

IMPACTO DEL REGLAMENTO 650/2012 SOBRE SUCESIONES EN LAS RELACIONES EXTRACOMUNITARIAS VINCULADAS A ESPAÑA Y MARRUECOS

IMPACT OF THE REGULATION 650/2012 IN MATTER OF SUCCESSION ON EXTRACOMMUNITY RELATIONSHIPS LINKED TO SPAIN AND MOROCCO

Ángeles Lara Aguado*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CÓMO AFECTA EL REGLAMENTO 650/2012 A LAS RELACIONES SUCESORIAS EXTRACOMUNITARIAS HISPANO-MARROQUÍES? III. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO EN MATERIA SUCESORIA. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El incremento de los desplazamientos transfronterizos ha provocado un aumento de las relaciones sucesorias hispano-marroquíes: son frecuentes los fallecimientos de marroquíes en España que dejan patrimonio en nuestro país o en Marruecos; de españoles residentes en Marruecos y con patrimonio en los dos países; o de marroquíes que adquieren la nacionalidad española y tienen familia en ambos países. Estas relaciones sucesorias son reguladas de manera muy distinta en España y en Marruecos. Las reglas del Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo serán aplicables a partir del día 17 de agosto de 2015, lo que introducirá cambios importantes en la normativa sucesoria española y afectará a las relaciones hispano-marroquíes. ¿Aumentan o disminuyen las posibilidades de que se aplique a la sucesión hispano-marroquí el Derecho nacional? ¿El reenvío amplía las posibilidades de que se aplique el Derecho del foro de manera igualitaria? Estos interrogantes justifican la oportunidad de abordar esta temática para intentar analizar la viabilidad de la continuidad de las relaciones sucesorias hispano-marroquíes en el espacio.

ABSTRACT: The increase of cross-border travel has also caused an increase of Spanish-Moroccan inheritance relationships: deaths of Moroccan, who left heritage in Spain or in Morocco, are frequent; also Spanish and Moroccan residents with assets in both countries; Moroccans that acquire Spanish citizenship and have family in Spain and Morocco. These inheritance relationships are regulated very differently in Spain and Morocco.

Fecha de recepción del original: 31 de octubre de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de diciembre de 2014.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Correo electrónico: anlara@ugr.es. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía SEJ 4738: “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza. Problemas en el ámbito familiar”.

Regulation 650/2012 of 4 July 2012, of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of an European certificate of inheritances all apply as from August 17, 2015, which will introduce major changes in the succession rules of private international law in Spain and this will affect inheritance Spanish-Moroccan relationships. Does it increase or decrease the chances of applying to the Spanish-Moroccan relationship the national law? Does the renvoi mechanism expand the possibilities that, in all cases, the law of the forum applies equally? These questions justify the opportunity to analyze this issue in order to try to analyze the feasibility of the continuity of the Spanish-Moroccan relations in space.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional privado, Unión Europea, Sucesión internacional por causa de muerte, Relaciones sucesorias hispano-marroquíes, Reglamento sucesorio europeo.

KEYWORDS: *Private International Law, European Union, International Successions upon Death, Spanish and Morocco Inheritance Relationships, European Regulation in Matter of Succession*

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la crisis económica y del descenso de población extranjera en nuestro país, sigue siendo significativa la población marroquí asentada en España. Los datos correspondientes a 31 de diciembre de 2013 elevan a 785.180 el número de marroquíes con autorización de residencia en vigor. En el régimen comunitario se encuentra un total de 34.738, mientras que se hallan en el régimen general 750.442. De estos últimos, una cifra abrumadoramente superior (649.582) corresponde a quienes poseen residencia de larga duración. 22.772 han realizado la primera renovación de su autorización de residencia temporal y 32.719 han obtenido la segunda renovación. 5.446 poseen autorización de residencia por arraigo, 862 se encuentran en España por razones humanitarias y 1.856 tienen autorización de estancia por estudios¹. De estos datos se desprende que se trata de un colectivo con voluntad de permanencia e integración en el país, lo que se evidencia aún más si se tienen en cuenta las naturalizaciones. En el año 2013 han adquirido la nacionalidad española 261.295 marroquíes². A ellos habría que unir las cifras de marroquíes que, año tras año, han llegado a ser españoles -ya sea por atribución o por adquisición de la nacionalidad española- en los últimos 90 a 100 años y que presentan algún tipo de vinculación con Marruecos (poseen bienes o familiares en el reino alauí...). Si a ello se le unen los datos (no disponibles) de los españoles que tienen algún tipo de vinculación con Marruecos (bien porque residen o tienen bienes en este país, o porque han contraído matrimonio con marroquíes o tienen hijos marroquíes o en Marruecos), así como si hubiera estadísticas disponibles sobre los marroquíes con

¹ Vid. los datos publicados por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en agosto de 2014 en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/certificado/201312/Residentes_Principales_Resultados_31122013.pdf.

² De este total, 73.468 adquisiciones se refieren a marroquíes que residían en Cataluña, 56.236 en la Comunidad de Madrid, 26.710 en Andalucía, 21.390 en la Comunidad Valenciana, 12.427 en Canarias, 9.468 en Castilla-La Mancha, 9.004 en el País Vasco, 8.987 en Castilla y León, 7.833 en las Islas Baleares, 6.944 en Galicia, 6.886 en la Región de Murcia, 6.546 en Aragón, 5.151 en la Comunidad Foral de Navarra, 2.940 en el Principado de Asturias, 2.549 en La Rioja 2.194 en Cantabria, 1.623 en Extremadura, 532 en la Ciudad Autónoma de Melilla y 402 en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

alguna vinculación con España (por tener hijos españoles o bienes en España...), el colectivo de personas que potencialmente puede protagonizar una relación sucesoria hispano-marroquí sería muy numeroso. Y es que, los desplazamientos transfronterizos a ambos lados del Mediterráneo por parte de españoles y marroquíes han favorecido las relaciones jurídico-familiares de toda índole entre nacionales pertenecientes a estos dos sistemas jurídicos tan diferentes entre sí: han propiciado la celebración de matrimonios mixtos, tanto en España como en Marruecos, así como la disolución de vínculos matrimoniales en ambos países; muchos españoles y marroquíes han efectuado adquisiciones de bienes en España o en Marruecos. Aunque no nos consten los datos, son frecuentes los fallecimientos en España de marroquíes que dejan patrimonio tanto en nuestro país como en Marruecos o en terceros Estados; así como de españoles residentes en Marruecos y con patrimonio en los dos países; o de marroquíes que adquieren la nacionalidad española y tienen bienes en uno o ambos países o que tienen hijos españoles o en España o están casados con españoles, e igualmente, también hay muchos españoles con hijos marroquíes o en Marruecos o casados con marroquíes...

Lo que no ofrece duda es que, de los datos de los que disponemos podemos extraer la siguiente información: que el colectivo de marroquíes sigue siendo relativamente numeroso en nuestro país; que se asienta en zonas donde coexisten diversidad de sistemas legislativos³ y que, aunque la mayoría no posee una edad próxima a la previsible edad de fallecimiento⁴, sí pueden ser potenciales causantes o herederos, por lo que pueden desencadenar relaciones sucesorias hispano-marroquíes. Pero, a pesar de esta significativa presencia de marroquíes en nuestro país, existe un gran desconocimiento del ordenamiento jurídico marroquí, tanto por parte de la doctrina científica como a nivel jurisprudencial. Las dificultades con el idioma, la inaccesibilidad a las fuentes del Derecho marroquí, la mentalidad conformista de la sociedad marroquí que, al asumir como una cuestión debida las reglas de reparto de la herencia establecidas por el causante o directamente determinadas por la ley, no suelen recurrir a la vía judicial para resolver sus conflictos, han impedido a la jurisprudencia y a la doctrina occidental investigar el Derecho sucesorio marroquí en profundidad⁵. En las

³ La población marroquí está repartida por toda la geografía española, por lo que reside en territorios sometidos tanto a Derecho civil común como a Derecho foral. La mayoría vive en Cataluña (230.904) y en Andalucía (114.216). Le siguen la Región de Murcia (77.415), la Comunidad Autónoma de Madrid (75.931) y la Comunidad Valenciana (72.314). Más lejos se sitúan Castilla-La Mancha, con 34.158, las Islas Baleares con 25.737, Castilla y León con 22.652, Aragón con 19.786, Canarias con 15.902, el País Vasco con 13.948, Extremadura con 9.534, Navarra con 9.064, La Rioja con 8.154, la ciudad autónoma de Melilla con 7.444 y Galicia con 6.475. Menos significativa es su presencia en el Principado de Asturias, donde se han concedido 2.434 autorizaciones, en la ciudad autónoma de Ceuta con 1.988 o en Cantabria, con 1.803. *Vid.* los datos correspondientes a 31 de diciembre de 2013 disponibles en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201312/Residentes_Tablas_PR_31122013.pdf.

⁴ La edad media de los marroquíes que cuentan con algún tipo de autorización de residencia en España es de 28,6 años. La mayoría se halla en el grupo de los 16 a 64 años (un total de 534.669), contabilizándose en el grupo de menos de 15 años un total de 206.326 y 9.447 en el de los 65 años o más. *Vid.* los datos en <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html>

⁵ Algunas de las pocas excepciones son el Auto del TS (Sala de lo Civil) de 24 de septiembre de 2002, JUR 2002/238646; la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008, con nota de C. ORO MARTÍNEZ, "Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la *mudawana*: fundamento y

pocas ocasiones en que se ha planteado la aplicación del Derecho marroquí en España, finalmente no se ha llegado a ello, debido a las reglas estrictas sobre prueba del Derecho extranjero⁶. Tampoco tenemos modelos de solución en la jurisprudencia de países de nuestro entorno, como Francia o Gran Bretaña, pues la aplicación del Derecho marroquí ha sido escasa allí, habida cuenta del recurso en estos países a la ley del último domicilio del causante o a la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles⁷, que escasamente conduce a la aplicación del Derecho marroquí. Es previsible que aumente la demanda de solución judicial de los problemas sucesorios en el futuro, cuando la sociedad abandone su actitud conformista, especialmente las mujeres marroquíes, lo que sucederá a medida que vayan teniendo acceso a más altos grados educativos, a puestos de trabajo que les concedan independencia económica. Para la segunda generación de emigrantes, formada por marroquíes profundamente sumergidos en la cultura y civilización española, hasta el punto de haber adquirido muchos de ellos la nacionalidad española, será más difícil de aceptar sin protestas los postulados del Derecho sucesorio marroquí y llegar a acuerdos extrajudiciales⁸. De ahí la necesidad de conocer el Derecho que potencialmente pueda resultar aplicable a las relaciones sucesorias que se susciten y de prevenir los problemas de eficacia extraterritorial de los actos.

Además, desde el 16 de agosto de 2012 está en vigor el Reglamento 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁹ (en adelante, Reglamento sobre sucesiones). Su plena aplicabilidad en todos los países miembros de la UE, salvo Dinamarca, Irlanda y Reino Unido¹⁰ no se producirá hasta el 17 de agosto de 2015, esto es, será plenamente aplicable a las sucesiones que traigan su causa en fallecimientos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2015. El nuevo régimen normativo contiene novedades importantes para el sistema sucesorio español de Derecho internacional privado que afectan al sector

alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí [A propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008]”, *Dereito*, 2009, vol. 18, núm. 1, pp. 287-304, o la reciente SAP de Madrid, Secc. 25, núm. 391/2013, de 27 de septiembre de 2013, con nota de J.M. FONTANELLAS MORELL, en *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 280-285.

⁶ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 688.

⁷ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional”, *REDI*, vol. LXI, 2009, 2, p. 441.

⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Derechos humanos fundamentales y respeto a la identidad cultural del individuo en un entorno crecientemente multicultural: una visión desde el Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho*, vol. 7, 2006, pp. 257-302.

⁹ *DOUE* núm. L 201, de 27 de julio de 2012.

¹⁰ Reino Unido se ha desmarcado del Reglamento 650/2012 por ciertos principios incompatibles con el sistema sucesorio del *common law*: por un lado, la preferencia por el principio de unidad de la sucesión, frente al principio del fraccionamiento típico de los países de *common law*; la incardinación del tema de la administración de la herencia entre las cuestiones sucesorias, cuando en Reino Unido es una materia regida por la ley del lugar de situación de los bienes y la opción del Reglamento por traer a colación las donaciones hechas en vida por el causante a efectos del cálculo de las partes de los herederos según la ley sucesoria.

de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y al carácter probatorio de las decisiones en el ámbito sucesorio¹¹. Y todas ellas afectan a las relaciones sucesorias que guardan algún tipo de vinculación con Marruecos. Ante esta situación es legítimo preguntarse si el Reglamento supondrá un gran cambio para estas relaciones sucesorias y si traerá consigo la tan ansiada armonía internacional de soluciones.

Hasta ahora, tanto el ordenamiento jurídico español como el marroquí habían sido tributarios del principio de unidad de la sucesión¹², frente al de escisión o fraccionamiento, propio de países como Francia o Reino Unido¹³. En España y en Marruecos toda la herencia se venía regulando de conformidad con una única ley, que tomaba como punto de referencia a la persona del causante y a su nacionalidad¹⁴. El art. 18 del Dahir de 12 de agosto de 1913, relativo a la condición civil de los franceses y extranjeros que viven en Marruecos¹⁵, (en adelante DCC), remite a la ley nacional del extranjero para regir la sucesión. De esta manera se asegura más eficazmente la continuidad de los patrimonios familiares. En el caso de España, país tradicionalmente de emigración, y que actualmente también está volviendo a serlo, el art. 9.8º Cc. lograba la protección de los herederos, al asegurar el respeto a las legítimas mediante la aplicación de la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento¹⁶. En esta situación, conocieran de la sucesión las autoridades marroquíes o las españolas, la solución debería ser, conforme a estas normas de conflicto, la aplicación de la ley nacional, sin que pudiera recurrirse al reenvío, ya que los criterios de conexión eran coincidentes¹⁷.

¹¹ Vid. entre otros, A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le Droit européen des successions*, Bruylant, 2013; P. FRANZINA y A. LEANDRO (ed.), *Il diritto internazionale europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, 2013.

¹² La preferencia por el principio de unidad de la sucesión se encuentra también en numerosos Estados Miembros de la UE (Austria, Bulgaria, Croacia, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia), siendo la solución consolidada en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, que aún no está en vigor, por faltarle la ratificación de tres Estados y cuyo contenido se aplica en Holanda a través de la Ley autónoma de DIPr. de sucesiones.

¹³ También siguen el sistema de fraccionamiento de la sucesión otros países de la UE (Bélgica, Chipre, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Rumania). Y es el modelo seguido en Australia o Canadá.

¹⁴ La opción por la ley nacional del causante es también la preferida en países como Alemania, Austria, Cuba, Egipto, Eslovaquia, Grecia, Holanda, Hungría, Japón, Polonia, Portugal, República Checa, Serbia, Suecia (aunque se opta por la residencia habitual del causante para los nacionales de países miembros del Convenio Nórdico relativo a la Ley Aplicable a las Sucesiones Mortis Causa -Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia-), Suecia y Turquía. Acogen la conexión domiciliar Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Dinamarca, Finlandia, Israel, Paraguay, Perú o Suiza. Vid.: J. PÉREZ MILLA: *Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2010, p. 173; M. REVILLARD: *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, Defrénois Paris, 2006, 302. Vid. asimismo la información contenida en www.successions-europe.eu.

¹⁵ *Bulletin Officiel*, de 12 septiembre de 1913, nº 46, p. 77, disponible en <http://www.sgg.gov.ma>.

¹⁶ Para un estudio del sistema sucesorio español, vid. por todos, R. DURÁN RIVACOBÁ y P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Conflicto interno e internacional en materia hereditaria*, Bosch, 2012.

¹⁷ Además, la jurisprudencia marroquí no suele seguir la teoría del reenvío, porque parte del respeto a la ley extranjera y porque en Marruecos no existe una *lex fori* local en materia sucesoria, debido a la pluralidad de estatutos personales y a su naturaleza religiosa, lo que conduce a la aplicación del Derecho

Ante esta situación, sería legítimo que, tanto el *de cuius* como los herederos esperaran que las autoridades españolas y marroquíes llegaran al mismo resultado y que sólo si no se aplicara correctamente el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto variaría la solución que a la relación sucesoria ofrecieran ambos sistemas. Sin embargo, las autoridades españolas prácticamente no aplican el Derecho marroquí para regular la sucesión de un marroquí, ni las autoridades marroquíes aplican, por lo general, el Derecho español para regular la sucesión de un español. El art. 2 del Código de Familia Marroquí (*Moudawana*, en adelante CFM), que delimita el ámbito de aplicación del CFM, conduce con frecuencia a la aplicación del Derecho marroquí a la sucesión, incluso aunque el causante tenga la nacionalidad española. Además, hay que tener en cuenta la situación en que se encuentran los marroquíes naturalizados españoles, debido a los efectos que la renuncia a la nacionalidad marroquí conlleva en España y en Marruecos. A ello hay que unir la actitud reacia por parte de las autoridades españolas a aplicar el Derecho marroquí, pues la regulación material de la sucesión es muy diferente en ambos países, lo que va a determinar la exclusión del Derecho marroquí en numerosas ocasiones y la consiguiente aplicación sustitutiva del Derecho español o, en algunos casos, la desestimación de la demanda¹⁸.

Marruecos es un país musulmán, cuyo sistema jurídico es de base religioso. Su Derecho sucesorio es el producto de dos concepciones de la familia, la que estaba vigente en la época preislámica, que no reconoce a la mujer personalidad jurídica, ni la condición de heredera, y la existente en La Meca, donde, por contacto con los pueblos más civilizados, se aceptaba que la mujer fuera heredera¹⁹. El Derecho marroquí tiene como fuente la *Sharia* o Ley islámica, con unas prescripciones muy claras derivadas directamente del Corán relativas a las distintas clases de herederos, prohibiciones de heredar y cuotas hereditarias, que han permanecido prácticamente inalteradas a lo largo del tiempo y que chocan con los valores constitucionales que deben salvaguardar las autoridades españolas.

Las diferencias, a veces insoslayables, entre los dos sistemas jurídicos, han venido suscitando inconvenientes a los particulares, ya sean los causantes, que no pueden configurar su estatuto sucesorio de la forma que desean, pues finalmente no se respetará su voluntad, ya sean los herederos, que muchas veces no pueden hacer efectivos sus derechos hereditarios en el país donde se ubican los bienes del causante. A ello hay que añadir la inexistencia de convenios internacionales entre España y Marruecos que regulen la competencia judicial internacional o de autoridades, la ley aplicable en esta materia o el reconocimiento de actos, lo que conduce a una regulación unilateral de la

material extranjero, sin consultar su sistema de Derecho internacional privado: N. BERNARD-MAUGIRON y B. DUPRET (Dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 132.

¹⁸ SAP de Madrid, Secc. 25, núm. 391/2013, de 27 de septiembre de 2013, con nota de J.M.

FONTANELLAS MORELL, *cit.* en nota 5.

¹⁹ L. MILLIOT y F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Dalloz, París, 2001, pp. 477-478, con cita de G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, "El derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes", S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Grupo de investigación *De Conflicto Legum*, Santiago de Compostela, 2009, p. 163.

sucesión *mortis causa* en cada país, que ha originado con frecuencia resultados no deseados por el *de cuius* o contrarios a los intereses de los herederos.

En este trabajo se trata de indagar si el Reglamento sucesorio va a cambiar esta situación, produciendo efectos similares en las relaciones sucesorias intra y extracomunitarias, concretamente en las que guardan elementos de vinculación con España y Marruecos: ¿producirá un cambio importante para los causantes o herederos marroquíes y españoles que protagonicen relaciones sucesorias? Las novedades que incorpora ¿van a contribuir a acercar soluciones, disminuyendo las posibilidades de que difiera la solución que aportará cada ordenamiento jurídico a la sucesión de un marroquí con bienes o herederos en España o de un español con bienes o herederos en Marruecos? O, por el contrario, ¿pueden conllevar un alejamiento de la armonía internacional de decisiones entre el Derecho internacional privado sucesorio marroquí y el español? Para contestar a estas preguntas se analizará, básicamente, cómo van a influir los arts. 21 y 22 del Reglamento sobre sucesiones en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes y se determinará el alcance del art. 18 del Dahir de 12 de agosto de 1913 en relación con el art. 2 CFM.

II. ¿CÓMO AFECTA EL REGLAMENTO 650/2012 A LAS RELACIONES SUCESORIAS EXTRACOMUNITARIAS HISPANO-MARROQUÍES?

1. Introducción de la *professio iuris* en un sistema basado tradicionalmente en la ley nacional del causante

A) *Professio iuris* anticipada

El Reglamento sobre sucesiones introduce cambios en todos los sectores del Derecho internacional privado, con incidencia en las relaciones extracomunitarias. No obstante, los cambios más significativos en las relaciones sucesorias que guardan vinculación con España y Marruecos son los que afectan al sector de la ley aplicable. Esto es así, tanto para los fallecimientos que tengan lugar a partir del 17 de agosto de 2015, como para los que se produzcan desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento 650/2012, que tuvo lugar el 16 de agosto de 2012.

Aunque el Reglamento sobre sucesiones está ya en vigor, el art. 9.8º Cc. sigue siendo aplicable en España para regir las sucesiones que tengan su causa en fallecimientos ocurridos antes del 17 de agosto de 2015. Este precepto utiliza el mismo criterio de conexión que el Derecho marroquí (art. 18 DCC), pues ambos remiten a la ley nacional del causante. Que el art. 9.8º Cc. y el art. 18 del Dahir marroquí utilicen el mismo criterio de conexión para regir la sucesión no significa que se llegue al mismo resultado, tanto si la apertura de la sucesión tiene lugar en España, como si tiene lugar en Marruecos, puesto que muchos factores pueden influir en la resolución final de la relación: prueba del Derecho extranjero, incompatibilidad del Derecho marroquí con el orden público internacional, correcta aplicación de las reglas sobre remisión a sistemas plurilegislativos... Además, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 2 del CFM,

que puede conducir a la aplicación del Derecho marroquí a la sucesión de un español, si alguna de las personas implicadas en la relación sucesoria es marroquí, como se verá más extensamente *infra*.

En cambio, las relaciones sucesorias hispano-marroquíes que tengan su causa en fallecimientos ocurridos tras el 17 de agosto de 2015 deberán regularse en España de conformidad con las nuevas reglas que introduce el Reglamento 650/2012, quedando desplazado el art. 9.8º Cc.²⁰. Y, dado el ámbito de aplicación universal del Reglamento (art. 20), si la ley designada conforme a sus preceptos es la ley de un tercer Estado (Marruecos), deberá ser aplicada por las autoridades españolas.

