedad de la ley extranjera y no así de sus efectos se ha calificado de "grave deficiencia técnica", siendo éste, no obstante, un desarrollo ampliamente admitido¹⁰⁰. Un ejemplo de lo contrario que aplaude la doctrina se contiene en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995, que especifica que la inaplicación de la ley extranjera debe producirse por causa de que los "efectos" de la misma sean contrarios al orden público de ese país¹⁰¹.

Por lo tanto, la misión del legislador o del juez consiste en rechazar, por su decisión, los resultados incompatibles que produce el Derecho extranjero en el foro; en averiguar si, aplicando o dando efectos a la norma, va a vulnerarse un principio fundamental en razón del resultado. Pero en lo que no consiste la misión del juez es en juzgar o censurar al legislador extranjero o la norma extranjera *in abstracto*. La señal de alarma del orden público internacional no debe sonar ante la presencia de un principio a salvaguardar sino ante el resultado contrario a tales principios al que conduce la aplicación del Derecho extranjero *in casu*. En pocas palabras, se trata de un correctivo circunstancial, de una barrera frente a las consecuencias de la aplicación del Derecho extranjero. Por esta razón se dice que la función del orden público es esencialmente negativa¹⁰².

¹⁰⁰ ZAMORA CABOT, F. J.: "A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1995, p. 1125.

¹⁰¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público... (II)", *cit.*, p. 1141, nota 146.

¹⁰² QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración...*, op. cit., p. 59.