Ahora bien, el Reglamento entró en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, que tuvo lugar el día 27 de julio de 2012 (art. 84), lo que significa que, desde el día 16 de agosto de 2012 los causantes vinculados con España y Marruecos pueden organizar su sucesión teniendo en cuenta las posibilidades de elección que les otorga el Reglamento²¹. Así se desprende de la regla de Derecho transitorio que contiene el art. 83.2º del Reglamento, según el cual, los causantes pueden elegir su ley nacional como aplicable a su sucesión antes del 17 de agosto de 2015, siendo válida dicha elección si cumple las condiciones previstas en el capítulo III (sobre ley aplicable) o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de DIPr. vigentes en el momento en que se hizo la elección en el Estado en que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía²². Según este precepto, un marroquí puede ya efectuar ante un notario español la elección de su ley nacional para que rija su sucesión. Pero, para que la elección anticipada de la ley nacional aplicable surta efectos ¿es necesario que el fallecimiento se produzca después del 17 de agosto de 2015, como afirman algunos notarios?²³ Es cierto que, si el causante muere antes de esa fecha, la elección no surtirá efecto, si no es válida según el DIPr. vigente en el país de su residencia habitual en el momento de hacer la elección. Pero, ¿cuál es el DIPr. vigente en el momento de hacer la elección? ¿Es el art. 9.8º Cc., si el lugar donde tenía el causante su residencia habitual al hacer la elección era España, o es el Reglamento? Considero que el DIPr. vigente es el Reglamento, porque ya está en vigor, aunque no se apliquen todas sus disposiciones. De no admitir esta interpretación, el art. 83.2º del

²⁰ La exclusión no será completa por lo que se refiere a los conflictos de leyes internos, pues todo dependerá de lo que decida el legislador español, que, por el momento, no se ha pronunciado, como se verá *infra*.

²¹ Para un estudio detallado sobre la posibilidad de elección de ley limitada en el marco del Reglamento sobre sucesiones, *vid.* entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río, Civitas/Thomson Reuters, Cizur menor, 2009, pp. 17-49, consultado en http://www.academia.edu/4798570/La_professio_iuris_y_la_sucesion_internacional_en_una_futura_reglamentacion_comunitaria; J.M.FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, 2010; *id.*, “La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria”, *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 2011, pp. 83-129 y la extensa bibliografía citada por ambos.

²² Vid. las posibilidades analizadas por P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, vol. 27, 2014, pp. 6-7.

²³ P. CHASSAING, “La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012”, en G. KHAIRALLAH y M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales*, Defrénois, París, 2013, p. 40.

Reglamento perdería su efecto útil y sería un precepto que no serviría de nada: sólo podrían elegir la ley aplicable a su sucesión los nacionales de países cuyo ordenamiento jurídico ya admite la *professio iuris* (como Italia²⁴ o Bélgica²⁵), no el resto. No tendría, entonces, ningún sentido permitir que los causantes organicen su sucesión conforme a un ordenamiento jurídico que, en caso de fallecimiento antes de la fecha prevista, no concedería validez a lo dispuesto por el causante. Permitir elegir la ley aplicable sólo si el DIPr. actual lo admite no es aportar nada nuevo a lo ya existente y es crear una falsa apariencia de libertad de elección de ley, cuando no la hay.

Aun así, la anticipación de la posibilidad de elegir la ley aplicable por parte de los causantes envueltos en relaciones vinculadas con España y Marruecos no entraña cambios importantes, habida cuenta de que la única posibilidad que tendría un marroquí (antes del 17 de agosto de 2015) sería la de elegir la aplicación de su ley nacional a la sucesión; ley nacional que también se le aplicará en virtud del art. 9.8º Cc. hasta esa fecha. Respecto a los españoles que guarden vínculos con Marruecos, la anticipación de la elección de la ley nacional tampoco es revolucionaria, puesto que la única ley reguladora de su sucesión será la española, tanto si hacen uso de la facultad que les confiere el art. 83.2º del Reglamento, como si se les aplica el art. 9.8º Cc.²⁶. Sí que será relevante la posibilidad de elección anticipada en caso de que el causante ostente la doble nacionalidad hispano-marroquí, pues, en tal caso, sí que podrá optar por la aplicación de cualquiera de sus leyes nacionales, lo que entraña un cambio significativo. Otra cuestión diferente es el valor que a dicha elección se le atribuya por parte de las autoridades españolas, teniendo en cuenta la especialidad de la plurinacionalidad en las relaciones hispano-marroquíes y el peligro que entraña la tendencia a utilizar el art. 9.9º Cc., como después se verá.

Una vez que sea plenamente aplicable el Reglamento, sí se producirán aparentemente cambios importantes en materia de ley aplicable. Por un lado, el carácter universal del Reglamento (art. 20) obliga a las autoridades de los Estados Miembros de la UE a aplicar a las sucesiones la ley designada, aunque sea la de un Estado no miembro de la Unión Europea, como es el Derecho marroquí. Por tanto, a la herencia de un causante marroquí con su última residencia habitual en España se le aplicarán las reglas sucesorias establecidas en el Reglamento. Si este causante marroquí eligió su ley nacional para regir su sucesión, esta será la ley aplicable, por mandato del art. 22. Si no eligió su ley nacional, se le tendrá que aplicar la ley española correspondiente a su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Este cambio sí es importante, porque, la única posibilidad vigente actualmente es la aplicación de la ley nacional, mientras que el Reglamento conllevará directamente la aplicación de la ley de la residencia habitual, si no hay elección de la ley nacional, sin que tenga que recurrirse a

²⁴ Art. 46 de la Ley de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado.

²⁵ Art. 78 del Código de Derecho internacional privado belga.

²⁶ La elección de ley efectuada por el causante será válida, aunque la ley material elegida no admita la posibilidad de elección, que es lo que sucede con los ordenamientos jurídicos marroquí y español. Ahora bien, la validez material del acto de elección sí se rige por la ley elegida, lo que implica que dicha ley deberá determinar si el causante comprendía lo que estaba haciendo y si consintió en ello.

la excepción de orden público internacional o a la falta de acreditación del Derecho marroquí, como venía ocurriendo hasta ahora.

Por otro lado, la sucesión de un marroquí que tenga bienes en España, pero resida en Marruecos, podrá dirimirse ante las autoridades españolas (art. 10 Reglamento sobre sucesiones), que tendrán que aplicar el Derecho marroquí, en cuanto ley de su última residencia habitual. Y, a la sucesión de un español residente en Marruecos sin que haya optado por la aplicación de su ley nacional también le será aplicable el Derecho marroquí, si conocen de la sucesión las autoridades españolas, por tener el causante bienes en España (art. 10.1º a)) o por haber tenido su última residencia habitual en España, si no han transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia (art. 10.1º b)). Este cambio en las reglas de Derecho sucesorio vigentes en España hasta ahora es muy importante, por el desplazamiento que sufre el criterio de conexión nacionalidad a favor del de la residencia habitual: la sucesión de un español se puede ver sometida a un Derecho extranjero y no al Derecho español, como ocurría hasta ahora. Pero, habrá que ver con más detalle estas novedades, para apreciar si realmente en la práctica suponen un cambio en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes.

B) ¿*Professio iuris* discriminatoria?

El desplazamiento a un segundo plano de la conexión nacionalidad, supone una importante novedad para el Derecho internacional privado español, con incidencia en las relaciones extracomunitarias, en particular, las que guardan vinculación con España y Marruecos. La ley nacional sólo entra en juego en materia sucesoria si la elige el causante. La *professio iuris* en materia sucesoria, aunque ya existía en otros países²⁷, es desconocida en España. En términos generales, hay que valorar positivamente el que se conceda la facultad de elegir la ley aplicable a la sucesión, porque, al permitir al interesado organizar su sucesión con antelación, introduce una mayor seguridad jurídica, que se ve incrementada al quedar excluido el reenvío, siendo, por tanto, las normas materiales correspondientes al ordenamiento jurídico nacional las que resultarán aplicables. También permite unificar la ley aplicable a la sucesión, evitando el fraccionamiento legal de la sucesión, lo que puede ser interesante en aquellos supuestos en que el causante pertenezca a un sistema legal escisionista, aunque no es el caso ni de Marruecos, ni de España. Además, facilita a las personas elegir su modelo de vida y de desarrollo personal²⁸, sin imponerle una ley, dejando que sea el propio interesado el que decida si desea que su sucesión se rija por su ley nacional²⁹. Por otro lado, evita la aplicación de la ley de la residencia habitual en casos en que es difícil concretar cuál es dicha residencia³⁰.

²⁷ Alemania (art. 25.2º BGB), Bélgica (art. 79 Código belga de DIPr. de 2004), Italia (art. 46.2º LDIPr. de 1995), Québec (art. 3098.2º Cc. de 1991), Suiza (art. 90.2º Ley DIPr. de 1987)...

²⁸ A.L. CALVO CARAVACA, "La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global", Consejo General del Notariado: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. T. V, Derecho internacional privado e interregional*, ed. Wolters Kluwer España, 2012, p. 183.

²⁹ *Ibid.*, pp. 296-297.

³⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 128.

El Reglamento 650/2012 sigue las pautas marcadas por el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, que admite la elección de ley expresa y tácita (art. 5.2.1)³¹. En la misma línea se sitúa el Reglamento, que admite una elección tácita de la ley nacional, por ejemplo, haciendo referencia a disposiciones concretas de ese ordenamiento jurídico³². Esto está en consonancia con la mayoría de ordenamientos jurídicos que admiten la elección de ley en materia sucesoria³³, tal sería el caso de Países Bajos, único país que ratificó el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte³⁴, Bélgica³⁵, Benín³⁶, Bulgaria³⁷, Burkina Faso³⁸, Corea del Sur³⁹, Finlandia⁴⁰. Además, es acorde con la línea seguida por los países que, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial reconocen la libertad formal, como Liechtenstein⁴¹, Rumania⁴², Québec⁴³. Más restrictivos al respecto son Alemania⁴⁴, Italia⁴⁵ o Suiza⁴⁶.

³¹ J.M. FONTANELLAS MORELL, “La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *REDI*, vol. LXIII, 2011, 2, p. 136.

³² No entiende que la referencia a disposiciones materiales de un Derecho sucesorio estatal concreto deba interpretarse siempre como supuesto de elección tácita J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo...op.cit.*, p. 140.

³³ Vid. los Informes nacionales recogidos en

http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

³⁴ El Convenio ha sido firmado por Argentina, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, pero sólo ha sido ratificado por Países Bajos, razón por la cual, no está en vigor. Ahora bien, la Ley holandesa de 4 de septiembre de 1996 ha incorporado el contenido del Convenio al ordenamiento jurídico interno holandés. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), vol. 6, Nº 1, p. 8.

³⁵ Art. 79.2 del Código belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 (admite la elección en favor de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual en el momento de la elección o en el del fallecimiento, siempre que no se prive al heredero de su derecho a la legítima conforme al Derecho objetivamente aplicable a la sucesión).

³⁶ Art. 1005.1 del *Code des personnes et de la famille*, de 6 de julio de 2002.

³⁷ Art. 89.4 del Código búlgaro de Derecho internacional privado de 17 de mayo de 2005. *REEI*, núm. 12, 2006, pp. 17 y ss.

³⁸ Art. 1044.2 del Código de las personas y de la familia de 16 de noviembre de 1989.

³⁹ Art. 49 (2) de la Ley núm. 6465, de 7 de abril de 2001, de Derecho internacional privado.

⁴⁰ Sección 6 (1) del Capítulo 26 del Código de Sucesiones de Finlandia, reformado por Ley de 13 de diciembre de 2001 (el testador puede elegir entre la ley de su nacionalidad en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento y la ley de su domicilio en el momento de la elección o en un momento anterior; si tiene doble nacionalidad, puede elegir cualquiera de ellas, aunque no sea la efectiva y si está casado, puede elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial). Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional...”, *cit.*, p. 11.

⁴¹ Art. 29.3 y 4 de la *Gesetz vom 19. September 1996 über das internationale Privatrecht*.

⁴² Art. 68.1 de la Ley rumana de Derecho internacional privado de 22 de septiembre de 1992.

⁴³ Art. 3098.2 del Código Civil, adoptado por ley de 18 de diciembre de 1991.

⁴⁴ Arts. 25 y 26 EGBGB (sólo permite elegir la ley alemana para regir los bienes inmuebles situados en Alemania).

⁴⁵ Art. 46.2.1 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (admite la elección de la ley de la residencia habitual en el momento de hacer la elección, siempre que se conserve en el momento del fallecimiento y no perjudique las legítimas de los residentes en Italia). Esto viene a implicar que la facultad de elegir se limita al marco de la cuota disponible determinada conforme a la ley sucesoria designada objetivamente. En este sentido, F. BOUCKAERT, “*Professio iuris* dans le Code de Droit international privé Belge”, *DNotl, Les successions internationales dans l'UE*, p. 423.

⁴⁶ Arts. 87, 90 y 91 de la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987 (los causantes extranjeros con último domicilio en Suiza pueden elegir cualquiera de sus leyes nacionales, si conservan dicha ley

Sin embargo, el Reglamento no ha reconocido al causante una libertad indiscriminada: sólo puede optar por su ley nacional como aplicable a su sucesión (art. 22), en forma unilateral mediante testamento, o de forma plurilateral, a través de un pacto sucesorio. Cabe incluso que la elección de la ley aplicable a la sucesión sea el contenido único de la disposición testamentaria o pacto sucesorio. Esta restricción de las posibilidades de elegir la ley aplicable a la sucesión resulta criticable, sobre todo, si se tiene en cuenta que el criterio de conexión nacionalidad está en retroceso en el ámbito de las relaciones personales y familiares y que conduce en numerosas ocasiones a la aplicación del Derecho del foro, por los problemas de aplicación que plantea (dificultades de prueba, orden público internacional)⁴⁷. Aun así, se valora positivamente el que se permita elegir la ley nacional, por la vinculación, al menos formal, entre el causante y su ley nacional: al tratarse de una conexión estable, debido al complejo y largo camino para cambiar de nacionalidad, puede evitar fraudes, potencia la seguridad jurídica y la actividad internacional de la persona⁴⁸, ya que le permite residir en varios países, sin que cambie por ello la ley reguladora de su sucesión. Además, se afirma que puede evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las legítimas expectativas de los legitimarios⁴⁹. Sin embargo, al no exigirse ningún elemento de vinculación con su Derecho nacional, el causante puede optar precisamente por la aplicación de su ley nacional, sin considerar los intereses de los herederos, aunque se encuentre muy alejado de este ordenamiento jurídico y aunque la investigación de esta ley nacional conlleve costes muy elevados⁵⁰. Pese a ello, las expectativas de los herederos no pueden primar sobre la libertad del causante de organizar su sucesión como le plazca, por lo que está justificada la posibilidad de elegir la ley nacional, aunque no presente una fuerte vinculación con el causante.

Este cambio en el sistema español de Derecho internacional privado afecta considerablemente a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, en especial, a los causantes marroquíes afincados en España, porque si desean que su sucesión se rija por su Derecho nacional (marroquí), deberán elegir la aplicación de su ley nacional, o, de lo contrario, a partir del 17 de agosto de 2015 se les aplicará la ley de su residencia habitual y no su ley nacional, como venía ocurriendo con el art. 9.8º Cc. Además de suponer una novedad, este cambio conlleva un resultado diferente para los causantes marroquíes y para los españoles. Mientras que a los causantes marroquíes residentes

nacional y no han adquirido la suiza; los causantes suizos con último domicilio en el extranjero pueden elegir la aplicación de la ley suiza). J.M. FONTANELLAS MORELL, “La forma de la designación de ley...”, *cit.*, pp. 131-135.

⁴⁷ M. GUZMÁN ZAPATER, “La ley nacional e intervención notarial en sucesiones”, Consejo General del Notariado: *Autonomía de la voluntad... op.cit.*, p. 306.

⁴⁸ A.L. CALVO CARAVACA, “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 189.

⁴⁹ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos”, Consejo General del Notariado: *Autonomía de la Voluntad... op.cit.*, pp. 25-26.

⁵⁰ De hecho, como ha señalado S. Álvarez, es muy probable que un nacional británico afincado en las Alpujarras durante más de veinte años, acabe optando por la aplicación de su ley nacional para regir su sucesión, precisamente, porque le concede mayor libertad de elección. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris...*”, *cit.*, p. 6, consultado en

http://www.academia.edu/4798570/La_professio_iuris_y_la_sucesion_internacional_en_una_futura_reglamentacion_comunitaria

fuera de su Estado de origen (en España) sólo se les puede aplicar en España su ley nacional si la eligen, a los causantes españoles residentes en Marruecos (fuera de su Estado de origen) se les puede acabar aplicando en España la ley española, aunque no la hayan elegido, gracias al juego del reenvío, como se verá en otro epígrafe. El juego combinado de las reglas del Reglamento conduce a una situación discriminatoria, al multiplicar los supuestos en que a un español se le va a acabar aplicando su Derecho nacional, mientras que la aplicación de la ley nacional marroquí se restringe.

Por otro lado, tanto España como Marruecos son sistemas plurilegislativos y la posibilidad de elegir la ley nacional plantea problemas en estos casos. El hecho de que el Reglamento no haya establecido una fórmula concreta que deba utilizarse para efectuar la elección, ni haya dispuesto nada respecto a estas situaciones, suscita dudas. Ningún problema plantea la utilización de cualquier expresión para elegir la ley aplicable, siempre que no haya dudas de esa elección. Sería factible que el causante dispusiera que su sucesión se regiría por el Derecho de la nacionalidad que posee en el momento de hacer la disposición *mortis causa*, o por el Derecho marroquí o por el Derecho de Marruecos. Igualmente, se admite como supuesto de *professio iuris* que el causante haga referencia a alguna disposición específica del Derecho de su nacionalidad. Tampoco plantea problemas el que el causante concrete su elección, ya que nada dispone el Reglamento en contra. En este sentido, el causante puede decidir que su sucesión se regiría por el Derecho correspondiente a su vecindad civil⁵¹. Esto sería factible, en la medida en que la nacionalidad se relaciona con la vecindad civil, actuando esta como ley personal en la dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado. Por la misma razón, habrá que entender que el Derecho sucesorio que se le va a aplicar es el correspondiente a su vecindad civil (ya sea un Derecho foral, ya el Derecho civil común), aunque nada disponga respecto al Derecho correspondiente a su vecindad civil, esto es, incluso en el caso de que haya elegido la aplicación de su ley nacional⁵².

Sin embargo, un marroquí naturalizado español con vecindad civil en una Comunidad Autónoma con Derecho sucesorio propio, al elegir su ley nacional ¿podría optar entre el Derecho foral correspondiente a su vecindad civil o el Derecho civil común? O, por el contrario, ¿la *professio iuris* prevista en el Reglamento sobre sucesiones sólo le permite elegir obligatoriamente el Derecho foral correspondiente a su vecindad civil? Para algunos autores, esta última opción es la coherente con la identificación de la nacionalidad con la vecindad civil en la dimensión interna del Derecho internacional privado, por lo que no sería razonable que el nacional con una vecindad civil eligiera como ley aplicable la que corresponde a otra vecindad civil⁵³. Ahora bien, la solución no es tan clara si, como afirman otros autores, el causante ha hecho uso de la *professio*

⁵¹ J.M. FONTANELLAS MORELL, “La forma de la designación de ley...”, *cit.*, pp.139-140.

⁵² En la misma línea, I. ESPÍNEIRA SOTO, “La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones *mortis causa*. Incidencia de la *professio iuris*”, disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/2012-validez-disposiciones-mortis-causa.htm>

⁵³ Así se pronuncia J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 126.

iuris y, tras la elección de su ley nacional, incorpora al testamento disposiciones válidas conforme a una de las leyes (nacionales) implicadas (ya sea un Derecho foral, ya sea el Derecho civil común) e ineficaces conforme a la otra ley: marroquí naturalizado español con vecindad civil aragonesa y residente en Pamplona, opta por la aplicación de la ley española y la disposición testamentaria es válida según el Derecho navarro (correspondiente a su ley nacional coincidente con su residencia habitual) y no según el Derecho aragonés (propio de su vecindad civil)⁵⁴. Aunque se intentara conservar la validez de la disposición testamentaria mediante la aplicación de la ley nacional que le otorga validez, no es una posibilidad permitida por el Reglamento sobre sucesiones.

A pesar de la aparente amplitud con que el Reglamento concede la *professio iuris*, permitiendo elegir la ley nacional del causante, sin efectuar más precisiones al respecto, esta posibilidad queda restringida en los casos de Estados plurilegislativos. El art. 36 del Reglamento limita la posibilidad de elección, puesto que hay que respetar las reglas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado. Por lo que a los causantes marroquíes se refiere, esto implica que, si decidieran optar por la aplicación del Código de estatuto personal hebreo marroquí o de la *Moudawwana*, dicha elección no será válida, si no respeta las reglas del art. 2 CFM, esto es, si finalmente el marroquí judío protagoniza una relación sucesoria en la que hubiera implicado un marroquí musulmán. Por lo que a los causantes españoles con alguna vinculación con Marruecos se refiere, la elección de su ley nacional debe ir acompañada también de la previsión del respeto a las normas de conflicto de leyes internas españolas. En consecuencia, la elección de la ley nacional aplicable debe hacerse teniendo en cuenta las reglas de conflicto de leyes internas españolas y marroquíes, según sea el causante español o marroquí, pues de ello va a depender que la elección sea válida o no.

En todo caso, a efectos prácticos, la aplicación de la ley nacional a la sucesión de un marroquí no supone un cambio tan significativo con respecto a lo que tiene actualmente, ya que, conforme al art. 9.8º Cc. también se le aplica su ley nacional. Y, la elección de su ley nacional no le garantiza que se le vaya a aplicar íntegramente el Derecho marroquí, debido a su posible incompatibilidad con el orden público internacional español. Lo que sí constituye una novedad es la necesidad de elegir la aplicación del Derecho marroquí para que se le acabe aplicando, pues, en caso contrario, si reside en España, se le aplicará el Derecho español correspondiente a su última residencia habitual, lo que deberá ser tenido en cuenta por los causantes marroquíes, si desean que su sucesión se rija por el Derecho marroquí.

C) *Professio iuris* ficticia con efectos perniciosos

Uno de los argumentos que se han esgrimido para justificar la introducción de la *professio iuris* en la reglamentación comunitaria tiene que ver con la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al causante, de modo que pueda organizar su sucesión conociendo de antemano las reglas que le serán aplicables. Y, para concederle una

⁵⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris*...”, *cit.*, p. 25, consultado en http://www.academia.edu/4798570/La_professio_iuris_y_la_sucesion_internacional_en_una_futura_reglamentacion_comunitaria

mayor libertad de actuación, el art. 22.1º in fine Reglamento 650/2012 permite al causante que posee dos o más nacionalidades, optar por cualquiera de sus leyes nacionales, sin que se exija ningún requisito de efectividad a la nacionalidad. Ahora bien, para los causantes hispano-marroquíes resulta problemática esta opción por dos motivos.

En primer lugar, la cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, y, tal y como señala el considerando 41, debe resolverse conforme a la legislación nacional de ese Estado, incluyendo sus Convenios internacionales y respetando los principios generales de la UE. Pero, habrá que ver si las autoridades españolas admiten la posibilidad de que el causante, originariamente marroquí y que adquirió la nacionalidad española, pueda optar por la ley marroquí correspondiente a su otra nacionalidad. En la medida en que tuvo que renunciar a la nacionalidad marroquí para naturalizarse español, las autoridades españolas lo van a considerar exclusivamente español. Nada importa que para el Derecho marroquí la renuncia a la nacionalidad marroquí por adquisición de otra nacionalidad no conlleve la pérdida de la nacionalidad marroquí y que, de hecho, sea un doble nacional, pues a los efectos del Derecho español, sólo será considerado español (art. 9.9 Cc.). Igualmente, aunque no se haya producido un acto expreso de renuncia a la nacionalidad, en los supuestos en que el causante fuera doble nacional, por combinación del principio del *ius sanguinis*, tampoco permite el art. 9.9º Cc. valorar la otra nacionalidad no prevista por las leyes españolas. Si las autoridades españolas se inclinan a imponer la aplicación del art. 9.9º Cc. en este supuesto, no cabrá la posibilidad de optar por la ley nacional marroquí: el causante sólo podrá elegir la aplicación del Derecho español, que, además, puede que coincida con el de su residencia habitual en España, lo que implicaría que, en tales hipótesis, no tendrá verdaderamente la posibilidad de elegir la ley aplicable a su sucesión. Se trataría de un supuesto de *professio iuris* ficticia en la práctica y que conduciría a que la relación sucesoria se resolviera de diferente manera en Marruecos y en España.

En estas situaciones, habría que preguntarse por la solución a la que llegarían las autoridades de otros Estados Miembros de la Unión Europea que pudieran resultar competentes, por ejemplo, por tener el causante hispano-marroquí su última residencia habitual allí o por poseer bienes en dichos Estados. ¿Respetarán la elección efectuada por el causante a favor de su ley nacional marroquí, pese a que, de conformidad con las reglas de nacionalidad de uno de los Estados Miembros (España), el causante sólo tenga la nacionalidad española? Atendiendo al mandato del considerando 41 del Reglamento, que no distingue si la nacionalidad que está en cuestión es la de un Estado miembro o la de un tercer Estado, tendrían que admitir las reglas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad de cualquier Estado, sea o no de la UE, por lo que la solución al problema sucesorio sería diferente en el resto de países Miembros de la UE y en España.

Por eso, una aplicación funcional del art. 22.1º in fine del Reglamento, que no conduzca a dejarlo sin efecto en estos supuestos de doble nacionalidad hispano-marroquí, obliga a descartar la aplicación del art. 9.9º Cc. en casos de doble nacionalidad de hecho no prevista en las leyes españolas, bien como consecuencia de la adquisición de la

nacionalidad española con renuncia a la nacionalidad marroquí, sin que eso conlleve la pérdida de la nacionalidad marroquí, bien con motivo de la atribución de la nacionalidad española y marroquí por vía del *ius sanguinis*. El desplazamiento del art. 9.º en estos casos se fundamenta en varias razones. Por un lado, la norma de conflicto que suscita el problema de la aplicación de la ley nacional no es una norma de conflicto de origen autónomo, sino institucional. Por otro lado, no está en juego la precisión de qué nacionalidad es la que prevalece, puesto que el Reglamento no exige que la ley elegida sea la ley nacional más vinculada, permitiendo la elección de cualquiera de las leyes nacionales⁵⁵. Las autoridades españolas deberán, por tanto, prescindir de la aplicación del art. 9.º Cc., y atender al mandato directo del Reglamento 650/2012, que permite al causante elegir entre cualquiera de sus leyes nacionales, con independencia de que, para el Derecho español, el causante marroquí haya tenido que renunciar a la nacionalidad marroquí para adquirir la española y con independencia de que la situación de doble nacionalidad no esté prevista por las leyes españolas. De lo contrario, en estos supuestos de doble nacionalidad fáctica no habría verdadera posibilidad de elegir entre las dos leyes nacionales cuya nacionalidad ostenta *de facto* el causante.

En segundo lugar, el Reglamento permite optar por la ley nacional en el momento de hacer la elección o por la ley nacional en el momento del fallecimiento. Esto significa que el causante puede elegir la aplicación de una ley nacional que todavía no posee. Esta doble posibilidad de elegir resulta sorprendente, porque, salvo que el causante esté incurrido en un proceso de adquisición de otra nacionalidad, no es previsible que sepa de antemano qué otra nacionalidad va a tener en el momento del fallecimiento, distinta de la que tiene en el momento en que hace la elección. Es más, suponiendo que el causante de nacionalidad marroquí haya incoado un expediente de adquisición de la nacionalidad española por residencia, por ejemplo, si eligiera como ley aplicable a su sucesión la ley española de su futura nacionalidad (la del momento del fallecimiento), nada le asegura que no morirá antes de adquirir efectivamente la nacionalidad española, ni que se le vaya a conceder dicha nacionalidad. Por tanto, esta posibilidad de elegir la ley nacional actual o la ley nacional del momento del fallecimiento no contribuye a fomentar la seguridad jurídica. Se mire como se mire, es un supuesto de *professio iuris* ficticia. Si el causante, habiendo elegido la ley de su nacionalidad en el momento del fallecimiento (teniendo en mente la ley española), hace sus disposiciones testamentarias conforme a la ley española y, finalmente, no llega a adquirir dicha nacionalidad, ¿se le aplicaría el Derecho español a título de ley de su última residencia habitual, pese a haber elegido la aplicación de la ley de su nacionalidad en el momento del fallecimiento y siendo ésta la ley marroquí? Aun cuando el causante hubiera hecho referencias concretas al Derecho español y esto pudiera concebirse como un supuesto de elección tácita, no podría admitirse la aplicación del Derecho español como ley nacional del causante, puesto que no se le ha concedido la posibilidad de optar entre la aplicación de su ley nacional o la ley de su residencia habitual, como habría sido más coherente y razonable. Si se le aplica la ley española no será porque el causante la haya elegido, sino porque es la de su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

⁵⁵ En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo...op.cit.*, pp. 136-137, así como P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte...”, *cit.*, p. 22.

De ahí que, de nada sirva el esfuerzo del causante marroquí de organizar su sucesión de conformidad con el Derecho español correspondiente a su previsible futura ley nacional. La fórmula utilizada, según la cual, “*cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*” no es acertada. En el momento en que el causante cambie de nacionalidad, si decide elegir esa ley nacional, ya no tiene una alternativa entre diferentes leyes nacionales, pues dicha ley será la misma, la del momento de hacer la elección y la del fallecimiento. Habrá una coincidencia de leyes y la dualidad es sólo aparente, porque no se puede optar por una ley nacional antigua.

Más acertado habría sido pensar en la posibilidad de que el testador hubiera hecho disposiciones testamentarias conforme a su ley nacional en el momento de otorgarlas y posteriormente hubiera cambiado de nacionalidad. Para estos casos, habría sido totalmente acertada una solución como la prevista en el art. 9.8º Cc., que permite la validez de las disposiciones testamentarias de conformidad con la ley de la nacional del causante en el momento en que otorgó dichas disposiciones o según la ley nacional que ostentara en el momento del fallecimiento. No obstante, no es este el tenor del precepto, a no ser que se realice, aunque sea forzosamente, una interpretación orientada hacia esta finalidad.

Más utilidad habría tenido prever una regla similar para los supuestos en que el causante cambie de residencia habitual, sin llegar a adquirir la vecindad civil en la nueva Comunidad Autónoma⁵⁶, para que, en este caso, pudiera optar por la aplicación del Derecho correspondiente a su vecindad civil en la antigua Comunidad Autónoma donde residía o dejar que se le aplique el Derecho correspondiente a su nueva residencia habitual, a título de ley de su residencia habitual. Por ejemplo, un causante marroquí naturalizado español con vecindad civil gallega, con bienes en Marruecos o herederos marroquíes, desplaza su residencia habitual a Cataluña. Puede optar por la aplicación del Derecho gallego correspondiente a su actual vecindad civil. Si no hace esta elección, y posteriormente cambia de vecindad civil, se le aplicará el Derecho catalán, correspondiente a su residencia habitual. En cambio, si la elección de su ley nacional la efectúa una vez que ha adquirido la vecindad civil en la nueva Comunidad Autónoma (Cataluña) donde reside y opta por la elección del Derecho catalán correspondiente a su nueva vecindad civil, se volverán a solapar la ley nacional y la de la residencia habitual, existiendo una única ley sucesoria: la de su residencia habitual, coincidente con su vecindad civil. No habrá, por tanto, verdadera posibilidad de elegir.

2. La ley de la residencia habitual: una vía para la aplicación de la ley española sin necesidad de recurrir al orden público internacional ni a la falta de prueba del Derecho extranjero

Para las relaciones sucesorias extracomunitarias, particularmente las hispano-marroquíes, además del cambio introducido con la admisión de la *professio iuris*,

⁵⁶ La vecindad civil se adquiere por el transcurso de dos años mediante manifestación de voluntad por el interesado o por el transcurso de diez años, si no media declaración en contrario en ese plazo (art. 14.1º Cc.).

supone una gran novedad la previsión del art. 21 del Reglamento 650/2012. Si el causante no ejercita su derecho a elegir como aplicable su ley nacional, el Derecho objetivamente aplicable a la totalidad de la sucesión será el del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Con ello se rompe con la regla que tradicionalmente se ha venido aplicando a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes: la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. Este cambio es muy importante, porque conducirá a que se aplique el Derecho español a la sucesión de los marroquíes residentes en España y ello directamente por mandato de la propia norma de conflicto, sin necesidad de acudir al mecanismo del orden público internacional ni a la falta de prueba del Derecho extranjero. Para los causantes marroquíes es una oportunidad de desprenderse de la aplicación de su Derecho nacional, ya que, si no eligen su aplicación, tienen la posibilidad de que sea el Derecho español de su residencia habitual el que regule su sucesión. Los causantes españoles deberán tener en cuenta que la aplicación de su ley nacional ya no será automática.

La preferencia concedida al criterio de conexión relativo a la residencia habitual frente a la nacionalidad, tan privilegiada durante largo tiempo, se fundamenta en varios motivos: por su carácter no discriminatorio en el marco de las relaciones transfronterizas, ya que todos los residentes en un Estado estarán sometidos al mismo sistema jurídico; porque así se favorece la integración social de los inmigrantes⁵⁷; es la ley que corresponde al centro social de vida real del causante; porque protege a los acreedores, que no sufren la incertidumbre de otros criterios de conexión o porque en este país se suelen realizar todas las operaciones de traspaso y liquidación de la herencia⁵⁸. Además, este criterio de conexión impide el recurso a la excepción de orden público internacional y las dificultades de aplicación de un Derecho extranjero, lo que reduce costes conflictuales, aunque con ello se respete menos la identidad cultural de los extranjeros⁵⁹. Por otro lado, la residencia habitual es un elemento de vinculación utilizado en los instrumentos comunitarios que se están adoptando en materia de Derecho de familia con una finalidad política, orientada al desarrollo de la UE⁶⁰. Estos argumentos han pesado más que las críticas que este criterio de conexión había suscitado, en la medida en que se temía un posible “turismo sucesorio”, un fraude de ley por parte del causante, que, intencionadamente, seleccionara su residencia habitual en un país que fuera más tolerante respecto a las legítimas, permitiendo prescindir de ellas en mayor medida que su ley nacional. Finalmente, debió estimarse que es poco probable que una persona fije su residencia en un país pensando en que va a morir y no basándose en otras razones, teniendo en cuenta que este momento no se sabe cuándo va a llegar⁶¹.

⁵⁷ E. LEIN, “A Further Step Towards a European Private International Law Code - The Commission Proposal for a Regulation on Succession”, *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 130.

⁵⁸ J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento...op.cit.*, pp. 78 y 88-89.

⁵⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, nº 1, ISSN 1989-4570, marzo de 2010, p. 193.

⁶⁰ A. DAVÌ y A. ZANOBETTI, “Il nuovo Diritto internazionale privato delle successioni nell’ Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2013), vol. 5, núm. 2, p. 30.

⁶¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *AEDIPr*, t. X, 2011, pp. 378-380.

Siendo la residencia habitual un elemento de vinculación relevante tanto a efectos de determinar la competencia de las autoridades como la ley aplicable a la sucesión, presenta una debilidad y es que se trata de un concepto fáctico, no jurídico. Esto puede dar lugar a que las autoridades de los Estados Miembros lleguen a soluciones dispares partiendo de los mismos datos objetivos. Aun así, el Reglamento no aporta un concepto preciso de residencia habitual, ni exige una duración determinada para alcanzar el requisito de la habitualidad⁶², a diferencia del Convenio de La Haya de 1989, que sí exige una duración no inferior a cinco años previos al fallecimiento del causante para poder considerar ese país como la residencia habitual del difunto (art. 3.2º). Son, pues, las autoridades nacionales competentes las que deberán concretarla caso a caso. Para ello, deberán tener en cuenta todas las circunstancias particulares y respetar la amplia jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual, de la que se desprende que es más importante el centro de intereses de la persona que el tiempo que efectivamente haya estado viviendo en un lugar⁶³. De todo ello se desprende que la autoridad que conozca de la sucesión debe hacer una evaluación de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes al fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular, la duración y regularidad de su presencia en el Estado en cuestión, así como las condiciones y motivos de dicha presencia. Así lo dispone el considerando 23 del Reglamento sobre sucesiones, que pretende que la residencia represente un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, aunque la residencia habitual no tiene por qué ser la que presente los vínculos más estrechos, pues para eso ya está la cláusula de excepción.

Ahora bien, en las relaciones sucesorias vinculadas a España y Marruecos es bastante probable que existan dificultades de determinación de cuál será la residencia habitual del causante. Es muy frecuente que el causante marroquí tenga una estrecha vinculación

⁶² Reclamando una definición del concepto de residencia habitual, A. BONOMI, “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 887; MAX PLANCK-INSTITUT, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, *RabelsZ*, 2010, p. 605.

⁶³ *Vid.* la STJCE de 15 de septiembre de 1994, Magdalena Fernández/Comisión, asunto C-452/93, en la que mantiene que la residencia habitual es “*el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses*”. Igualmente, mantiene que hay que tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de la misma y que una ausencia esporádica y de breve duración no significa que el interesado haya trasladado su centro de intereses, por lo que este hecho no hace cesar su residencia habitual en ese Estado. En la STJUE de 17 de julio de 2008, *Kozowski*, asunto C-66/08, se precisa que hay que hacer una apreciación global de todos los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre ellos, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona y sus lazos familiares y económicos. *Vid.* también la STJCE de 11 de noviembre de 2004, caso Adanez-Vega, C-372/02, disponible en http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5ee060e40566e4010a1b1c181f4ada188.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3uLe0?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=doc&docid=49659&occ=first&dir=&cid=210552; la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU (Mercredi); la STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU (disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=158432&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=363629#Footnote>)

con su Estado de origen, pero resida prolongadamente en España por motivos laborales, de estudio o por razones de salud; o que viaje constantemente a Marruecos o a España y posea vivienda en ambos países, manteniendo lazos igualmente estrechos con los dos Estados. Muchos marroquíes residen alternativamente en Marruecos y en España, sin residir permanentemente en ninguno de los dos países. A ello se unen las dificultades de determinación de la habitualidad de la residencia en uno de los dos Estados cuando el causante se ha trasladado con la intención de vivir permanentemente en un lugar, pero fallece poco tiempo después⁶⁴. Aunque la decisión, en tales casos, deba apoyarse en la valoración de todos los elementos fácticos que concurran, existe un elemento de distorsión, porque cada autoridad (el notario o el juez) puede llegar a soluciones divergentes, en la medida en que la apreciación de tales datos es subjetiva.

Como elementos de prueba podrá recurrirse al certificado de empadronamiento, que indicará la voluntad de estabilidad de su presencia en ese municipio, aunque no tiene por qué ser así. Para mayor certeza de cuál es la residencia habitual del causante se puede tomar declaración a testigos, así como a los llamados a la sucesión⁶⁵. En todo caso, no puede exigirse para la apreciación del concepto de residencia habitual la posesión de autorizaciones administrativas. Tanto si el causante marroquí reside legalmente en España como si no, si se encuentra en régimen de estancia o de residencia, lo que habrá que determinar es el concepto fáctico de residencia habitual. Además, el concepto de residencia habitual también debe diferenciarse del de los vínculos más estrechos, pues así lo exige el Reglamento.

Por lo que al Derecho español se refiere, la utilización del criterio de conexión residencia habitual como conexión objetiva en defecto de elección, supone un impacto muy importante en el marco de los Derechos forales. Si en la relación sucesoria hispano-marroquí, el causante español tiene vecindad civil común y reside habitualmente en una Comunidad Autónoma con Derecho foral cuya vecindad civil todavía no ha adquirido, la ley aplicable será la de la residencia habitual, Derecho español. Pero, el Derecho foral correspondiente a la Comunidad Autónoma donde reside el causante ¿se podrá aplicar, teniendo en cuenta la equivalencia que se da entre la nacionalidad y la vecindad civil? ¿Podrá admitirse que, en todo caso, la ley de la residencia habitual se refiere a la de la unidad territorial designada, o, por el contrario, habrá que tener en cuenta lo que dispone el art. 16 Cc., que soluciona el problema de la sucesión identificando la nacionalidad con la vecindad civil, debiendo recurrirse a otros parámetros para justificar la aplicación del Derecho foral correspondiente a la residencia habitual de la persona, como la mayor vinculación con el Derecho de ese territorio, el

⁶⁴ En este sentido, entre otros, A. DAVÌ y A. ZANOBETTI, “Il nuovo Diritto...”, *cit.*, p. 32; J. HARRIS: “The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges”, *Trust Law International*, 2008, p. 210; P. LAGARDE, “La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions”, *Rev. crit. droit int. privé*, 1989, p. 254; E. LEIN, “A Further Step...”, *cit.*, p. 131.

⁶⁵ P. BLANCO-MORALES LIMONES y A.L. BALMORI, “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, *JURISMAT, Portimao*, núm. 2, 2013, p. 51; A.I. CALVO VIDAL, “Competencia del notario español en supuestos internacionales. Sucesión intestada. Sucesión testada”, Consejo General del Notariado: *Autonomía de la Voluntad...op.cit.*, p. 789.

hecho de que es el Derecho más próximo a la autoridad judicial que conoce del asunto...?

En todo caso, no basta con destacar que el Reglamento ha priorizado la aplicación de la ley de la residencia habitual, convirtiendo esta conexión territorial en la conexión objetiva, en defecto de elección de la ley nacional. Para los causantes españoles residentes en Marruecos el cambio introducido por el Reglamento 650/2012 no es tan significativo, por lo menos, en cuanto al resultado, porque nada garantiza que en España se les vaya a aplicar el Derecho marroquí correspondiente a la residencia habitual del *de cuius*. Hay que tener en cuenta una serie de factores que pueden alejar a las autoridades españolas de la aplicación de la ley de la residencia habitual. Aparte de que el ordenamiento jurídico marroquí tendrá que ser objeto de prueba, no podrá resultar su aplicación incompatible con el orden público internacional. Por otra parte, se puede hacer un uso indebido del reenvío, para acabar aplicando el Derecho español. Y es que, no basta con conocer las normas de conflicto del Derecho marroquí reguladoras de la sucesión y que optan por la conexión nacionalidad. Hay que tener en cuenta las reglas de delimitación del ámbito de aplicación personal de la *Moudawana* que restringen el juego de la norma de conflicto marroquí. Como consecuencia de todos estos factores, es muy probable que la sucesión de los causantes españoles se siga rigiendo en España por el Derecho español. En consecuencia, que los causantes españoles residan o no en Marruecos no es decisivo, como tampoco lo es que el art. 21 del Reglamento 650/2012 haya elevado a la residencia habitual al rango de conexión objetivamente aplicable a la sucesión.

3. La ley más estrechamente vinculada: ¿previsibilidad del Derecho aplicable?

La introducción de la cláusula de excepción del art. 21.2º del Reglamento amplía las posibilidades de que las relaciones sucesorias hispano-marroquíes se resuelvan de modo diferente en España y en Marruecos, a la vez que contribuye a relajar el objetivo de seguridad jurídica perseguido por el Reglamento. En los supuestos en que el causante no haya hecho uso de la *professio iuris*, y estando perfectamente determinada la residencia habitual del causante, puede llegar a aplicarse otra ley distinta, si se desprende de las circunstancias que el causante mantiene un vínculo más estrecho con otro país⁶⁶. El art. 21.2º del Reglamento dispone la aplicación de la ley de ese Estado más estrechamente vinculado.

Así puede suceder en caso de que un causante marroquí con residencia en Marruecos, haya dejado bienes, herederos y numerosos vínculos con España. Las autoridades españolas podrían llegar a la conclusión de que, pese a tener el causante su último domicilio en Marruecos, procede la aplicación de la ley española, a título de ley más estrechamente vinculada. En tal caso, es lícito plantearse si la ley más vinculada es el

⁶⁶ H. DÖRNER, “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 505-513; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en G. KHAIRALLAH y M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, ed. Defrénois, París, 2013, pp. 5-16.

Derecho civil común o el Derecho propio de la Comunidad Autónoma con el que el causante guarde la más estrecha vinculación⁶⁷. E, incluso, puede considerarse que un causante marroquí que lleva residiendo en España muchos años, al no hablar castellano o el idioma propio de la Comunidad Autónoma en la que resida con la corrección que requeriría un prolongado tiempo de permanencia en el país, no guarda vínculos estrechos con nuestro país, por lo que debería aplicársele otra ley más vinculada.

Sin embargo, la aplicación de la ley más estrechamente vinculada puede resultar sorpresiva para los herederos⁶⁸ y no coincidir con los planes que el causante tuviera para su sucesión, por no mencionar las dificultades de prueba de dicha vinculación, fuerte o escasa, con ambos países⁶⁹.

Además, y aunque no será frecuente, la sucesión de un causante marroquí residente en España, con bienes en España y Marruecos, que mantiene muchos vínculos y contactos con su país de origen, pese a no haber optado por la aplicación de la ley de su nacionalidad, puede acabar regulándose conforme al Derecho marroquí de su nacionalidad, si las autoridades competentes concluyen que el causante posee con Marruecos vínculos más estrechos que con España. La utilización de la cláusula de excepción del art. 21.2º del Reglamento resulta en este caso desacertada, porque, aunque podría conducir a la aplicación de la misma ley en España y en Marruecos, la falta de elección de la ley nacional por parte del causante podría ser, precisamente, una evidencia de la voluntad de esta persona de que su sucesión no se rija por su ordenamiento jurídico nacional, por muy fuertes que sean los vínculos con su país de origen. No es que el causante desee evitar la aplicación de las normas imperativas de su ley nacional, sino que desea que se le aplique al conjunto de su sucesión el Derecho del país donde reside (España). Más aún, teniendo en cuenta que, conforme a las reglas del Reglamento, para que se aplique la ley nacional, el causante debe haber efectuado la elección de esta ley y que, los causantes marroquíes deberán saber que, de no elegir su ley nacional, se les aplicará la ley de su residencia habitual. Romper estas reglas del juego, a través de una cláusula de excepción, introduce un elemento de distorsión, habida cuenta de la dificultad que conlleva la precisión de la mayor vinculación.

Además de poner en entredicho la previsibilidad del Derecho aplicable a la sucesión, la apreciación de los vínculos más estrechos puede resultar problemática en aquellos supuestos en que el causante profese la religión musulmana. Teniendo en cuenta que las reglas sucesorias del ordenamiento jurídico marroquí están fuertemente inspiradas en los preceptos del Corán, ¿podría valorarse la pertenencia del causante a la comunidad musulmana como una evidencia de que los vínculos más estrechos los guarda el

⁶⁷ En este sentido, P. QUINZÁ REDONDO y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 2013, nº 3, p. 19.

⁶⁸ Para evitar este resultado, la vinculación más estrecha debe derivar de indicios objetivos. En este sentido, entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “El *Reglamento sucesorio europeo...*”, *cit.*, p. 29.

⁶⁹ P. BLANCO-MORALES LIMONES y A.L. BALMORI, “Las sucesiones internacionales ...”, *cit.*, pp. 51-52; A. DAVÌ y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139.

causante con el ordenamiento jurídico marroquí? ¿Justificaría esto la aplicación del Derecho marroquí, más estrechamente vinculado y, por tanto, la relajación de nuestro orden público internacional? O, por el contrario, ¿la apreciación de este dato atentaría contra el principio de libertad religiosa reconocido en la Constitución española y, al mismo tiempo, debería conducir a denegar la aplicación del Derecho marroquí, pese a su mayor vinculación con la relación sucesoria?

4. Externalidades del Reglamento: endurecimiento de las condiciones de reconocimiento de documentos sucesorios marroquíes

Por razones obvias, el Reglamento sobre sucesiones no es aplicable al reconocimiento de decisiones judiciales ni de documentos públicos otorgados por autoridades marroquíes en materia sucesoria. No obstante, incide en el reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria procedentes de Marruecos, aunque sea de manera colateral. De hecho, el reconocimiento de las actas marroquíes de declaración de herederos se endurecerá indirectamente, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento.

Habida cuenta de que no es una materia regulada por el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos, de 30 de mayo de 1997, el reconocimiento de efectos en España de estas declaraciones de herederos se efectúa actualmente a través de los arts. 323 y 144 LEC⁷⁰. A tenor de estos preceptos, el motivo fundamental por el que puede denegarse en España actualmente el reconocimiento de las actas de declaración de herederos redactadas por autoridades marroquíes es su contravención del orden público internacional español. El control de la ley aplicada al fondo de una declaración de herederos relativa a un causante marroquí no ha venido siendo un motivo de denegación, pues la ley reguladora del fondo es la ley nacional del causante (marroquí), ley que también viene siendo aplicada en Marruecos para determinar la sucesión de un causante marroquí. Por tanto, hasta el 17 de agosto de 2015, la aplicación de la ley nacional del causante no va a originar problemas de denegación de efectos a las declaraciones de herederos que provengan de Marruecos, por el hecho de haber aplicado una ley distinta de la que aplicarían las autoridades españolas. El motivo será, en su caso, su contravención de los principios de orden público internacional español.

Ahora bien, una vez que resulte aplicable el Reglamento sobre sucesiones, a partir del 17 de agosto de 2015, la situación cambiará. A las sucesiones que traigan su causa en fallecimientos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2015 les será aplicable la ley de la residencia habitual del causante (ley española), salvo que el causante haya optado por su ley nacional. Si la ley española no es aplicada por las autoridades marroquíes para dictar la declaración de herederos del causante marroquí -que, lógicamente, y aplicando sus reglas de DIPr., habrán aplicado a la sucesión la ley nacional del causante marroquí-, habrá un motivo adicional de denegación del reconocimiento, que antes no se contemplaba. Ya no sólo será el orden público internacional el que actuará como coraza

⁷⁰ *Vid.* a modo de ejemplo el Auto del TS (Sala de lo Civil) de 24 de septiembre de 2002, ya citado, donde se deniega el *execuátur* de una declaración de herederos *ab intestato* dictada por tribunal marroquí, por no ser el procedimiento adecuado para un acto de jurisdicción voluntaria.

para impedir la producción de efectos en España de las declaraciones de herederos marroquíes, sino que también el control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen interviene como motivo de denegación. Por tanto, es legítimo afirmar que los cambios sobre ley aplicable introducidos por el Reglamento sobre sucesiones, aunque sea colateralmente, influyen en el reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria provenientes de autoridades marroquíes en materia sucesoria, endureciéndolo, a través del control de la ley aplicada por la autoridad marroquí.

Con el proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria⁷¹, que prevé su entrada en vigor para el 15 de julio de 2015 (disp. final vigésima), la situación cambia, por cuanto el art. 12 del proyecto no impone un control de la ley aplicada por la autoridad extranjera que otorgó el acto de jurisdicción voluntaria. Tan sólo se requiere un control de la competencia de la autoridad extranjera, que no se hayan infringido los derechos de defensa de los implicados y que el reconocimiento del acto no produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público español. No obstante, el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria extrae del ámbito de la jurisdicción voluntaria a las declaraciones de herederos *abintestato*, así como la protocolización de testamentos ológrafos y de los otorgados verbalmente y las configura como expedientes notariales, regulados en la Ley del notariado⁷².

III. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO EN MATERIA SUCESORIA

1. ¿Cómo aborda el Reglamento el tema de la doble nacionalidad? Particularidades de la doble nacionalidad hispano-marroquí

Que tanto el legislador español como el marroquí sean soberanos para decidir los criterios conforme a los cuales se adquiere o se pierde su nacionalidad, puede generar dificultades en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes. En especial, se van a suscitar problemas en los supuestos de doble nacionalidad. Como se ha indicado *supra*, el hecho de que se exija a los marroquíes que adquieren la nacionalidad española renunciar a su anterior nacionalidad para llegar a ser españoles y el que dicha renuncia no conlleve la pérdida de la nacionalidad marroquí, conduce a una situación de doble nacionalidad fáctica, no prevista por las leyes españolas y que puede tener una incidencia significativa en las relaciones sucesorias. Lo mismo podría afirmarse de los supuestos en que la doble nacionalidad viene atribuida desde el nacimiento de manera unilateral por cada ordenamiento jurídico, como consecuencia de la combinación de los principios de *ius sanguinis*. La opción del Reglamento por permitir la aplicación de la ley nacional sólo cuando haya sido elegida por el causante ayuda a solucionar algunos de los problemas, en la medida en que obliga al causante a hacer elección de la ley nacional cuyas prescripciones desea que se apliquen a su sucesión. No obstante, en la

⁷¹ BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Proyectos de ley, 5 de septiembre de 2014, núm. 112-1.

⁷² P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte...”, *cit.*, pp. 11-12.

práctica no se previene la discontinuidad de las relaciones en el espacio, por cuanto, si el causante ha elegido la aplicación de la ley española, dicha elección de ley no será respetada por las autoridades marroquíes, para quienes el Derecho aplicable es el marroquí, de conformidad con su art. 2 CFM. Por otro lado, en caso de que el causante haya optado por la aplicación de su ley nacional marroquí, tampoco hay garantía de que se le respetará dicha elección por las autoridades españolas, en la medida en que cabe la posibilidad de que las autoridades españolas consideren que el causante no se haya incurrido en un supuesto de doble nacionalidad, al haber renunciado a la nacionalidad marroquí o porque se halla incurrido en un supuesto de doble nacionalidad no previsto en las leyes españolas. Esta última hipótesis no estaría fundamentada en el marco del Reglamento sobre sucesiones, como se ha indicado *supra*.

Por otro lado, la doble nacionalidad plantea también problemas referentes a las cuestiones previas con incidencia sobre la sucesión. Si el causante fuera un marroquí naturalizado español que hubiera decidido contraer matrimonio en Marruecos con otro contrayente de nacionalidad marroquí, deberá ser consciente de los problemas que pueden surgirle *a posteriori*, si no hace valer su condición de español ante las autoridades marroquíes. Puesto que la renuncia a la nacionalidad marroquí no conlleva la pérdida de esta nacionalidad, las autoridades marroquíes lo van a considerar como súbdito marroquí. Tratándose de la celebración de un matrimonio puramente interno no le van a exigir el certificado de capacidad matrimonial que deberían expedir las autoridades españolas de su residencia habitual. Cuando se pretenda hacer valer en España dicho matrimonio islámico celebrado en Marruecos, se le pondrán obstáculos para la inscripción en el Registro civil español. Para las autoridades españolas el contrayente es español y no importa si tiene también o no la nacionalidad marroquí, puesto que ha renunciado a tal nacionalidad⁷³. Por eso, el matrimonio que celebra un español en Marruecos no es válido porque no responde a los requisitos de la *lex loci* (ley marroquí) ex art. 49 Cc., en la medida en que no se ha celebrado como matrimonio mixto de conformidad con el Derecho marroquí del lugar de celebración⁷⁴ y las autoridades marroquíes no han exigido al contrayente naturalizado español el certificado de capacidad matrimonial que se requiere para los matrimonios mixtos⁷⁵. Por tanto, el cónyuge marroquí no va a poder hacer valer su condición de cónyuge del causante español (de origen marroquí).

Pero es que, además, si el marroquí naturalizado español, tras haber visto fracasar su solicitud de reconocimiento de su matrimonio celebrado en Marruecos por esta vía, solicitara la autorización para contraer matrimonio civil en España, verá denegada su solicitud, en la medida en que, de la documentación aportada (certificado de nacimiento

⁷³ Vid. A. LARA AGUADO, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia por mujeres marroquíes”, C. RUIZ SUTIL y R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico familiar de la mujer marroquí en España*, Estudios 25, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la igualdad y bienestar social, Sevilla, 2008, pp. 386-387; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia”, C. RUIZ SUTIL y R. RUEDA VALDIVIA (coord.), *La situación jurídico familiar...op.cit.*, p. 5.

⁷⁴ Vid. la Res. DGRN 2005/13244, de 13 de junio de 2005, *BOE* de 1 de agosto de 2005.

⁷⁵ Res. DGRN núm. 5/2012, de 31 de enero, *Westlaw*: JUR/2012/309051.

de la contrayente marroquí) se desprenderá que ya está ligada por un matrimonio anterior celebrado en Marruecos según la ley local⁷⁶. En consecuencia, una misma persona va a poder ser considerada cónyuge superviviente en un país (Marruecos) y no en otro (España), a raíz de la diferente eficacia otorgada al matrimonio celebrado en Marruecos.

En cambio, la DGRN sigue un criterio diferente para hacer valer los efectos retroactivos de la adquisición de la nacionalidad española y sigue considerando marroquí al contrayente naturalizado español si los efectos de la retroactividad no se producen *in bonus*, esto es, si tienen por efecto la falta de validez del acto que se pretende hacer valer. En efecto, si el causante era marroquí naturalizado español y celebró matrimonio con súbdito de nacionalidad marroquí en el Consulado de Marruecos acreditado en España después de haber realizado el acto de jura de la nacionalidad española, pero antes de que se procediera a la inscripción de su nacionalidad en el Registro Civil español, se van a plantear problemas respecto a la validez de dicho matrimonio⁷⁷. Si el contrayente se considera que es español en el momento de la celebración del matrimonio, éste no puede ser considerado válido, puesto que no es posible celebrar matrimonio consular en España si uno de los contrayentes es español. En cambio, si se estima que en el momento de celebrarse el matrimonio ante la autoridad consular marroquí el contrayente todavía no había adquirido la nacionalidad española, porque aún no se había practicado la inscripción de su nacionalidad en el Registro civil español, habrá que admitir la validez del matrimonio de dos marroquíes celebrado en el Consulado de Marruecos acreditado en España. Aunque en el momento en que se pretenda la inscripción del matrimonio ya se haya practicado la inscripción de la nacionalidad, los efectos de la inscripción no se retrotraen hasta el momento en que se realizó el acto de la jura de la nacionalidad, si dicha retroacción de efectos tiene consecuencias negativas para el acto que se realiza en ese intervalo de tiempo. En consecuencia, la retroacción de efectos no se produce *in peius*⁷⁸. Por tanto, el cónyuge del marroquí naturalizado español sí podrá acreditar su condición de cónyuge a efectos hereditarios.

También la doble nacionalidad plantea problemas en los supuestos en que el marroquí naturalizado español haya inscrito ya su nacionalidad en el Registro Civil español y, pese a ello, contrae matrimonio en el Consulado de Marruecos con otro súbdito marroquí. Si en el Consulado de Marruecos se permite la celebración de matrimonios de sus propios súbditos, sin asegurarse de que no han adquirido la nacionalidad española y no se informa a sus nacionales de que dicho matrimonio no será válido en España, en caso de que uno de ellos ya haya adquirido la nacionalidad española, se está contribuyendo a que, en la práctica, dicho matrimonio sea claudicante. El cónyuge que resulte viudo puede quedar desprotegido en España, al no ser considerado heredero del causante, por no ser válido el matrimonio en España, ya que el matrimonio consular

⁷⁶ Así sucede en la Res. DGRN núm. 47/20014, de 21 de febrero, JUR/2014/213481.

⁷⁷ Vid. la Res. DGRN de 29 de marzo de 2007, BOE núm. 120, de 19 de mayo de 2007; la Res. 2005/12991, de 14 de junio de 2005, BOE de 28 de julio de 2005 o la Res. de 29 de marzo de 2006, BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2006.

⁷⁸ Vid. A. LARA AGUADO, “Adquisición de la nacionalidad española...”, *cit.*, pp. 387-390.

requiere para su validez que ninguno de los contrayentes posea la nacionalidad del Estado de acogida del Cónsul. En cambio, en Marruecos sí se le considerará cónyuge viudo. Se tratará de un supuesto en que la diferente apreciación de la cuestión previa del matrimonio como consecuencia de la condición de plurinacional del causante, afecta a la regulación de la sucesión, difiriendo en Marruecos y en España.

La doble nacionalidad puede ser un problema también en los supuestos de conversión de la *kafala* en adopción. Si el menor marroquí es sometido a *kafala* de un español (*kafil*) que luego convierte la *kafala* en adopción, el menor (*makful*) habrá adquirido la nacionalidad española de origen desde el momento de la adopción⁷⁹. En cambio, en Marruecos sigue siendo considerado como marroquí y a la adopción no se le atribuirán efectos, al no estar permitida por su ordenamiento jurídico⁸⁰. Si el *kafil* fallece, la ley reguladora de la sucesión va a diferir en España y en Marruecos, en la medida en que para Marruecos se trata de una relación sucesoria en la que hay implicado un marroquí (el *makful* menor de edad), lo que conducirá a la aplicación del Derecho marroquí (art. 2 CFM). No importa que el causante (*kafil*) sea español, puesto que el art. 2 CFM impone la aplicación de la *Moudawana* cuando una de las partes en la relación sea marroquí. Y, conforme al Derecho marroquí no se le atribuyen derechos hereditarios al sometido a *kafala*. En cambio, para España será aplicable la ley española, en cuanto ley nacional o de la residencia habitual del causante y se le reconocerán derechos hereditarios al menor adoptado en igualdad de condiciones que a los hijos biológicos. Si el causante tenía bienes en Marruecos, se van a plantear problemas para que el menor pueda hacer valer sus derechos hereditarios allí. Del mismo modo, si el causante fuera el menor, la determinación de quiénes serán sus herederos variará en un ordenamiento jurídico y en otro, puesto que la condición de progenitor es diferente en España y en Marruecos.

Es verdad que el gobierno marroquí ha tratado de poner freno a estas situaciones de sistemática desconsideración a su ordenamiento jurídico por parte de las autoridades españolas que, conectoras de la prohibición de la adopción en el mundo islámico⁸¹, convierten las *kafalas* de menores marroquíes en adopciones. Para ello, se promulgó la Circular nº 40 S/2 por parte del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí encaminada a denegar la constitución de *kafalas* de menores marroquíes a favor de solicitantes extranjeros no residentes en Marruecos⁸². Esta medida ha paralizado muchas solicitudes y ha obligado al gobierno español a comprometerse a que no se permitirá la conversión de las *kafalas* de menores marroquíes en adopciones. Para ello, el Ministerio de Justicia anunció que se modificará la Ley de adopción internacional a través de un Proyecto de

⁷⁹ Vid. al respecto A. LARA AGUADO, “La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 553-619.

⁸⁰ Sobre los orígenes de la prohibición de la adopción, vid. por todos, M.P. DIAGO DIAGO, “La *Kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 140-164, espec., pp. 142-143.

⁸¹ Con alguna excepción, como la de Túnez.

⁸² <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>. Vid. igualmente la propuesta de reforma de la *kafala* judicial en Marruecos en http://www.lemag.ma/La_Kafala-se-durcit-a70623.html.

Ley sobre la protección de la infancia⁸³. Habrá que esperar para conocer la fórmula que elige el legislador español para cumplir con la exigencia del gobierno marroquí de que se respete la nacionalidad de los menores que vienen a España en régimen de *kafala*. Lo más previsible es que se disponga que el menor no adquirirá la nacionalidad española como consecuencia de la *kafala*, sin ir más lejos en dicha prohibición, puesto que restringir las posibilidades de adquirir la nacionalidad española por otras vías, como puede ser la residencia sería excesivo y podría atentar contra el derecho de las personas a cambiar de nacionalidad. En todo caso, la polémica y la problemática dista mucho de estar superada.

2. El reenvío en materia sucesoria

A) Necesidad de conocer los privilegios de nacionalidad y de religión musulmana del Derecho marroquí como paso previo a la utilización del reenvío

Una de las razones que justifica el desconocimiento del Derecho marroquí en los países occidentales es el escaso desarrollo del Derecho internacional privado marroquí, cuya elaboración corresponde a la jurisprudencia. A primera vista, los problemas sucesorios envueltos en una relación privada internacional se resuelven en Marruecos aplicando el art. 18 del Dahir de 12 de agosto de 1913 relativo a la condición civil de los franceses y de los extranjeros en Marruecos⁸⁴, que constituye su norma de conflicto en materia sucesoria. El art. 18 DCC dispone que la transmisión sucesoria de bienes muebles e inmuebles situados en el protectorado francés de Marruecos estará sujeta a la ley nacional del fallecido en lo referente a la designación de sus sucesores, al orden de los mismos, las partes que les corresponden, la cuota de libre disposición, la mejora y la legítima, así como la validez intrínseca y los efectos de las disposiciones testamentarias⁸⁵. Esta norma de conflicto sólo precisa cuándo se aplica el Derecho extranjero, no el Derecho marroquí, ya que ha sido promulgada para ser aplicada a los extranjeros, por lo que sólo determina la aplicación de la ley nacional de los extranjeros para regir su sucesión⁸⁶. La aplicación del Derecho marroquí a las relaciones sucesorias es más complicada.

Hay que tener presente que Marruecos ha venido siendo un sistema plurilegislativo de base personal, con un cuerpo de normas para los marroquíes musulmanes y otro para los marroquíes judíos⁸⁷. Tras las últimas reformas, el art. 2 CFM extiende la aplicación

⁸³ <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/06/españa>.

⁸⁴ *Bulletin Officiel*, de 12 septiembre de 1913, n° 46, p. 77, disponible en <http://www.sgg.gov.ma>.

⁸⁵ Se ha seguido la traducción del CFM de G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *Código marroquí de la familia*, Blanca impresores S.L., Jaén, 2009.

⁸⁶ S. BELMIR, "Ser juez en Marruecos y en España. Derecho de familia en Marruecos y en España. El Derecho de familia en Marruecos", *Fundación CIDOB*, p. 102, disponible en <http://www.fmyv.es/ci/es/Familia/5.pdf>.

⁸⁷ Así se desprendía del art. 3 de la Ley de la nacionalidad marroquí, antes de la última reforma llevada a cabo a través del Decreto real 01/07/80 de 3 de rabi' I de 1428/23 de marzo de 2007⁸⁷. Según el art. 3, el código de estatuto personal y de herencia propio de los marroquíes musulmanes se aplicaba a todos los ciudadanos, salvo los marroquíes judíos, a quienes se aplicaba el Código de estatuto personal hebreo marroquí. Por su parte, los marroquíes no musulmanes ni judíos tenían unas reglas específicas: se les

de la *Moudawana* a todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad; a las relaciones entre dos marroquíes, cuando uno de ellos sea musulmán; a las relaciones entre dos personas, cuando una de ellas sea marroquí y a los refugiados. A los marroquíes de confesión judía se les aplican las reglas del estatuto personal hebreo, que, aunque están codificadas, no resultan fácilmente accesibles a la doctrina occidental, conociéndose más bien por lo dispuesto en los textos del Talmud y por la jurisprudencia de los rabinos⁸⁸.

Por tanto, la *Moudawana* no sólo se aplica a las relaciones puramente internas, sino que se impone cuando intervenga un marroquí en una relación sucesoria, así como cuando la relación afecte a dos marroquíes y uno de ellos sea musulmán. El art. 18 del Dahir de 1913 queda desplazado por el art. 2 de la *Moudawana* y la sucesión de un extranjero no siempre se va a regir por su ley nacional (art. 18 del Dahir). La norma de conflicto sólo mantiene su aplicación si las partes en la relación sucesoria son extranjeros y ninguno de ellos es musulmán. Esto tendría su lógica si la *Moudawana* pretendiera ser aplicable a todos los musulmanes y sólo a ellos o, al menos, a todos los marroquíes musulmanes, de manera que un marroquí musulmán no se vea sometido a través de la norma de conflicto a una ley extranjera contraria a los preceptos del islam, vinculando así el privilegio de nacionalidad y el de religión. Sin embargo, no es así.

Por un lado, el CFM puede aplicarse a personas que no son musulmanas. Así se desprende del art. 2 CFM, que permite la aplicación de la *Moudawana* a las relaciones entre dos personas sin exigir que una de ellas sea musulmana; lo único que exige es que una de ellas sea marroquí. Tampoco los refugiados tienen que ser musulmanes para que se les aplique la *Moudawana*, por lo que cabe entender que, también respecto a ellos el Dahir queda desplazado en materia sucesoria. En cambio, cuando la relación vincula a dos marroquíes, sí que exige que uno de ellos sea musulmán. Lo que no precisa el precepto es qué normativa se aplicará a la relación sucesoria entre marroquíes que no profesen la religión musulmana. El art. 18 del Dahir no soluciona el problema, por cuanto es aplicable sólo a los extranjeros y aunque se bilateralizara el precepto, conduciría al Derecho marroquí, sin que el CFM tenga vocación de ser aplicado en tal caso. Si profesaran la religión judía se les aplicaría el Código de estatuto personal hebreo, pero queda sin resolverse el problema en caso de que profesen otra religión o sean ateos. Para estos supuestos puede entenderse que el art. 2 CFM pretende la aplicación de la *Moudawana* también en estos casos, al referirse a “todos los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad”⁸⁹.

prohibía la poligamia, no se les aplicaban las reglas relativas a la lactancia, sólo se les permitía el divorcio por vía judicial tras haber fracasado el intento de reconciliación y tras investigar las causas de la demanda de separación y en caso de discrepancia prevalecía la ley del esposo o del padre.

⁸⁸ Vid. P. DECROUX, “Le droit international privé marocain son évolution de 1956-1981”, *Revue Juridique, Politique et Économique du Maroc*, 1981, núm. 10, pp. 153-170; C. RUIZ SUTIL, *Filiación hispano-marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 182.

⁸⁹ En este sentido, C. RUIZ SUTIL, *Filiación hispano-marroquí...op.cit.*, p.183.

Por otro lado, el CFM no tiene vocación de ser aplicado en las relaciones entre personas extranjeras, con independencia de que una de ellas sea o no musulmana. La única excepción es el caso de los refugiados, a quienes también se les aplica la *Moudawana*. Como el Dahir se aplica a cualquier extranjero, tanto si es musulmán como si no, la relación sucesoria de un extranjero en la que no haya implicado ningún marroquí se regirá por la ley nacional del causante extranjero, sea éste musulmán o no, sin que las reglas del CFM le resulten aplicables.

De todo esto se desprende que la delimitación del ámbito de aplicación personal del CFM no se basa sólo en la religión que profesen las personas, sino que hay una mezcla sin coherencia ninguna entre la condición de nacional y la religión musulmana, exigiéndose en unas ocasiones la cualidad de nacional y en otras la profesión de la religión musulmana. A ello hay que añadir las discriminaciones entre los propios marroquíes que el precepto origina, porque los únicos que pueden beneficiarse del privilegio de nacionalidad son los marroquíes musulmanes y los marroquíes no musulmanes que no profesen la religión judía⁹⁰.

Al privilegio de nacionalidad no hacía referencia el DCC, ni el Código de nacionalidad marroquí de 1958 y la jurisprudencia marroquí tan sólo ha venido aplicando este criterio desde los años 60. Con anterioridad a esta fecha, los tribunales marroquíes seguían el criterio justamente contrario: preferían la aplicación de la ley personal del extranjero en las relaciones mixtas, en detrimento del Derecho marroquí⁹¹ correspondiente a la nacionalidad del interesado⁹².

En cuanto al privilegio de religión musulmana, la jurisprudencia marroquí se ha venido basando en el Dahir de 24 de abril de 1959, que sometía a todos los marroquíes regidos por el Código de estatuto personal y sucesorio, así como a los extranjeros musulmanes establecidos en el reino, a la competencia de los tribunales religiosos para que juzgaran sobre su estatuto personal y sucesorio, lo que conducía a la aplicación a todo musulmán de las reglas del CFM⁹³. De este modo, el credo religioso adquiere un valor de criterio

⁹⁰ Los marroquíes de religión judía no pueden invocar el privilegio de nacionalidad para que se les apliquen las disposiciones de su estatuto personal hebreo marroquí, en detrimento de la ley personal extranjera del otro sujeto interviniente en la relación sucesoria, ya que la *Moudawana* y, por tanto, la regla que consagra el privilegio de nacionalidad, no se le aplica a los marroquíes judíos. De hecho, la *Cour Suprême* marroquí en un pleito sucesorio ha denegado la aplicación de las normas sucesorias hebreas marroquíes a un demandante marroquí que profesa la religión judía, enfrentado a los demandados de nacionalidad tunecina y también judíos, porque, según la norma de conflicto es aplicable el Derecho tunecino a la sucesión de un extranjero. *Arrêt* n° 69 de 24 de enero de 2007, *Revue de jurisprudence et des lois*, n° 155, p. 237. *Cfr.* M. LOUKILI, “L’ordre public en droit international privé marocain de la famille”, en N. BERNARD-MAUGIRON y B. DUPRET, *Ordre public et droit musulman...op.cit.*, pp. 139-141.

⁹¹ *Ibid.*, p. 139.

⁹² En Derecho español también tenemos un ejemplo de imposición del privilegio de nacionalidad en el ámbito de la celebración del matrimonio, porque el art. 49 Cc. español no admite la prestación del consentimiento matrimonial según las formas previstas por la ley personal del contrayente extranjero cuando uno de los cónyuges es español, admitiéndose sólo la validez del matrimonio, bien conforme a la ley personal del cónyuge español o bien según la *lex loci*.

⁹³ P. DECROUX, *Droit privé*, t. II, Droit international privé, Rabat, ed. La Porte, 1963, p. 135.

de conexión más importante que la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual⁹⁴. El privilegio de religión que tienen los musulmanes y los extranjeros convertidos al islam conlleva una reducción del ámbito de actuación de la norma de conflicto y conduce a la no aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto cuando, afectando la relación a un musulmán, el Derecho extranjero no designa como aplicable una ley musulmana⁹⁵.

Como consecuencia de los privilegios de nacionalidad y de religión, existen dos regímenes diferenciados en materia sucesoria en Marruecos contrarios al principio de igualdad: el régimen aplicable tanto a los marroquíes como a los extranjeros que profesen la religión musulmana y que se relacionen con extranjeros, constituido por la *Moudawana* y el régimen aplicable a las relaciones entre extranjeros no musulmanes, a quienes se les aplica el Dahir⁹⁶. Una vez que sea plenamente aplicable el Reglamento sucesorio, las autoridades españolas tendrán que tener en cuenta las limitaciones que introduce el art. 2 CFM al art. 18 del Dahir, cuando vayan a utilizar el reenvío, para evitar hacer un uso indebido del mismo. Particularmente, será necesario valorar si procede el límite del art. 2 CFM cuando el causante sea español residente en Marruecos y los herederos sean marroquíes; esto es, deberán valorar si procederá recurrir al art. 18 del Dahir para estimar como aplicable el Derecho español correspondiente a la nacionalidad del causante, o si, por el contrario, resulta aplicable el Derecho marroquí correspondiente a la residencia habitual del causante español, tal y como dispone el art. 2 CFM, al ser una de las partes de la relación (herederos) marroquí.

B) El reenvío: un instrumento al servicio de la discriminación

Como consecuencia de la combinación de varios factores, el régimen de reenvío establecido en el Reglamento sobre sucesiones afecta de manera discriminatoria a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes.

⁹⁴ Este privilegio de religión fue introducido jurisprudencialmente en el año 1974, cuando la *Cour Suprême* marroquí aplicó el CFM a la solicitud de apertura en Marruecos de una sucesión de un causante musulmán de nacionalidad francesa, que falleció y dejó bienes en Marruecos. En vez de aplicarle la ley nacional del causante (Derecho francés) a la que remitía el art. 18 del DCC, la *Cour Suprême* aplicó Derecho marroquí y consideró como único heredero al Estado marroquí, considerando nulo el testamento a favor de un legatario no musulmán, ya que los herederos no musulmanes no tenían derecho a la herencia según el Derecho musulmán marroquí aplicable a la sucesión. La *Cour* argumentó que la conversión al islam implica la aceptación de la aplicación de las reglas del Derecho musulmán a su estatuto personal y a sus relaciones sucesorias y que dicha conversión se había producido sin fraude y de conformidad con las disposiciones legales. *Vid.* el *Arrêt* n° 250 de 5 de julio de 1974 de la *Cour Suprême, Revue Juridique, Politique et Économique du Maroc*, 1983, núm. 13-14, pp. 132-136. *Vid.* también M. LOUKILI, “L’ordre public...” *cit.*, p. 142.

⁹⁵ J. DEPRESZ, “Bilan de vingt-cinq années de droit international privé au Maroc”, *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1981, n° 10, p. 143. La regla del privilegio de religión musulmana hace primar la aplicación de la *Moudawana* también en los supuestos en que en la relación sucesoria estén implicados un marroquí de religión musulmana y un extranjero musulmán. Así lo viene haciendo la *Cour Suprême* en cuestiones relativas a la validez del matrimonio, en los casos en que se vean afectados los intereses de la parte marroquí o sea ésta quien necesite protección: *Arrêt* n° 415 de 3 de septiembre de 2008, dossier n° 233/2/1/2008.

⁹⁶ M. LOUKILI, “L’ordre public...” *cit.*, p. 138.

En los trabajos preparatorios del Reglamento se barajó la exclusión del reenvío para evitar la escisión de la sucesión, de modo que la distinción entre bienes muebles e inmuebles no se introdujera en el ámbito comunitario⁹⁷. Sin embargo, es otra la opción del Reglamento 650/2012. Ciertamente, el párrafo segundo del art. 34 dispone que no cabe reenvío si la ley aplicable es la elegida por el testador (art. 22), lo cual es razonable. Lo normal es que, si el testador elige un determinado ordenamiento jurídico, sean sus normas materiales las que haya tomado en consideración. Si se consultaran las normas de conflicto de la ley elegida, se desatendería la última voluntad del causante. Hay otros supuestos en que tampoco se admite el reenvío: cuando se haya hecho uso de la cláusula de excepción para aplicar la ley más estrechamente vinculada en vez de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.2º); para las cuestiones de validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito (art. 27); para la validez formal de las declaraciones relativas a la aceptación o renuncia (art. 28); para las disposiciones especiales que impongan restricciones relativas a la sucesión de bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes de conformidad con la ley del lugar de situación de esos bienes (art. 30).

En cambio, para alcanzar la coherencia internacional, según afirma el considerando 57, se admite el reenvío cuando sea aplicable la ley de un tercer Estado y sus normas remitan a la de un Estado miembro o bien a la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley (art. 34.1). Ahora bien, el reenvío sólo se permite si la ley aplicable es la de un tercer Estado y siempre que no concurra ninguno de los supuestos previstos en el párrafo segundo del art. 34. Si la *lex causae* es la de un Estado Miembro se aplica directamente su Derecho material, pues, implícitamente, no se admite el reenvío. Esto es lógico, puesto que el criterio de conexión utilizado en todos los Estados Miembros será el mismo, y, por ende, será imposible el reenvío. El deseo de evitar la escisión de la sucesión no es lo que lleva a la exclusión del reenvío en caso de que la ley aplicable sea la de un Estado Miembro. Precisamente en el ámbito comunitario queda implantado el principio de unidad de la sucesión, al resultar aplicable una única ley para todo tipo de bienes muebles e inmuebles, si bien en algunos casos, dicho principio quiebra. La razón por la que no cabe el reenvío es la imposibilidad de su aplicación, puesto que la norma de conflicto del ordenamiento jurídico del Estado Miembro que resultara designado como aplicable es la misma que la aplicada por las autoridades del Estado del foro.

Pero, curiosamente, cuando sí se corre el riesgo de que se produzca un fraccionamiento de la ley aplicable es en los casos en que la ley designada por la norma de conflicto del foro sea la de un tercer Estado, si el ordenamiento jurídico designado contiene normas de conflicto diferentes para la sucesión mobiliaria e inmobiliaria. De ahí que resulte dudoso si continuará vigente el carácter funcional del reenvío y si podrá admitirse un reenvío que conlleve el fraccionamiento de la ley aplicable⁹⁸, pues aunque el Reglamento también se inspira en el principio de unidad y universalidad de la sucesión,

⁹⁷ G. KHAIRALLAH, “La détermination de la loi applicable à la succession”, G. KHAIRALLAH y M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales...op.cit.*, p. 59.

⁹⁸ En este sentido, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2013), vol. 5, núm. 2, p. 366.

salvo excepciones puntuales, por esta vía de la admisión del reenvío en caso de remisión al Derecho de terceros Estados se está dando entrada a dicho fraccionamiento.

En cualquier caso, este problema no se plantea con el Derecho marroquí, porque no es un sistema escisionista. No obstante, sí hay que prestar atención a los efectos prácticos del reenvío introducido por el Reglamento. La admisión selectiva del reenvío conduce en la práctica, en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, a un trato discriminatorio, dependiendo de la nacionalidad marroquí o española del causante.

A la sucesión de un causante marroquí, residente en España y que no haya elegido su ley nacional, se le aplicará el Derecho español. No cabe reenvío, puesto que el art. 21 del Reglamento sustituye al art. 9.8º Cc. y, en todo caso, la ley aplicable es la de un Estado Miembro. Si el causante marroquí reside en otro Estado Miembro, tampoco se admite el reenvío, porque será de aplicación la ley del Estado Miembro de la residencia habitual. Ni cabe reenvío si el causante hubiera elegido su ley nacional. Si el causante marroquí reside en Marruecos y no elige ley aplicable será irrelevante la consulta a las normas de conflicto del Derecho marroquí, porque resultaría designado su propio ordenamiento jurídico. Sólo si el causante marroquí reside en un tercer Estado se consultarán sus normas de conflicto. Si de conformidad con estas normas fuera aplicable el Derecho de la nacionalidad del causante, se aplicaría el Derecho marroquí, por aceptar Marruecos el reenvío, ya que aplica su propia ley.

La situación es diferente para el causante español con residencia en Marruecos y que no haya elegido su ley nacional, porque la ley aplicable es la de su residencia habitual en Marruecos. En tal caso, al ser la ley de un tercer Estado, sí que cabe consultar la norma de conflicto del Derecho marroquí. Pero, hay que tener en cuenta el privilegio de religión y de nacionalidad que incorpora el art. 2 de la *Moudawana* y que restringe el alcance del art. 18 del DCC, por lo que habrá que ver si en la relación sucesoria se halla o no implicado algún marroquí. Si ninguna de las partes en la relación sucesoria es marroquí, se aplicará el Derecho español, en virtud del juego del reenvío, ya que el art. 18 del DCC remite a la ley nacional del fallecido. En los casos en que una de las partes en la relación sucesoria sea marroquí o musulmán, puede generarse la falsa apariencia de que la norma de conflicto marroquí remite a la ley nacional del causante, esto es, la ley española, si no se tiene en cuenta el ámbito de aplicación de la *Moudawana*, que impone la aplicación del Derecho marroquí, si en la relación sucesoria se halla implicado un marroquí. De ahí la necesidad de que las autoridades españolas conozcan el alcance corrector del art. 2 CFM respecto al art. 18 del DCC. Si, por el contrario, el *de cuius* español con residencia en Marruecos hubiera elegido su ley nacional, se aplicaría el Derecho español, sin que, en este caso, quepa consultar la norma de conflicto española. Residiendo el causante español en un Estado Miembro, tiene la posibilidad de elegir su ley nacional, en cuyo caso se aplica el Derecho español, sin posibilidad de reenvío. Sólo si, residiendo en un Estado Miembro, no elige su ley nacional, se le aplicará la ley del Estado Miembro de su residencia habitual.

La situación, gráficamente, por lo que a los causantes marroquíes se refiere, es la siguiente:

Marroquí domiciliado en España. No elige ley	Se aplica Derecho español. No cabe reenvío
Marroquí domiciliado en España. Elige ley nacional	Se aplica el Derecho español. No cabe reenvío
Marroquí domiciliado en Marruecos. Elige o no elige ley nacional	Se aplica Derecho marroquí. No hay reenvío.
Marroquí domiciliado en tercer Estado. No elige la ley nacional	Cabe el reenvío, si la ley del tercer Estado remite al Derecho marroquí
Marroquí domiciliado en tercer Estado. Elige su ley nacional	Se aplica el Derecho marroquí. No cabe reenvío
Marroquí domiciliado en Estado Miembro. No elige la ley nacional	Se aplica la ley del Estado Miembro No cabe el reenvío
Marroquí domiciliado en Estado Miembro. Elige la ley nacional	Se aplica el Derecho marroquí. No cabe el reenvío

Respecto a los causantes españoles:

Español reside en Marruecos. No elige ley	Cabe reenvío. Se aplica el Derecho español. Cabe también falso reenvío al D° español
Español reside en Marruecos. Elige la ley nacional	Se aplica D° español. No hay reenvío
Español domiciliado en España. Elige o no elige la ley nacional	Se aplica D° español. No hay reenvío
Español reside en tercer Estado. No elige ley nacional	Cabe reenvío, si el tercer Estado remite al Derecho español (o al de D° de un Estado Miembro)
Español reside en tercer Estado. Elige la ley nacional	Se aplica D° español. No hay reenvío
Español reside en Estado Miembro. No elige ley	Se aplica la ley del Estado Miembro No hay reenvío
Español reside en Estado Miembro. Elige ley	Se aplica D° español. No hay reenvío

El nuevo régimen sucesorio establecido a través del Reglamento amplía los supuestos en que a un causante marroquí no se le va a aplicar su ley nacional, mientras que para el causante español, tanto si elige la ley española de su nacionalidad como si no, hay muchas posibilidades de que se le siga aplicando el Derecho español a su sucesión en las situaciones privadas internacionales con vinculación con Marruecos. Las posibilidades de que la sucesión no sea regulada de la misma manera en España y en Marruecos han aumentado, si bien eso no es consecuencia exclusiva del juego del reenvío que introduce el Reglamento, sino conjuntamente por los cambios operados en el criterio de conexión, que nos alejan del sistema sucesorio marroquí.

En todo caso, para que pueda utilizarse el reenvío, la norma de conflicto de la *lex causae* deberá ser probada, lo que puede acrecentar el riesgo de soluciones diferentes en los Estados miembros, debido al diferente tratamiento procesal del Derecho extranjero.

3. Conflictos territoriales e interpersonales de leyes

Por lo que se refiere al problema de la remisión a sistemas plurilegislativos, las relaciones sucesorias hispano-marroquíes también se verán afectadas, por cuanto las reglas del Reglamento 650/2012 sustituyen a la solución prevista en el art. 12.5º Cc. Y es que, el Reglamento ofrece una respuesta al problema planteado por la existencia de Estados que, como España, poseen dos o más ordenamientos jurídicos o regímenes relativos a las sucesiones y testamentos aplicables en diferentes unidades territoriales o que tengan dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones. De ello se ocupan los arts. 36 (conflictos territoriales de leyes) y 37 (conflictos interpersonales de leyes).

Ciertamente, la solución por la que opta el Reglamento 650/2012 coincide inicialmente con la única prevista en el art. 12.5º Cc., si bien este último precepto no diferencia entre los conflictos de leyes territoriales y personales y ofrece una solución unitaria para todos, remitiendo a lo que dispongan las normas sobre conflictos internos del país en cuestión. Para los conflictos territoriales de leyes, el art. 36 opta en primer lugar por un criterio de remisión indirecta, al dejar la solución en las normas internas sobre conflictos internos de la ley sucesoria. De este modo, según el art. 36, en caso de que la ley designada por el Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. Hasta aquí hay coincidencia entre el modelo del art. 12.5º Cc. y el del art. 36 Reglamento.

No obstante, a falta de tales normas, la norma de aplicación del Derecho autónomo español no prevé más solución, dejándose el asunto en manos del aplicador del Derecho, que debía integrar la laguna con soluciones ofrecidas por la doctrina. En cambio, el Reglamento acude a un sistema de remisión directa, cualquiera que sea la ley sucesoria (la ley de la residencia habitual, la ley de la nacionalidad o cualquier otro criterio de conexión utilizado, como el del lugar de situación de los bienes). En este sentido, el art. 36 prevé que, en tales casos, la referencia a la ley de la residencia habitual de ese Estado se entenderá como una referencia a la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento. La

referencia a la ley de la nacionalidad del causante se entenderá como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

Para los conflictos interpersonales de leyes, el art. 37 también opta por la remisión indirecta, dejando la solución en las normas internas sobre conflictos de leyes vigentes en el Estado en cuestión. Esto implica un respeto a las reglas de solución prevista en el Derecho marroquí, si este es el Derecho aplicable a la sucesión. Y, a falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

¿Cómo afecta la solución que da el Reglamento al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes? La remisión indirecta por la que se decanta el art. 36 del Reglamento conlleva la necesidad de consultar la solución al problema en el Derecho español. La inadecuación de la respuesta que el legislador español ha dado al problema de los conflictos de leyes internos conduce a una falta de unificación de criterios a nivel jurisprudencial y a que la doctrina haya propuesto diferentes vías de solución. Para un sector de la doctrina, habría que distinguir cuál es la vía por la que resulta aplicable el Derecho español. Y es que, puede venir motivada por varias causas⁹⁹: por el juego del reenvío de retorno al Derecho español. Esto sucederá si el causante es español y reside en Marruecos. También puede venir motivada por la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable. En tal caso, a la sucesión de un marroquí residente en Marruecos no le será aplicable el Derecho marroquí si no se acredita suficientemente el Derecho marroquí regulador de su sucesión. También puede suceder que la remisión al Derecho español sea consecuencia de la incompatibilidad del Derecho marroquí con el orden público internacional español. Así, en un supuesto en que el causante marroquí residente en España haya hecho uso de la facultad de optar por la aplicación de su ley nacional, que, en el caso concreto sea incompatible con el orden público español, porque discrimina a la mujer. Igualmente puede resultar aplicable el Derecho español por mandato directo de la propia norma de conflicto: si el causante marroquí tiene su residencia en España y no hace uso de la *professio iuris* a favor de su ley nacional, o es la ley española la más estrechamente vinculada con la sucesión.

En los casos en que el Derecho español se deba aplicar por vía del reenvío, habría que aplicar el art. 16 Cc., según el cual, es la vecindad civil la que determina la aplicación del Derecho español correspondiente a la unidad territorial designada. Dados los criterios de conexión seleccionados en el Reglamento, sólo caben dos posibilidades de que se acabe aplicando el Derecho español por reenvío. La primera posibilidad es que el causante sea español y residente en el extranjero. Si es marroquí, no cabrá la aplicación del Derecho español por vía del reenvío, ya que el Derecho marroquí atiende a la ley

⁹⁹ Vid. las diferentes opciones en A. FONT I SEGURA, "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en I. Calvo Vidal, Coord., *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 75-121, en J. PÉREZ MILLA, *Conflictos internos de leyes españolas...op.cit.*, pp. 165-235 y P. QUINZÁ REDONDO y G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos...", *cit.*, pp. 6-20.

nacional del causante para aplicar el Derecho marroquí. Si es extranjero y reside en España, el criterio de conexión habría conducido a la aplicación del Derecho español de manera directa, salvo que hubiera optado el causante por su ley nacional, en cuyo caso no cabría el reenvío, por estar excluido. Tampoco cabe pensar en que la vía de aplicación del Derecho español sea la situación de sus bienes en España, porque no es el criterio previsto por el Derecho marroquí. Por tanto, en este supuesto, sí sería posible utilizar la solución prevista en el art. 16 Cc., por mandato del art. 36 del Reglamento. La determinación de la unidad territorial española cuyo Derecho debe ser aplicado se efectuará a través del criterio de la vecindad civil. Por tanto, un español con vecindad civil catalana y residente en Marruecos, que no haya optado por la aplicación de la ley española, verá regida su sucesión por el Derecho catalán. El problema podría complicarse si el causante posee todos sus bienes en otro lugar, por ejemplo, en Andalucía, supuesto en el que podría descartarse la aplicación del Derecho catalán a favor del Derecho civil común, atendiendo a los vínculos más estrechos que tiene la sucesión con ese Derecho.

La otra posibilidad de que resulte aplicable el Derecho español por vía de reenvío es que el causante sea marroquí y resida en un tercer país que remita a la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes, estando estos situados en España. En este caso, la solución del art. 16 Cc. no permite encontrar una respuesta, puesto que el causante no tiene vecindad civil. En estos casos, la doctrina ofrece varias posibilidades: o bien utilizar el criterio de conexión para señalar directamente el Derecho de la unidad territorial aplicable¹⁰⁰, que se correspondería con el del lugar de situación de los bienes, o bien, acudir al criterio de los vínculos más estrechos. Hay que tener en cuenta que, si el causante posee más de un bien, situados en diferentes lugares, no sería posible el fraccionamiento de la ley aplicable, por lo que habría que indagar cuáles son los vínculos más estrechos.

En caso de que la ley española resulte aplicable por la falta de prueba del Derecho extranjero, no cabe utilizar la norma de conflicto para localizar la unidad territorial, porque esta conducirá al Derecho extranjero de la residencia habitual del causante. La doctrina también está dividida: Hay quien opta por la aplicación del Derecho más próximo¹⁰¹ y quien entiende que debe aplicarse el Derecho de la sede del tribunal que conoce del asunto, salvo que exista otro Derecho español más vinculado¹⁰². En todo caso, la aplicación del art. 16 Cc., que conduce a la concreción de la ley aplicable a través de la vecindad civil sólo podría ser de utilidad cuando el causante fuera español. En su defecto, también podría concretarse el Derecho territorialmente aplicable

¹⁰⁰ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel”, *Rec. des Cours de l’Académie de Droit international*, t. 249, 1994-V, La Haya, Boston, Londres, Dordrecht, Lancaster, pp. 145-368, espec. pp. 328-329; J. FORNER DELAYGUA, “Sucesión testamentaria de un belga sujeta por reenvío a la Ley catalana”, *REDI*, vol. 59, 2007, pp. 142-143.

¹⁰¹ N. BOUZA VIDAL, “Nota a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Badalona de 15 de abril de 1988 y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 1989”, *REDI*, 1990, pp. 265-271; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 26 de octubre de 2001”, *REDI*, 2002, pp. 447-449.

¹⁰² A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 203-206.

acudiendo a la residencia habitual en España del causante, en virtud del art. 9.10 Cc., que sustituye la nacionalidad por la residencia habitual para quienes tengan la nacionalidad indeterminada o no tengan nacionalidad¹⁰³.

En los supuestos en que el Derecho español sea aplicable por incompatibilidad del Derecho extranjero reclamado con el orden público internacional, la doctrina también propone la aplicación del Derecho más próximo¹⁰⁴. Pero, en este supuesto, nada impedirá la aplicación del art. 16 Cc., siempre que el causante tenga vecindad civil en España y, en caso contrario, apreciar si el causante reside en España, para utilizar esta vía de la residencia por aplicación del art. 9.10º Cc..

Si el Derecho español es aplicable directamente por mandato de la norma de conflicto del Reglamento, hay que utilizar la solución prevista en el art. 16.1º Cc. y sustituir la nacionalidad por la vecindad civil, cuando el causante sea español. En caso contrario, si la conexión utilizada es la residencia habitual, habrá que acudir a la vía directa de la norma de conflicto como indicadora también de la unidad territorial cuyo Derecho es aplicable, aunque hay quien también defiende la aplicación del Derecho de la sede del tribunal que conoce del asunto¹⁰⁵.

¿Qué ley será aplicable a la sucesión de un marroquí con residencia habitual en Cataluña, que no haya hecho elección de su ley nacional? De conformidad con el Reglamento y pasando por la solución del art. 16 Cc., le será aplicable el Derecho foral catalán, en la medida en que la solución prevista por las normas sobre conflictos internos no proporcionan respuesta en este caso, ya que los extranjeros no tienen vecindad civil. Tanto si se utiliza el criterio de conexión residencia habitual de manera directa para señalar la unidad territorial cuyo Derecho es aplicable, como si se buscan indicios de mayor vinculación, resultaría aplicable el Derecho foral catalán.

¿Qué ley se aplicará a la sucesión de un español con vecindad civil gallega, casado con marroquí y con última residencia habitual en Cataluña? Por mandato del art. 36 del Reglamento, hay que consultar el art. 16 Cc.. Al ser el causante español sí se puede aplicar el Derecho foral gallego, porque la norma sobre conflictos internos española conduce a la ley de su vecindad civil.

¿Afectarán estas reglas a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, cuando sean las autoridades marroquíes las que deban conocer del asunto? Eso dependerá del grado de respeto que las autoridades marroquíes quieran conceder al Derecho internacional

¹⁰³ E. ZABALO ESCUDERO, “Comentario al art. 16, apartados 1º del Cc”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, arts. 8 a 16 del Cc., Madrid, 1995, p. 1279; *id.* “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

¹⁰⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota...”, *cit.*, pp. 448.

¹⁰⁵ A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo...op.cit.*, pp. 183-190. *Vid.* también las opciones propuestas por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo...op.cit.*, pp. 267-270.

privado español. Esto es, dependerá de que el legislador marroquí decida resolver el problema de la remisión a sistemas plurilegislativos teniendo en cuenta lo que dispongan las normas del ordenamiento jurídico designado por su norma de conflicto. Sin embargo, a las autoridades marroquíes les resultará complicado extraer de la aplicación jurisprudencial española un criterio claro, puesto que la jurisprudencia española no es constante, ni aclara cuál es la razón por la que opta por una solución u otra.

Por lo que se refiere a los conflictos de leyes internos, el art. 38 establece la no obligatoriedad de los Estados Miembros de aplicar el Reglamento a sus conflictos de leyes internos. Esta no vinculación de los Estados Miembros a las reglas del Reglamento en lo que concierne exclusivamente a los conflictos de leyes internos ha sido interpretado por algún sector doctrinal en el sentido de que, si el Estado Miembro en cuestión no hace una declaración al respecto, la ley aplicable a la sucesión en los conflictos interregionales internos se regirá por lo dispuesto en el Reglamento¹⁰⁶.

En el caso de España, la solución por la que se opte tiene consecuencias importantes. De aplicarse las reglas del Reglamento a los conflictos de leyes internos, esto implicará la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante o la ley sucesoria que resulte aplicable de conformidad con los arts. 21 y 22. Esta ley deberá ser identificada con el Derecho foral vigente en dicha unidad territorial. En cambio, si no se aplica el Reglamento a los conflictos internos, seguirá subsistiendo el art. 9.8º Cc. para estas relaciones sucesorias, lo que implicará que se aplicará el Derecho correspondiente a la vecindad civil de la persona. Esto es, a un español con vecindad civil catalana y que tenga su última residencia habitual en Galicia, le será aplicable, según las reglas del Reglamento el Derecho foral gallego. En cambio, si se aplican las normas de conflicto de leyes españolas, será aplicable el Derecho foral catalán.

Por otro lado, como bien señala la doctrina, el Reglamento sobre sucesiones no habilita a un testador marroquí naturalizado español o al causante español con bienes en España y Marruecos a elegir la aplicación de la ley de una Comunidad autónoma cuya vecindad civil no posee¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Vid. A. FONT I SEGURA “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, C.E. FLORENSA I TOMÀS (Dir.) y J.M. FONTANELLAS MORELL (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 576-577; J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento...op.cit.*, p. 119; P. QUINZÁ REDONDO y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos...”, *cit.*, p. 17; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte...”, *cit.*, pp. 5-6.

¹⁰⁷ S. ÁLVAREZ, “La *professio iuris*...”, *cit.*, p. 24, consultado en http://www.academia.edu/4798570/La_professio_iuris_y_la_sucesion_internacional_en_una_futura_reglamentacion_comunitaria

4. Orden público internacional español *versus* privilegio de religión y de nacionalidad marroquí en materia sucesoria

A) Apreciación del orden público internacional por las autoridades españolas: obligación de descartar sólo el precepto controvertido

El Reglamento sucesorio introduce cambios muy importantes en la utilización de la excepción del orden público internacional en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes. El problema del orden público internacional se encuentra regulado en el art. 35 Reglamento, según el cual, sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro. Por tanto, a través de este precepto se impone a las autoridades españolas que sólo descarten el precepto del Derecho marroquí que pudiera resultar incompatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico español. No cabe, pues, descartar íntegramente el contenido del Derecho marroquí y aplicar en su lugar las reglas sucesorias del Derecho español. Lo que venía siendo seguido tímidamente por algún sector jurisprudencial, ahora se impone como mandato exigido por el Reglamento, descartándose, por tanto, lo que venía siendo una práctica habitual.

Este cambio será especialmente importante en relación con varios principios del Derecho sucesorio marroquí que derivan directamente del Corán y que no han sido modificados en la última reforma de la *Moudawana*.

Algunas de estas reglas atentan contra el principio de igualdad de sexos. Este es el caso del *tafadul*, que establece la primacía del hombre sobre la mujer. Según esta regla, la mujer hereda la mitad de lo que le corresponde al hombre en su mismo grado de parentesco (art. 316 CFM)¹⁰⁸. De este modo, la mujer viuda hereda ¼ de la herencia del marido cuando no concurre con descendientes y 1/8 si hay hijos (art. 342 CFM). En cambio, el marido percibe ½ de la herencia de la esposa, en el primer caso y ¼ en el segundo (arts. 239 a 241 CFM)¹⁰⁹. En cuanto a las hijas herederas *asab* junto con sus hermanos, reciben sólo la mitad de lo que reciben los hermanos varones. Por otro lado, la hija no es heredera forzosa y agnaticia a la vez (art. 340 CFM) y el hijo sí. No se trata de que el importe de los derechos hereditarios que le corresponden a la mujer conforme al Derecho marroquí sea menor que el que pudiera atribuírsele según la ley española –lo que no plantearía problema alguno de incompatibilidad con el orden público español¹¹⁰, sino que la regla del *tafadul* constituye una discriminación por razón de sexo. Se alega que esta diferencia de trato hunde sus raíces en la obligación del hombre de mantener a las mujeres de la familia, obligación que no tienen las mujeres¹¹¹. De hecho, alguna

¹⁰⁸ Sura 4, versículos 11 para los hijos, 12 y 13 para los esposos y 176 para la sucesión entre hermanos.

¹⁰⁹ Lo mismo se prevé en el art. 160 del Código de Familia argelino y en los arts. 93, 94 y 102 del Código de Familia tunecino.

¹¹⁰ En el mismo sentido, respecto al Derecho belga, G. KHAIRALLAH, “La détermination de la loi applicable à la succession...”, *cit.*, p. 57.

¹¹¹ S. ALDEEB y A. BONOMI, *Le droit musulmán de la famille et des successions á l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit International privé liés á*

jurisprudencia comparada se opone a alegar la excepción de orden público para impedir la aplicación de la regla del *tafadul* prevista en el Derecho chiíta o argelino, pues se afirma que el propio ordenamiento jurídico iraní prevé otras normas más favorables a las mujeres que tratan de compensar la desigualdad existente, por ejemplo, al eximir las de las cargas familiares o del pago de los gastos fúnebres o las que le conceden derecho de alimentos¹¹². Sin embargo, la justificación de esta regla pierde peso en la actualidad, ya que las mujeres han accedido al mercado laboral, pueden atender a su propio sustento y asumir las mismas cargas que los hombres¹¹³. Pese a ello, algún autor mantiene que el hombre y la mujer no están en el mismo rango, porque cuando uno hereda el otro está muerto, y no hay discriminación entre herederos del mismo rango, sino una atribución de partes diferentes a uno y al otro según las circunstancias¹¹⁴.

Ahora bien, habrá que realizar una apreciación *in casu* del orden público, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Si el cónyuge supérstite es el varón o si no concurren en la sucesión herederos varones, no se conculcará el orden público internacional español, ya que no habrá discriminación por razón de sexo en tal hipótesis. Incluso en el supuesto de que hubiera herederos varones, también habría que analizar caso a caso, puesto que la práctica notarial española admite que si la mujer renuncia a recibir un trato igualitario, no hay motivo para dejar inoperativa esta regla del Derecho sucesorio marroquí¹¹⁵. En tal caso, la renuncia de la heredera marroquí deberá ser considerada como un supuesto de renuncia a unos derechos hereditarios que le corresponden en igualdad de condiciones con el heredero varón, lo que no plantea problemas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un supuesto de renuncia a la herencia (arts. 988 y ss Cc.).

También habrá que realizar un esfuerzo y plantearse si el principio de prohibición de discriminación por razón de sexo es un principio absoluto, cuyo respeto deben imponer las autoridades españolas en todos los supuestos en que deban conocer de la relación

l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, pp. 309-310; L. MILLIOT y F.P. BLANC, *Introduction a l'étude du droit musulmán...op.cit.*, pp. 493-514.

¹¹² Vid. la sentencia del *Oberlandesgericht* de Hamburgo de 29 de abril de 1992, *IPRax*, 1994, núm. 1, pp. 49-55 o la sentencia de la *Cour de cassation* francesa de 4 de marzo de 1980, *J.C.P.*, 1965, II, nº. 13978.

¹¹³ Vid, entre otros: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. AGUILAR GRIEDER, "Orden público y sucesiones", *BIMJ*, núm. 1985, p. 1140; S. ALDEEB ABU-SHALIE y A. BONOMI (dir.), *Le droit musulman de la famille...op.cit.*, p. 321; A. RODRÍGUEZ BENOT, "Sucesión mortis causa y modelos de familia...", *cit.*, p. 689; H. DÖRNER, "Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners", *IPRax*, 1994, nº 1, pp. 35-36; S. LORENZ, «Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher ordre public: Vergleichsmaßstab für die Ergebniskontrolle», *IPRax*, 1993, núm. 3, pp. 148-151, esp. pp. 148 y 150.

¹¹⁴ G. DROZ, "Le droit occidental face au droit islamique. Propriété et sucesión en droit musulman", en C. VON BAR: *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, C. Heymann, Osnabrück, 1999, p. 149, citado por I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho sucesorio islámico...", *cit.*, p.450. En contra, S. LORENZ, "Islamisches Ehegattenerbrecht...", *cit.*, p.150.

¹¹⁵ En sentido parecido, en relación con el Derecho suizo, se alega que sólo deberá intervenir la excepción de orden público internacional si los herederos plantean la discriminación: *vid.* S. A. ALDEEB ABU-SHALIEH, "La Suisse face á l'inégalité entre homme et femme en droit musulmán", en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Alcalá, 1999, p. 378.

sucesoria, con independencia de la mayor o menor vinculación de dicha relación con España¹¹⁶ o si, por el contrario, tiene un ámbito de aplicación más concreto, que admitiría matizaciones, debiéndose analizar la regla en su contexto, teniendo en cuenta todas las circunstancias¹¹⁷. Entre tales circunstancias, sería relevante la condición o no de musulmanes de las partes en la relación sucesoria, si la relación ha sido constituida en Marruecos y lo que se pretende es que surta efectos en España o si, por el contrario, lo que se reclama es su aplicación por las autoridades españolas, teniendo, en este caso, el Estado del foro (España), mayor responsabilidad y, por tanto, debiendo actuar con más intensidad el orden público¹¹⁸. Esta apreciación de las circunstancias no implica que la pervivencia de la regla y el mantenimiento en el sistema jurídico marroquí del resto de preceptos discriminatorios que podrían conducir a la admisión de la norma no sean un atentado contra los derechos de la mujer. La diferencia de trato es una discriminación en toda regla, pero, en todo caso, mientras no se modifiquen el resto de preceptos del ordenamiento jurídico marroquí, de algún modo se mantiene un cierto equilibrio entre los derechos de ambos géneros.

En todo caso, el que la regla del *tafadul* sea incompatible con el orden público español no implica, a partir del art. 35 del Reglamento sucesorio, que pueda denegarse en bloque la aplicación del Derecho marroquí. Lo que procederá será la sustitución de la norma contraria al orden público internacional, de modo que a la mujer se le atribuyan los mismos derechos hereditarios que le corresponderían al varón en su misma situación¹¹⁹. Una vez sustituida la norma incompatible, deberá aplicarse el resto de disposiciones del Derecho sucesorio marroquí que no resulten incompatibles con el orden público internacional español. De este modo, no se privan de sus derechos hereditarios a otras personas que, según el Derecho marroquí también perciben parte de la herencia y que, según el Derecho español no tendrían derechos hereditarios.

Ahora bien, la exclusión del precepto del Derecho marroquí incompatible con el orden público internacional puede resultar problemático en algunos casos. Ciertamente, en España no se puede admitir que la mujer reciba un trato discriminatorio en el reparto de la herencia, pero la inexistencia de una regla alternativa que sustituya automáticamente el precepto discriminatorio incompatible plantea dudas. ¿Cuál deberá ser la cuota hereditaria que le corresponde a la mujer, tras haber descartado la aplicación del

¹¹⁶ En este sentido, portodos, H. GAUDEMET-TALLON, “Nationalité, statut personnel et droits de l’homme”, *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2004, p. 219. En contra, calificando esta posición como exorbitante e imperialista, Y. LEQUETTE, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, R. CAUBRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE y Th. REVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, París, Dalloz, 2003, p. 103; A. MALATESTA, “Cultural Diversity and Private International Law”, en G. VENTURINI y S. BARIATTI (dir.), *New Instruments of Private International Law, Liber Fausto Pocar*, Milán, Giuffrè, 2009, p. 649.

¹¹⁷ En este sentido, entre otros, J. MEEUSEN, “Le droit international privé et le principe de non-discrimination”, *Rec.des Cours*, t. 353, 20011, p. 138.

¹¹⁸ En este sentido, entre otros, P. KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 318, 2005, p. 206; J. MEEUSEN: “Le droit international privé...”, *cit.*, p. 145.

¹¹⁹ En el mismo sentido, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones...”, *cit.*, p. 1142; H. DÖRNER, “Zur Beerbung...”, *cit.*, p. 37 y S. LORENZ, «Islamisches Ehegattenerbrecht...», *cit.*, p. 150.

precepto marroquí discriminatorio? ¿Debe asignarse tanto al hombre como a la mujer $\frac{1}{4}$ de la herencia, si no concurren con otros herederos, puesto que esta es la cuota que corresponde en tales hipótesis al varón viudo o, por el contrario, debe asignarse tanto al varón como a la mujer $\frac{1}{8}$ de la herencia, que es lo que corresponde a la esposa viuda? Y, en caso de concurrencia con otros herederos, ¿deben ambos recibir $\frac{1}{8}$ de la herencia, que es lo que percibiría el esposo viudo, o $\frac{1}{12}$ de la herencia, tal y como se le asigna a la esposa supérstite? La duda no es baladí, por cuanto una ampliación de los derechos hereditarios de la esposa viuda, en concurrencia con otros herederos, perjudicaría los derechos de estos, si la esposa tuviera atribuidos ya otros derechos en el marco del régimen económico matrimonial. Al igual que el legislador español prevé diferentes derechos hereditarios para los cónyuges supérstites, dependiendo del régimen económico matrimonial –eso sí, sin discriminaciones por razón de sexo-, también hay que tener en cuenta los problemas de adaptación del Derecho marroquí, para no generar otras discriminaciones a la inversa. Estos problemas de adaptación se acentuarán con la aplicación del Reglamento sobre sucesiones, al establecer una regulación separada de las cuestiones sucesorias afectantes a los cónyuges y del régimen económico matrimonial.

Otros principios islámicos plantean problemas de incompatibilidad con el orden público internacional español por atentar contra el principio de no discriminación por razón de religión. Es el caso de la regla que establece la incapacidad para suceder abintestato del infiel o *kafir*, de modo que un no musulmán no puede heredar a un musulmán, ni, a la inversa, tampoco un musulmán puede heredar a un no musulmán (art. 332 del CFM). Esta prohibición de heredar por disparidad de culto deriva directamente de las palabras del profeta¹²⁰, de ahí la imperatividad de la regla según la cual heredero y causante deben profesar la religión islámica y lo arraigada que se encuentra en los países islámicos. En cambio, en la sucesión testada no rige esta prohibición, por lo que un no musulmán sí puede recibir legados de un musulmán y un no musulmán también puede hacer testamento. Así se desprende del art. 279 CFM, que, al referirse a los requisitos que ha de reunir el testador para que el testamento sea válido, exige que sea mayor de edad y que tenga capacidad de raciocinio. La falta de referencia a la profesión de la religión islámica permite pensar que el legado realizado por un musulmán a favor de un no musulmán, y a la inversa, será válido¹²¹.

Algunos autores consideran que hay que tener en cuenta la mayor o menor vinculación del caso con el ordenamiento jurídico del foro. De este modo, afirman que sólo debería oponerse la excepción de orden público internacional si los herederos están domiciliados en el foro o tienen la nacionalidad del foro, pues en tal caso, no puede admitirse tal discriminación¹²²; en cambio, si la sucesión se desenvuelve en el extranjero y afecta a una familia musulmana totalmente integrada en su país, consideran que no tendría sentido oponerse a la aplicación del Derecho sucesorio extranjero¹²³.

¹²⁰ Corán, verso 4:141.

¹²¹ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho sucesorio islámico...”, *cit.*, p.447; G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. OUALD ALI, “El derecho de sucesiones...”, *cit.*, p. 161.

¹²² G.A.L. DROZ, “L’activité notariale internationale”, *Rec.des Cours*, t. 280, 1999, pp. 80-81.

¹²³ *Ibid.*, p. 81.

Aun no compartiendo esta opinión, considero que sí que hay que apreciar la vulneración del orden público *in casu*, no en abstracto y replantearse cuál debe ser la solución en caso de colisión. De este modo, si un causante marroquí fallece intestado en España, dejando esposa e hija, ambas de nacionalidad española, no siendo el matrimonio válido para el Derecho marroquí y concurriendo a la herencia la madre marroquí del causante, no puede descartarse la aplicación del Derecho marroquí, porque la esposa no tenga derecho a la herencia por no profesar la religión musulmana. El art. 35 del Reglamento sucesorio impide que se aplique el Derecho español subsidiariamente: esto conduciría a privar de sus derechos hereditarios a la madre del causante, que, sí los tendría según el Derecho marroquí. Si bien la exigencia de que el heredero y el causante profesen la religión musulmana atenta contra el art. 16 CE, debe descartarse el precepto marroquí en cuestión, atribuyendo los derechos hereditarios a la esposa y a la hija, sin privar de todos sus derechos a la madre del causante¹²⁴.

Si la sucesión se desenvuelve en el ámbito notarial, es posible que el notario consiga hacer llegar a un acuerdo a las partes, convenciendo a los herederos musulmanes de que acepten la participación en la sucesión del no musulmán¹²⁵. Si este acuerdo no fuera posible, algunos autores consideran que el notario debería remitir los herederos a la autoridad judicial¹²⁶. En todo caso, hay que tener en cuenta, que no siempre será fácil probar que el heredero no es musulmán, salvo que exista un acto de comunicación expresa por su parte de que no profesa la religión musulmana; situación que difícilmente se va a producir, debido a las costumbres sociales y a lo mal visto que está la apostasía en Marruecos. Dejando a un lado los problemas de prueba de la condición de *kafir*, lo que no podrá hacer el notario es aplicar unas normas incompatibles con el orden público internacional español.

También las cuestiones previas de carácter familiar revisten una gran importancia en el marco de los procesos sucesorios y plantean problemas de orden público internacional. En las relaciones sucesorias hispano-marroquíes presentará gran interés determinar la condición de herederas de determinadas personas, para lo cual será necesario resolver previamente su condición de cónyuge o hijo. El Reglamento no contiene ninguna previsión respecto al tratamiento de las cuestiones previas en materia sucesoria. La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de noviembre de 2006 en materia de ley aplicable a las sucesiones¹²⁷ insistió en su recomendación núm. 6 en la conveniencia de que se regularan las cuestiones previas de manera vinculada a la cuestión principal, esto es, sometiendo la cuestión preliminar a la ley designada por la norma de conflicto reguladora de la sucesión, aunque esta regulación de la cuestión previa sólo surtiera efectos en el procedimiento en que se discuta sobre la cuestión preliminar. En ausencia

¹²⁴ En este sentido, C. ORO MARTÍNEZ, “Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la *mudawana*: fundamento y alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí [A propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008]”, *Dereito*, 2009, vol. 18, núm. 1, pp. 287-304.

¹²⁵ G.A.L. DROZ, “L’activité notariale...”, *cit.*, p. 80.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹²⁷ Ver texto en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0496+0+DOC+XML+V0//ES>.

de regla expresa por parte del Reglamento, no cabe más opción que la regulación de las cuestiones previas de manera independiente, aplicando las normas que rigen en DIPr. español para decidir sobre la validez del matrimonio o de la adopción. En todo caso, una regulación de las cuestiones previas vinculada a la cuestión sucesoria principal no conducirá a un resultado diferente, ni en España ni en Marruecos. Suponiendo que la ley sucesoria fuera la marroquí, habría que decidir la admisión o no del matrimonio y de la adopción en Marruecos conforme al Derecho marroquí. Si el resultado fuera negativo en ambos supuestos para Marruecos, se alzaría el correctivo del orden público internacional español y se reconocerían en España los derechos hereditarios de tales personas. Al final, la justicia material serviría de correctivo frente a una solución conflictual que vinculara cuestión previa y cuestión principal de un modo intolerable para el foro.

Entre los principios del Derecho sucesorio marroquí que afectan a las cuestiones previas y tienen difícil acogida en España, se encuentra la distinción a efectos hereditarios entre hijos legítimos e ilegítimos, dependiendo de que hayan nacido o no de un matrimonio¹²⁸. La filiación legítima permite heredar mutuamente y conlleva la transmisión de la religión musulmana (art. 145 CFM). La filiación no legítima no plantea problemas de discriminación cuando se refiere a la madre, pues sí genera vínculos con ella. Por eso, sus hijos nacidos fuera del matrimonio tienen derechos hereditarios y concurrirán en la herencia de la madre junto con los hermanos legítimos, si los hubiera. En cambio, la filiación no legítima no genera vínculos con el padre (art. 148 CFM). Este diferente trato otorgado a los hijos no legítimos produce un conflicto con el sistema español. Así lo entiende también el TEDH, para quien una discriminación sucesoria entre hijos legítimos e ilegítimos constituye una violación de los arts. 8 y 9 del Convenio de Roma relativo a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹²⁹.

En todo caso, es importante tener en cuenta si las reglas del Derecho sucesorio marroquí vulneran *in casu* el orden público internacional español. Con los cambios producidos con la modificación de la *Moudawana*, la filiación será legítima por tres vías: a) matrimonial, si el hijo nace dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio o en el plazo de un año desde que se disuelva (art. 154 CFM); b) por declaración del juez de la existencia del matrimonio, aunque no exista contrato matrimonial, esto es, por considerar que los progenitores viven como cónyuges, aunque no estén casados. Es un caso de *shubha*, cuando se mantienen relaciones de buena fe, lo que constituye un fundamento para el establecimiento de la filiación (arts. 16 y 155 y 156 CFM). Si el padre niega la paternidad, se puede recurrir a todos los medios legales

¹²⁸ Sobre los diferentes tipos de filiación en Marruecos, *vid.* C. RUIZ SUTIL, “Efectos “maliciosos” de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver en ambas orillas”, en M. MOYA ESCUDERO (Dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en prensa.

¹²⁹ *Vid.* entre otros los asuntos Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, de Vermeire c. Bélgica, de 29 de noviembre de 1991 y de Mazurek c. Francia, de 1 de febrero de 2000, citados por I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho sucesorio islámico...”, *cit.*, p.451.

de prueba para establecer la filiación¹³⁰; c) por reconocimiento por el padre (*iqrar*), de conformidad con los arts. 160-162 CFM, por declaración en presencia de testigos o por declaración manuscrita.

Aparentemente, el CFM permite el reconocimiento de paternidad (art. 145): la filiación parental de un hijo de filiación desconocida se establece por reconocimiento de la paternidad, siempre que tal declaración no sea increíble. También se permite el reconocimiento de los hijos concebidos durante el noviazgo, siempre que se haga justo antes de la celebración del matrimonio (art. 157 CFM). Por tanto, conforme a la nueva *Moudawana*, sólo se considerará ilegítima la filiación negada por decisión judicial. Otra cosa es la aplicación que los tribunales marroquíes hacen del CFM, pues siguen estando anclados en la tradición. Conforme a esta visión tradicional de la jurisprudencia marroquí, es increíble que un hijo pueda nacer de relaciones fuera del matrimonio, porque eso es inconcebible en el islam¹³¹. Esta misma visión jurisprudencial lleva a afirmar que no se puede admitir ninguna prueba científica contra la presunción de paternidad basada en la noción musulmana del *al-firash*, porque el hijo siempre se vincula al marido de la madre si nace en los seis meses siguientes al matrimonio o dentro del año siguiente a la separación de los cónyuges¹³². Estas interpretaciones restrictivas, conducen a la imposibilidad de efectuar un reconocimiento de paternidad de un hijo no matrimonial, salvo en supuestos muy excepcionales. Para hacer frente a algunos problemas que esta imposibilidad práctica de reconocimiento de paternidad genera, algunos Consulados marroquíes acreditados en España admiten la inscripción de los hijos nacidos de una relación de noviazgo formal, sin matrimonio entre los progenitores, si éstos se comprometen a casarse lo más pronto posible.

No obstante, pese a que este paso adelante es muy importante, no es suficiente. ¿Pondrán obstáculos las autoridades marroquíes al reconocimiento de paternidad no matrimonial, si no va acompañada de la promesa de que van a contraer un matrimonio posteriormente? ¿Qué sucede cuando los menores y sus madres se encuentran con la falta de cooperación del progenitor para llevar a cabo el reconocimiento? Por eso, mientras se siga manteniendo una interpretación del CFM por las autoridades marroquíes que haga prácticamente imposible el reconocimiento voluntario de paternidad, sí que existirán problemas de incompatibilidad fáctica con el orden público internacional. Por eso, habrá que seguir insistiendo en que es posible otra interpretación de la *Mudawwana* que haga factible el reconocimiento de paternidad.

Por otro lado, la admisión de la poligamia en el Derecho marroquí y la consiguiente atribución de derechos hereditarios a las esposas viudas también generan choques con nuestro orden público constitucional. Sin embargo, la apreciación de la excepción de

¹³⁰ Vid. al respecto, L. BUSKENS, "Le droit de la famille au Maroc", en N. BERNARD-MAUGIRON y B. DUPRET, *Ordre public et droit musulman...op.cit.*, p. 115.

¹³¹ G.H. BOUSQUET, *L'éthique sexuelle en islam*, Maison neuve et Larose, París, 1966, pp. 62-138; S. MERNISSI, "La filiation de l'enfant en droit musulman", *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West, Congress from 23 to 24 october 1998 in Osnabrück*, Berlín, Carl HeymannsVerlag, 1999, p. 121.

¹³² *Arrêt* n° 658 de 30 de diciembre de 2004, *Jurisprudence de la Cour suprême*, n° 63, p. 384.

orden público debe hacerse con mucho cuidado, pues, de lo contrario, podría salir la mujer perjudicada doblemente. Si no se admite que pueda heredar la segunda o tercera esposa simultánea, por no aceptar la validez de su matrimonio por incompatibilidad con nuestros valores constitucionales, le estamos limitando aún más sus derechos. Primero, la mujer sufre una discriminación por razón de sexo, por no poder ella contraer matrimonio con otros hombres estando subsistente su matrimonio. Segundo, se la perjudica porque tampoco puede recibir derechos hereditarios. Habría que valorar la posible utilización del orden público atenuado, que le permitiría poder heredar repartiendo la herencia con las otras esposas del causante, al igual que sucede con el reparto de la pensión de viudedad¹³³. Este efecto atenuado del orden público internacional puede ser utilizado también por las autoridades no judiciales, cuando sean los notarios los que intervengan en la sucesión¹³⁴.

En cuanto al repudio, conlleva la extinción de la vocación sucesoria de la mujer repudiada respecto a la herencia del esposo premuerto. Sin embargo, para determinar quién es la viuda del causante marroquí hay que plantearse la cuestión previa del reconocimiento del repudio otorgado en Marruecos. Si, para las autoridades españolas el repudio no fuera considerado una forma válida de disolución del vínculo matrimonial, por no respetar los valores constitucionales españoles, la esposa repudiada seguiría siendo esposa del causante y como tal, su viuda, con derechos hereditarios. En cambio, si se dieran las condiciones para admitir la validez del repudio, porque se hubieran respetado los derechos de la mujer, no habría inconveniente en admitir que ya no es la viuda. Todo esto requiere tomar en consideración el tipo de repudio que se ha pronunciado.

Tratándose de un *talaq* o repudio que puede pronunciar el varón, de manera unilateral, sin alegar ninguna causa, puede encontrar más oposición a su reconocimiento en España. El CFM exige varios requisitos para que produzca efectos: la intervención judicial para la autorización previa, sin la cual, el *adoul* no puede establecer el repudio, el intento de reconciliación entre los cónyuges y que se garantice el pago de los derechos económicos (art. 78 CFM). Las formalidades del repudio están reguladas en los arts. 138-141 CFM. Aunque el papel del juez es muy limitado, sí es importante su función como garante del cumplimiento de las obligaciones económicas del marido¹³⁵, debiendo este abonar una cantidad mayor si el repudio se pronunció sin causa alguna y menor, si se hubiera basado en alguna causa imputable a la esposa¹³⁶.

Otras modalidades de repudio son el *tamlik*, que sólo puede ser ejercido por la mujer unilateralmente si el marido le cedió esta facultad a la esposa en el contrato matrimonial

¹³³ Sent. TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 2002, núm. 899; TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 29 de julio de 2002, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 2002, núm. 3324.

¹³⁴ G.A.L. DROZ, "L'activité notariale...", *cit.*, p. 82.

¹³⁵ M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Madrid, Difusión Jurídica, 2010, p. 64; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, p. 70.

¹³⁶ M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí...op.cit.*, p. 65.

y el *khol*, en el que el marido consiente el repudio, previo pago de una compensación económica por la mujer, que bien puede ser la renuncia a la dote, la devolución de la dote o la renuncia a las cantidades que pudieran corresponderle por el repudio¹³⁷. También en este supuesto de repudio por compensación interviene la autoridad judicial para asegurarse de que ambas partes cumplen con sus obligaciones económicas.

Habría que analizar caso a caso y tener en cuenta que la normativa marroquí ya establece limitaciones indirectas al repudio indiscriminado, al vincularle obligaciones económicas de cuyo cumplimiento previo depende la disolución del vínculo y cuyo cumplimiento garantiza la intervención judicial¹³⁸. De hecho, las formas tradicionales de repudio, como el triple *talaq*, ya no son válidas en Marruecos (arts. 90-93 CFM)¹³⁹.

Si el causante, después de repudiar a su esposa, se hubiera casado en segundas nupcias con otra mujer, ¿qué pasaría con los derechos de la segunda esposa? Si se admitiera el reconocimiento del repudio, la segunda esposa sería la viuda y, por tanto, la heredera. Esto implicaría que la primera esposa resultaría privada de la herencia, no heredaría. En cambio, si no se admitiera la validez del repudio, seguiría siendo cónyuge la primera esposa. El segundo matrimonio no sería válido en España. ¿Se priva de derechos hereditarios a la segunda esposa?

Una vez más, se detecta la exigencia de analizar caso a caso. Algunos autores consideran que, aparte del tipo de repudio de que se trate, hay que ver la vinculación que presenta la relación con el ordenamiento jurídico del foro, de modo que si la relación sucesoria no presenta vínculos significativos con el país donde se pretende hacer valer, podrían reconocerse los efectos del repudio en el foro¹⁴⁰. Otros consideran que el reconocimiento de los efectos del repudio debería depender de si éste se produjo mucho tiempo antes del fallecimiento del causante¹⁴¹. En cualquier caso, en todos estos supuestos se trata de decidir sobre los efectos en el foro de una situación ya creada y que despliega su eficacia en el extranjero¹⁴². Pero, no es el mayor o menor grado de

¹³⁷ Forma de disolución a la que tendrán acceso las mujeres de elevada condición social y poder económico, que podrán imponer su voluntad de poner fin al vínculo matrimonial a cambio de pagar una cantidad importante a su marido. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, Consejo General del Poder Judicial: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° VIII, Madrid, 2002, p. 268.

¹³⁸ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAOUI y M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de Derecho privado marroquí*, t. I, Madrid, ed. Fernando Zarauz Astorki, 2009, p. 138.

¹³⁹ L. BUSKENS, “Le droit de la famille au Maroc”, en N. BERNARD-MAUGIRON y B. DUPRET (dir.): *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruselas, Bruylant, 2012, p. 119.

¹⁴⁰ P. LAGARDE, “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, II, Session de Cracovie, Pedone, 2006; id., *Répertoire droit international*, Dalloz, Cahiers de synthèse, enero, 2003, p. 9.

¹⁴¹ L. GANNAGÉ, “L'ordre public international a l'épreuve du relativisme des valeurs”, *Travaux du Com. Fr. Droit int.priv.* 2006-2008, p. 218.

¹⁴² La jurisprudencia francesa ha admitido incluso la creación en el foro de relaciones jurídicas basándose en la aplicación de un Derecho extranjero que vulnera los valores franceses, cuando dicha relación no

vinculación de la relación jurídica con el foro lo que debe hacerse primar, sino el grado de vulneración de los derechos humanos que se haya producido. Por eso, con independencia de la vinculación o del tiempo que haya transcurrido, lo que habrá que valorar es si se han respetado los derechos de la mujer y si ésta solicitó o estuvo de acuerdo con el repudio. Si no se dan esas condiciones, el repudio no se debería hacer valer en España y la esposa debería tener derechos hereditarios, con independencia de que la situación sea claudicante en Marruecos.

Del mismo modo, para el Derecho español no ofrece ninguna duda la consideración de cónyuge que concurra en una persona de nacionalidad marroquí que haya contraído matrimonio en España o en otro país, ya sea Miembro de la UE o tercer Estado, con otra persona de su mismo sexo. Esto comportará la atribución de derechos hereditarios al cónyuge viudo y su designación como heredero. En cambio, no será posible la atribución de derechos hereditarios a esta persona en Marruecos, en calidad de cónyuge superviviente. Por tanto, una declaración de herederos dictada por autoridad española no surtirá efectos en Marruecos, al contravenir las prescripciones de la *Moudawana*. E, igualmente, si la declaración de herederos proviene de Marruecos, tampoco podrá surtir efectos en España, por contravenir el orden público internacional español.

También la prohibición de la adopción en Marruecos plantea problemas de orden público internacional. Hasta ahora han sido muy frecuentes los supuestos en que se constituía en Marruecos una *kafala* sobre un menor marroquí a favor de un matrimonio de marroquíes o hispano-marroquíes residente en España. Estos menores marroquíes eran traídos a España y con posterioridad el *kafil* solicitaba la conversión de la *kafala* en adopción y eso, a pesar de que la *kafala* marroquí tiene una naturaleza distinta y pese a que en Marruecos se considera nula la adopción (art. 149 CFM), sobre la base de los versículos 33:4 y 33:5 del Corán¹⁴³. La exigencia de que el *kafil* español se hubiera convertido a la confesión musulmana antes de la constitución de la *kafala* en Marruecos y la presunción de que, con dicha conversión, se respetarían los preceptos del Corán, no ha impedido que se vengán solicitando las adopciones de estos menores en nuestro país. El principio de libertad religiosa impediría la realización de este control por parte de los tribunales españoles¹⁴⁴. Como se ha indicado, esta falta de respeto a los postulados del Derecho marroquí ha conducido a la Circular del Ministerio de Justicia marroquí que bloquea los procesos de *kafala* ya iniciados y ha promovido una reforma normativa en curso que podría llegar a prohibir la constitución de *kafalas* a favor de extranjeros no residentes en Marruecos. Para favorecer de nuevo la apertura de los trámites de acogimiento de menores marroquíes en *kafala*, se halla en curso la reforma de la Ley de adopción internacional española, con la intención de no permitir en España la constitución de una adopción sobre un *makfoul*, en caso de que, conforme al ordenamiento jurídico de procedencia del menor esté prohibida la adopción. Habrá que

presenta una vinculación significativa con Francia: Civ. 1er, 10 mayo 2006, *Dalloz*, 2006, 2890. *Vid.* L. GANNAGÉ, “L’ordre public international...”, *cit.*, pp. 218-219.

¹⁴³ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafala*)”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de Sucesiones...loc.cit.*, p. 260.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 268.

ver cómo quedará redactada finalmente la norma, pues, Bélgica también ha previsto la aplicación de la ley nacional de los adoptantes, de modo que si éstos son marroquíes, no se constituiría la adopción y, sin embargo, por vía de excepción se acaba obviando la prohibición del Derecho marroquí (si la aplicación del Derecho extranjero perjudica manifiestamente el interés superior del menor, o el adoptante o adoptantes tienen vínculos manifiestamente estrechos con Bélgica, esto es motivo para la aplicación del Derecho belga a las condiciones de establecimiento de la adopción)¹⁴⁵. En todo caso, sea cual sea la solución que, finalmente, se adopte, no se debería perder de vista el interés del menor en quedar suficientemente protegido.

De este modo, si el *kafil* fallece, siendo la ley sucesoria la marroquí, heredarían los hijos. No cabrá duda de que las autoridades españolas considerarán al menor como hijo del causante, a todos los efectos. Si, además alguno de los progenitores adoptantes era español, el menor habrá adquirido como consecuencia de la adopción la nacionalidad española de origen, desde el momento de la adopción, en virtud del art. 19 Cc. No obstante, al no ser la adopción reconocida en Marruecos, las autoridades marroquíes van a considerar que los menores siguen siendo marroquíes y siguen estando bajo el régimen de la *kafala*, por lo que no tienen derechos hereditarios, a no ser que el causante les hubiera dejado algún legado. Pero, en España, estos menores ya son considerados hijos adoptados, por lo que su exclusión de la herencia atentaría contra el orden público internacional español. Los derechos hereditarios que le corresponden conforme al Derecho español no pueden hacerse valer en Marruecos, si así fuera necesario.

Se trata, por tanto, de otro supuesto en que, por un lado, las autoridades españolas no aplicarán finalmente a la sucesión el Derecho marroquí y, por otro lado, las autoridades marroquíes no darán valor a lo resuelto por las autoridades españolas, generándose, en consecuencia, una situación claudicante en materia sucesoria y ello, aunque el Reglamento obligue a dejar de aplicar sólo el precepto marroquí incompatible con el orden público internacional español.

B) El orden público desde la perspectiva marroquí: ¿los privilegios de religión y de nacionalidad marroquí como principios de orden público o como normas imperativas?

La aplicación del Derecho sucesorio español en Marruecos o el reconocimiento de efectos a las decisiones y documentos sucesorios provenientes de España va a depender, al igual que en nuestro país, del grado de respeto a su orden público internacional. Lo que sucede es que el orden público internacional funciona de diferente manera en Marruecos. Por un lado, porque lo que es considerado contrario al orden público internacional por las autoridades españolas constituye el fundamento del Derecho sucesorio marroquí¹⁴⁶ y, justamente, la regulación de las sucesiones internacionales que es compatible con el orden público internacional español contraviene el orden público marroquí. Hay que tener en cuenta que, según el Preámbulo de la Constitución marroquí

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 280-281.

¹⁴⁶ L. MILLIOT y F.P. BLANC, *Introduction a l'étude du droit musulmán...op.cit.*, pp. 481-482.

de 1 de julio de 2011, el Reino de Marruecos es un Estado musulmán soberano: según su art. 3, el islam es la religión del Estado, que garantiza a todos la libertad de cultos. Por otro lado, de conformidad con su art. 41, el Rey vela por el respeto al islam. Por tanto, formarán parte del orden público internacional marroquí todas las reglas sucesorias derivadas de la ley islámica tradicional o *Sharia*. No se trata sólo de que el Derecho español regule la sucesión de forma diferente a como lo hace la *lex fori* marroquí, pues esto no sería un motivo para descartar la aplicación del Derecho español. Se trata más bien de que la jurisprudencia marroquí considera las normas imperativas del estatuto personal musulmán como integrantes de su orden público internacional o dicho de otro modo, su orden público interno se erige en orden público internacional¹⁴⁷. Mientras siga existiendo este planteamiento, será imposible garantizar la continuidad de las relaciones en el espacio: en España no se admitirán los efectos de las decisiones judiciales marroquíes o de las declaraciones de herederos dictadas en Marruecos cuando hayan hecho prevalecer las reglas de la *Moudawana* que atentan contra los valores constitucionales. Y, a la inversa, en Marruecos no se admitirán los efectos de las decisiones judiciales españolas o de las declaraciones de herederos realizadas por autoridades españolas, en la medida en que no se hayan respetado las reglas del Derecho sucesorio marroquí que tienen alcance de orden público en Marruecos.

Desde esta perspectiva, no es de extrañar que la *Cour Suprême* sancione con la nulidad un testamento otorgado en Marruecos por un francés en el que instituye heredera a su concubina, por ser contrario al orden público marroquí, en la medida en que el Derecho marroquí prohíbe las relaciones sexuales fuera del matrimonio¹⁴⁸. El hecho de que el testador hubiera pretendido con el testamento proteger a su compañera sentimental después de su muerte, sólo ha pesado en una sentencia aislada¹⁴⁹, que ha sido considerada un atentado a las buenas costumbres de la sociedad marroquí¹⁵⁰.

La conversión de los preceptos de la *Moudawana* vinculados directamente con la *Sharia* en elementos de orden público internacional puede llegar al extremo de fundamentar la denegación en Marruecos del reconocimiento de una decisión extranjera por el solo hecho de haber sido dictada por un tribunal no musulmán, como ha sucedido en relación con las decisiones sobre disolución del matrimonio¹⁵¹. Y, aunque el art. 128 CFM no menciona la religión del juez extranjero ni el respeto a la ley marroquí como condiciones para el reconocimiento de decisiones de disolución del vínculo matrimonial, sí que se prevé como requisito el que la causa de disolución esté prevista en la *Moudawana*. Para algún sector doctrinal, esto implica atribuir un gran poder a los tribunales a la hora de apreciar si la decisión extranjera es conforme o no con el CFM. Esto puede conducir a que se deniegue el reconocimiento de decisiones españolas que declaran la nulidad de matrimonios blancos, basándose en que para la ley islámica el matrimonio es una unión duradera entre un hombre y una mujer y que ello excluye la

¹⁴⁷ Así lo critica también M. LOUKILI, “L’ordre public...”, *cit.*, p. 147.

¹⁴⁸ Arrêt n° 512, de 14 de septiembre de 1977.

¹⁴⁹ Arrêt n° 22-23 de 4 de febrero de 1977.

¹⁵⁰ Vid. las críticas a esta extensión del concepto de orden público al orden público internacional en M. LOUKILI, “L’ordre public...”, *cit.*, p. 149.

¹⁵¹ Arrêt n° 90 de 24 de enero de 2001, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, n° 59-60, p. 182.

posibilidad de que una autoridad extranjera constataste la inexistencia de una voluntad de la pareja de entablar una relación matrimonial duradera. Como ha sido destacado, esta actitud complica enormemente la vida de las personas, que se ven obligadas a viajar a Marruecos para iniciar un proceso de disolución del vínculo matrimonial por discordia (*chiquaq*) que ha sido declarado nulo en España, con los consiguientes gastos y pérdida de tiempo¹⁵².

Por otro lado, juega un papel importante la delimitación del ámbito de aplicación de la *Moudawana*, a través de la consagración de los privilegios de nacionalidad y de religión musulmana, que viene determinada por el carácter del Estado marroquí como un Estado musulmán. Según ha declarado la *Cour Suprême* marroquí, los jueces marroquíes deben tener en cuenta en sus decisiones los principios y directrices de la ley religiosa (*Sharia*) que rige el estatuto personal y familiar de los marroquíes musulmanes, incluso aunque vivan en el extranjero o cuando entablen relaciones con extranjeros no musulmanes¹⁵³. De este modo, el Derecho sucesorio marroquí, fuertemente impregnado de valores religiosos, constituye un cuerpo normativo que las autoridades marroquíes deben aplicar cuando en una relación sucesoria esté implicado un marroquí musulmán o un extranjero que sea musulmán y tenga su residencia o su domicilio en Marruecos¹⁵⁴. El Derecho extranjero (español) al que remita la norma de conflicto no será tenido en cuenta por los jueces marroquíes más que en la medida en que sea acorde con la *lex fori* marroquí, lo que implica que sólo se aplicará a las relaciones entre extranjeros no musulmanes¹⁵⁵. Es decir, el ámbito de la norma de conflicto se restringe considerablemente, puesto que la jurisprudencia marroquí sólo la utiliza en las relaciones entre extranjeros que no profesen la religión musulmana¹⁵⁶. En el momento en que una de las partes de la relación sucesoria sea marroquí o musulmana se le aplica directamente la *Moudawana*, como se indicó *supra*.

Por eso, no es preciso invocar la excepción de orden público internacional para dejar de aplicar el Derecho extranjero (español) a la relación sucesoria hispano-marroquí. No se aplica el Derecho español, porque la norma de conflicto es sustituida por una norma material, las reglas de la *Moudawana*, cuya aplicación al caso viene dada por la nacionalidad marroquí de una de las partes o por la religión musulmana que una de ellas profese: si el causante o los herederos ostentan la nacionalidad marroquí o son musulmanes será el Derecho marroquí el que regule la sucesión, aunque en España se regule conforme al Derecho español, por tener el causante su residencia habitual en España o por haber elegido la aplicación de su ley nacional. Este privilegio de religión tiene consecuencias graves en el ámbito sucesorio, porque un heredero español que no sea musulmán resultará desheredado, si el causante era musulmán.

Esta limitación de la eficacia de la norma de conflicto marroquí por el privilegio de religión musulmana -y sólo por el de la religión musulmana-, es contrario al principio

¹⁵² M. LOUKILI, "L'ordre public...", *cit.*, pp. 153-154.

¹⁵³ Sentencia de 20 de marzo de 1970.

¹⁵⁴ M. LOUKILI, "L'ordre public...", *cit.*, p. 128.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 128.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 129.

de libertad religiosa, que, tanto en España como en Marruecos se considera un derecho fundamental, así como al principio de igualdad. Además, el privilegio de nacionalidad y el de religión perjudican la continuidad de las relaciones en el espacio. Piénsese en el supuesto de sucesión de un causante español con bienes en Marruecos, que haya dejado bienes en Marruecos y que tenga en régimen de *kafala* a un menor marroquí. Cuando resulten aplicables las reglas del Reglamento, la sucesión de este causante se regirá en España por el Derecho español correspondiente a su residencia habitual o en cuanto ley nacional elegida por el causante. En cambio en Marruecos, dicha sucesión se rige por el Derecho marroquí, en la medida en que en la relación sucesoria hay un menor acogido en *kafala*, que es marroquí. Aunque el menor haya adquirido la nacionalidad española por residencia, por ejemplo, se seguirá aplicando en Marruecos el Derecho marroquí, en la medida en que se entienda que el menor es musulmán. En todo caso, la discontinuidad de las relaciones en el espacio no deriva de las modificaciones en cuanto a la ley aplicable a la sucesión introducidas por el Reglamento. También partiendo de la aplicación del actual art. 9.8º Cc. se llega a soluciones diferentes en ambos sistemas jurídicos: para las autoridades españolas será aplicable el Derecho español, en cuanto ley nacional del causante y para las autoridades marroquíes, la nacionalidad marroquí del menor sujeto a *kafala* o su religión musulmana influyen determinando la aplicación del Derecho marroquí.

Ahora bien, existe, una diferencia muy importante, entre la forma de operar de los valores superiores del ordenamiento jurídico español y los del Derecho marroquí: mientras que el principio de prohibición de discriminación funciona en España como instrumento de corrección y no como norma positiva que impone directamente una solución concreta a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, las autoridades marroquíes utilizan su privilegio de religión y de nacionalidad como una vía para convertir todo su CFM en preceptos de imperativa aplicación, lo que dificulta la continuidad de las relaciones en el espacio.

5. El problema irresuelto del tratamiento procesal del Derecho extranjero

Cuando resulte aplicable a la sucesión el Derecho marroquí, habrá que resolver la cuestión de la prueba del Derecho extranjero¹⁵⁷, lo que cobra especial importancia, no

¹⁵⁷ Vid. al respecto, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 205-223; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, núm. 11, nov. 2000, pp. 1155-1170; *id.*: “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 215-237; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 483-503; L. CARRILLO POZO, “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, mayo-junio 2002, pp. 451-473; M.V. CUARTERO RUBIO, “Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21-61; M. FONT I MAS, “El artículo 2 Cc. y la imperativa aplicación de la norma de conflicto por parte de los jueces españoles”, en X. ABEL LLUCH, J. PICÓ I JUNOY y M. RICHARD GONZÁLEZ (Dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, LA LEY, 2011, pp. 499-519; *id.*: “La aplicación del derecho extranjero resultante de la remisión de las normas de conflicto europeas en el contexto de los sistemas

sólo en relación con el Derecho sustantivo marroquí, sino también en relación con sus normas de delimitación del ámbito de aplicación de la *Moudawana*, como se ha indicado *supra* y que tanta importancia tiene para evitar un uso indebido del reenvío. Sin embargo, este problema no ha sido abordado por el Reglamento, lo que resulta llamativo, puesto que su objetivo de conseguir la identificación *forum-ius*, no siempre se logra. Aunque el criterio de conexión objetivamente aplicable a la sucesión, en defecto de elección, sea la residencia habitual, serán muchas las ocasiones en que las autoridades nacionales tengan que aplicar Derecho extranjero. Admitiendo el Reglamento la aplicación de la ley de cualquier Estado, incluso aunque no sea la de un Estado Miembro, y recibiendo el Derecho extranjero un tratamiento procesal tan diferente en los distintos países de la UE, habría sido necesario que el Reglamento se hubiera pronunciado sobre los problemas que la aplicación del Derecho extranjero plantea. Y ello, pese a que las normas de conflicto de origen institucional, pretendiendo la armonización necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, tengan carácter imperativo y su aplicación no deba depender de la voluntad de las partes, ni del Derecho procesal de los Estados miembros¹⁵⁸. En particular, habría sido necesario que el Reglamento sucesorio hubiera precisado si el órgano jurisdiccional debe aplicar de oficio el Derecho reclamado por la norma de conflicto, si es necesaria su alegación y prueba, qué medios de prueba se admiten, así como las consecuencias de la falta de alegación y prueba.

Sin embargo, esta cuestión, no es abordada, lo que podría ser interpretado por las autoridades nacionales como una remisión a los Derechos procesales de los Estados Miembros. Esta interpretación no beneficiaría la seguridad jurídica, pues la ausencia de una solución uniforme en los Estados Miembros favorece la diversidad de respuestas en cada país y conduce a una aplicación diferente del Reglamento, lo que casa mal con el carácter imperativo y directamente aplicable de sus normas. Sin ir más lejos, en España no rigen las mismas reglas para las autoridades judiciales y notariales (art. 281 LEC y art. 168 RN) y la prueba del Derecho extranjero cobra una gran importancia en los procesos judiciales, donde el TC ha exigido una colaboración activa por parte de los órganos jurisdiccionales, para garantizar la tutela judicial efectiva¹⁵⁹: la jurisprudencia tradicional y mayoritaria considera que si el Derecho extranjero (marroquí) no está debidamente probado debe descartarse y aplicar en su defecto el Derecho del foro (español)¹⁶⁰. No obstante, hay una posición minoritaria que opta por la desestimación de

imperativos sui generis como el español o el facultativo inglés", en J. PICÓ I JUNOY, *Práctica de la prueba del derecho extranjero*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 44-74; F. GARAU SOBRINO, "La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil", *RGD*, núms. 678-679, 2001, pp. 2343-2366; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales", en X. ABEL LLUCH, J. PICÓ I JUNOY y M. RICHARD GONZÁLEZ (Dirs.), *La prueba judicial... op.cit.*, pp. 477-498 (disponible en <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>).

¹⁵⁸ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Imperatividad de la norma de conflicto...", cit., p. 12.

¹⁵⁹ STC 10/2000, de 17 de enero de 2000.

¹⁶⁰ Entre otras, SSTs de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 23 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 2003, 10 de junio de 2005, 27 de diciembre de 2006, núm. 797/2007, de 4 de

la demanda ante la falta de prueba del Derecho extranjero¹⁶¹.

julio o 338/2008, de 30 de abril. Y así lo avala la STC 155/2001, de 2 de julio de 2001 y núm. 33/2002, de 11 de febrero de 2002.

¹⁶¹ SSTs (Sala 6ª) de 22 y 25 de mayo de 2001; posición no descartada por el TC, siempre que esté debidamente fundamentada: ATC núm. 422/2004, de 4 de noviembre de 2004.

Tanto en un caso como en otro, las autoridades españolas se valen de la exigencia de prueba del Derecho extranjero para dejar de aplicar a las relaciones sucesorias hispano-marroquíes el Derecho marroquí reclamado por la norma de conflicto. Muestra de ello es la STS (Sala de lo Civil) de 17 de diciembre de 1991¹⁶², que descartó la aplicación de la ley marroquí por su falta de prueba por los recurrentes, en un supuesto en que el causante otorgó testamento en España desheredando a los hijos de su anterior matrimonio y a su anterior mujer. Subyace en el fondo un deseo de los tribunales españoles de alcanzar la justicia material a través del expediente del Derecho extranjero¹⁶³.

En numerosas ocasiones, aunque las autoridades españolas tienen voluntad de indagar el contenido del Derecho sucesorio marroquí, son importantes las dificultades que deben superar. Por un lado, la formación de los jueces españoles en temas de Derecho internacional privado y de Derecho internacional privado comparado es muy pobre, puesto que el papel que se le otorga a esta disciplina en las pruebas de acceso es totalmente secundario. De un total de 205 temas, sólo 5 corresponden a cuestiones de Derecho internacional privado¹⁶⁴. A ello hay que sumar, en algunos casos, el insuficiente conocimiento de otros idiomas y, en particular, del lenguaje jurídico por parte de las autoridades españolas. Pero, sobre todo, hay que reseñar las dificultades de acceso a la jurisprudencia marroquí, que entorpecen el conocimiento por las autoridades españolas de la aplicación del Derecho marroquí.

Ante todas estas dificultades, no es de extrañar que los jueces españoles acaben descartando la aplicación del Derecho marroquí, alegando incompatibilidad con el orden público internacional y sin entrar en un análisis *in casu* de dicha vulneración¹⁶⁵ o que aleguen falta de prueba del Derecho extranjero para descartar su aplicación. De ahí que se subraye la necesidad de intensificar la formación de los jueces en Derecho internacional privado y en Derecho comparado y que hubiera sido deseable, para generar más seguridad jurídica, que el propio Reglamento hubiera contenido una regla respecto al tratamiento procesal del Derecho extranjero.

VI. CONCLUSIONES

Aunque el objetivo del Reglamento 650/2012 es potenciar la seguridad jurídica y alcanzar la armonía internacional de soluciones en las relaciones sucesorias intracomunitarias, extiende sus efectos a las relaciones extracomunitarias. Tratándose de un Reglamento de aplicación universal, el ordenamiento jurídico designado por él debe ser aplicado en los Estados Miembros, aunque se trate de la ley de un Estado no

¹⁶² Aranzadi, *Rep. Jur.*, 1991, núm. 9717.

¹⁶³ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones...”, *cit.*, pp. 1137-1138.

¹⁶⁴ M. POBLET, “Formation des magistrats, connaissance et application du droit étranger par les juges en Espagne”, en N. BERNARD-MAUGIRON y B. DUPRET (Dir.), *Ordre public et droit musulman...op. cit.*, p. 365.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 383.

Miembro (Marruecos). En España desplaza al art. 9.8º del Cc., por lo que la ley aplicable a la sucesión en las relaciones hispano-marroquíes debe determinarse conforme a las reglas del Reglamento, lo que implica cambios significativos a nivel estructural.

Sin embargo, el Reglamento no consigue hacer efectivo ninguno de los dos objetivos en las relaciones extracomunitarias: no consigue alcanzar ni la seguridad jurídica ni la armonía internacional de decisiones con respecto a las relaciones sucesorias que guardan vinculación con España y Marruecos, pese a las importantes novedades que aporta.

La introducción de la *professio iuris* en materia sucesoria (art. 22), así como la opción por la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1º) o la ley de los vínculos más estrechos (art. 21.2º) suponen una novedad para el sistema español de DIPr. Este nuevo régimen supone un cambio significativo para las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, especialmente cuando el causante es marroquí: una vez que resulte aplicable el Reglamento, para que a la sucesión de un marroquí residente en España se le pueda aplicar su Derecho nacional deberá elegirlo, cuando hasta ahora era la única posibilidad. Ahora bien, la novedad consistente en que un marroquí residente en España o en cualquier Estado miembro de la UE pueda elegir la aplicación de su ley nacional para regir su sucesión no supone un cambio significativo para los causantes marroquíes: la aplicación de su ley nacional es lo que hasta ahora estaba prevista en el art. 9.8º del Cc., aunque el causante marroquí no la eligiera como aplicable a su sucesión.

Por otro lado, que el causante marroquí pueda optar por no elegir su ley nacional, en cuyo caso, se le aplicaría la ley de su residencia habitual - salvo que tenga vínculos más estrechos con otro país-, tampoco conlleva cambios significativos a nivel práctico con respecto a lo que sucede actualmente, pues la ley española ya venía aplicándose por la vía del orden público internacional o por la falta de prueba del Derecho marroquí.

Lo que sí constituye una novedad es que, al convertir la ley de la residencia habitual en la ley objetivamente aplicable a la sucesión en defecto de elección, el Reglamento permite la aplicación del Derecho español a la sucesión de un marroquí sin tener que acudir al correctivo del orden público internacional ni a la falta de prueba del Derecho marroquí. Las autoridades españolas ya están legitimadas para aplicar Derecho español sin tener que argumentar por qué se descarta el Derecho marroquí de la nacionalidad del causante.

Ahora bien, todas estas novedades del Reglamento 650/2012 no son suficientes para garantizar que las relaciones sucesorias extracomunitarias, en particular las hispano-marroquíes, se regulen de la misma manera en España y en Marruecos. En ocasiones, este fracaso en la consecución del objetivo de armonía internacional de decisiones se debe a la propia dinámica del texto comunitario. El Reglamento coadyuva a que la regulación de la sucesión en España y en Marruecos sea diferente, al haber introducido

leyes distintas a la ley nacional, que era la que venía rigiendo en ambos ordenamientos jurídicos.

Otras razones del fracaso del objetivo de armonizar los resultados son ajenas a la introducción de la *professio iuris*, la ley de la residencia habitual o la ley más estrechamente vinculada y encuentran su origen en la utilización de la excepción del orden público internacional, que será la principal causa de no aplicación en España del Derecho marroquí a la sucesión de un causante marroquí, así como a la falta de prueba del Derecho extranjero; motivos que también estaban presentes antes de la entrada en vigor del Reglamento, porque, siendo España y Marruecos países tradicionalmente partidarios de la aplicación a la sucesión de la ley nacional del causante, en la práctica, las autoridades españolas y marroquíes acababan aplicando su propio Derecho a la sucesión de causantes extranjeros por motivos de orden público internacional, falta de prueba del Derecho extranjero o ámbito de la *Moudawana*.

Por unas razones o por otras, el causante marroquí que elija la aplicación de su ley nacional para regir su sucesión, de conformidad con el art. 22 Reglamento, no tiene garantizado que su sucesión se regirá por lo dispuesto en el Derecho marroquí. Tampoco tiene garantía de que se le aplicará la ley marroquí, por ser la de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento. Ambas leyes pueden descartarse por incompatibilidad con el orden público internacional o por problemas de prueba del Derecho marroquí; razones que también antes de la promulgación del Reglamento, constituían los obstáculos para la armonía internacional de decisiones en las relaciones hispano-marroquíes.

No obstante, el Reglamento sí que ha introducido una diferencia importante. El art. 35 Reglamento sobre sucesiones impone descartar sólo el precepto de la *lex causae* incompatible con el orden público internacional del foro, por lo que ya no será posible dejar de aplicar el conjunto del Derecho sucesorio marroquí y sustituirlo por el Derecho español, debiendo descartarse sólo aquellas disposiciones que atenten contra los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Esto, sin embargo, también suscita problemas en las relaciones hispano-marroquíes, pues habrá que determinar cómo se integran las reglas resultantes, lo cual no siempre es fácil.

El Reglamento introduce varios supuestos de *professio iuris* ficticia, esto es, falsa posibilidad de elección de la ley nacional como aplicable a la sucesión, que producen efectos perversos en las relaciones sucesorias hispano-marroquíes, ya que favorecen la regulación dispar de estas relaciones en España y en Marruecos.

Por un lado, en los casos en que el causante ostente la nacionalidad española y la marroquí, el causante puede optar por cualquiera de sus leyes nacionales (art. 22.1º,2). Pero la cuestión de considerar a una persona nacional de un Estado está fuera del ámbito del Reglamento, por lo que la nacionalidad se determina conforme a los Derechos nacionales, incluyendo sus Convenios (Considerando 41). Esto conlleva efectos perversos en las relaciones que guardan vinculación con Marruecos y que sólo se pueden solucionar mediante una aplicación funcional del Reglamento. Esto significa

que no se pueden aplicarlas normas del art. 9.9º Cc. en los supuestos de doble nacionalidad, cuando el causante marroquí haya hecho uso de la *professio iuris* a favor de su otra ley nacional (marroquí). Sólo de esta manera se evitará que, en los supuestos de doble nacionalidad no prevista en las leyes españolas, se considere al doble nacional español-marroquí como español, que no se admita la elección de su ley nacional marroquí y que se le aplique la ley española de la residencia habitual.

Otro supuesto de elección ficticia es la posibilidad de elegir la ley nacional que se ostenta en el momento de hacer la disposición o en el momento del fallecimiento. Los causantes no pueden prever la nacionalidad que tendrán cuando fallezcan, aunque estén en un proceso de naturalización. Al causante marroquí que ha iniciado el proceso de adquisición de la nacionalidad española y hace una disposición eligiendo la aplicación del Derecho español a su sucesión, en previsión de su naturalización, si fallece antes de que se le conceda la nacionalidad española, se le aplicará el Derecho de su residencia habitual. Será el Derecho español, si al fallecer residía en España. En caso contrario, será el Derecho del país de su residencia habitual. Pero no se le aplica el Derecho español de su residencia habitual porque sea el elegido, sino como conexión objetiva. La elección no es real.

El Reglamento sucesorio, aun optando por un criterio de conexión previsible, como es la residencia habitual del causante, no favorece la seguridad jurídica en las relaciones sucesorias que guardan vinculación con España y Marruecos, porque no ha precisado cómo concretar dicha residencia habitual en caso de que el causante resida en los dos países, como suele ser muy frecuente por parte de muchos marroquíes, que poseen vivienda en España y en Marruecos y tienen lazos familiares fuertes en los dos sitios.

También la admisión del reenvío puede conducir a efectos perniciosos en el ámbito sucesorio. Al español que reside en Marruecos no siempre se le va a aplicar la ley de su residencia habitual, debido al posible juego del reenvío, ya que el Reglamento admite el reenvío si la ley del tercer Estado (Marruecos) remite a la ley de un Estado Miembro (España). Sin embargo, en la práctica, este mecanismo del reenvío va a conducir, en la práctica, a ampliar los supuestos en que a la sucesión de un español se le va a acabar aplicando el Derecho español y a restringir las posibilidades de que la sucesión de un marroquí se regule por el Derecho de su nacionalidad. En todo caso, es muy importante que las autoridades españolas tengan en cuenta el alcance corrector del art. 2 de la *Moudawana* al art. 18 del Dahir de 12 de agosto de 1913 relativo a la condición civil de los extranjeros en Marruecos (DCC), para no hacer un uso indebido del reenvío, a favor de los causantes españoles. Pese a la opción del art. 18 del Dahir por la ley nacional del causante para regir la sucesión de los extranjeros, el art. 2 CFM, basándose en los privilegios de nacionalidad y de religión, impone la aplicación de la *Moudawana* cuando el causante marroquí haya adquirido la nacionalidad española, porque se aplica a los marroquíes, aunque tengan otra nacionalidad, así como cuando en la relación sucesoria haya un marroquí. Bastaría con que un heredero fuera marroquí, porque el CFM se aplica a las relaciones entre dos personas, si una de ellas es marroquí y también en el caso de los refugiados. Como consecuencia de este juego del art. 2 de la

Moudawana, en Marruecos no está garantizada la aplicación de la ley española para regir la sucesión de un español.

Por otro lado, aunque parezca una contradicción, la posibilidad de descartar la aplicación de la ley de la residencia habitual si existen vínculos más estrechos con otro Estado, lejos de lograr más previsibilidad jurídica, puede conducir justamente a lo contrario. Los vínculos más estrechos constituyen un concepto jurídico indeterminado, que, por tanto, puede ser una vía para acabar aplicando un Derecho no previsible para las partes. En particular, si el causante no ha elegido su ley nacional, siendo esta la más vinculada, puede ser una vía de introducir forzosamente un Derecho al que se quiere sustraer el causante.

El Reglamento también introduce cambios que afectan indirectamente a las relaciones sucesorias que guardan vinculación con Marruecos en el sector del reconocimiento: si un marroquí fallece intestado en Marruecos, el reconocimiento en España de la declaración de herederos *abintestato* dictada en Marruecos dependerá de que se haya aplicado la ley rectora de la sucesión, determinada conforme al Reglamento. Aunque para la eficacia en España de dicha declaración de herederos *abintestato* sean aplicables los arts. 323 y 144 LEC, uno de los requisitos que habrá que controlar es la ley reguladora del fondo, que será la designada por el Reglamento. Si la ley aplicable es la de la residencia habitual en España del causante, no se dará efectos a la declaración de herederos *abintestato* si no ha respetado lo dispuesto en el Derecho español. Hasta ahora, el motivo de denegación del reconocimiento se basaba en la contrariedad con el orden público español, ya que la ley reguladora del fondo era el Derecho marroquí correspondiente a la nacionalidad del causante. Ahora se amplían los motivos de denegación, pues se extienden a que la ley reguladora del fondo de la sucesión no se haya respetado.

Ahora bien, el principal obstáculo para alcanzar la armonía internacional de decisiones en el ámbito de las relaciones extracomunitarias, particularmente las hispano-marroquíes, es el orden público internacional. Esta es la principal causa de no aplicación del Derecho extranjero, pero también de no reconocimiento en Marruecos de las decisiones y actos españoles en materia sucesoria y a la inversa. La distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, la prohibición de la adopción, el *tafadul* o la prohibición de heredar del *kafir* constituyen para el ordenamiento jurídico marroquí cuestiones de orden público y, a su vez, estas mismas reglas atentan contra valores constitucionales españoles. Sin embargo, los principios esenciales del ordenamiento jurídico funcionan en España como instrumentos de corrección, no como normas imperativas, mientras que en Marruecos los privilegios de religión y de nacionalidad que conducen a imponer tales reglas son vías para convertir todo el CFM en preceptos de imperativa aplicación. Por eso, mientras el legislador marroquí y la jurisprudencia marroquí no realicen otro esfuerzo de modernización de su sistema jurídico y evolucionen hacia el respeto a la igualdad entre las personas con independencia de su sexo, de sus creencias religiosas y de su filiación, seguirá existiendo un escollo insalvable para la continuidad de las relaciones en el espacio. El deseo de alcanzar la armonía internacional de decisiones no debería conducir a las autoridades españolas a relajar su exigencia de respeto a los

valores constitucionales por parte de los actos y decisiones dictados por autoridades marroquíes en materia sucesoria, ni a relajar esa exigencia cuando deban aplicar el Derecho marroquí. Los derechos fundamentales no deben sufrir atentados en el ordenamiento jurídico del foro, ni se debe permitir la eficacia extraterritorial de las vulneraciones de derechos humanos más allá de las fronteras.