Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)

Treatment of police laws of third countries. (Regarding the judgment of the CJEU of October 18, 2016)

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Santiago de Compostela

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2016.014

Bitácora Millennium, Nº 4 (julio-diciembre 2016)

Zaragoza, diciembre 2016

Editorial tirant lo blanch

Abstract

El presente comentario analiza la RDGRN que considera la ley sucesoria iraní como contraria al orden público español. El autor propone otra posible valoración del caso, poniendo el énfasis en la voluntad del heredero.

This comment analyzes a decision of an administrative Spanish body (DGRN) considering Iranian succession law to be contrary to Spanish public policy. The paper shows another possible assessment of the legal issue, stressing the importance of the heir's free will.

Palabras clave: Ley sucesoria iraní, discriminación entre hombres y mujeres, orden público español, autonomía de la voluntad

Key words: *Iranian Succession Law, discriminatory treatment between men and women, spanish public policy, party autonomy*

1. La Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2016[1] presenta un interés especial por la valoración que realiza de la ley iraní como contraria al orden público internacional español en materia de sucesión intestada. Mas siendo este su nudo gordiano otros aspectos emergen, siquiera de forma colateral, que animan el comentario: por un lado, la ya recurrente cuestión de la prueba de ausencia de disposiciones de última voluntad que suscita el Registrador en su negativa a inscribir (y que al no haber sido recurrida no forma parte del dispositivo de la Resolución). Por otro, la también en los últimos tiempos habitual digresión sobre el Reglamento núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Reglamento que no era aplicable al caso, pero que no escapa a una interpretación por parte de la DGRN. A esos tres aspectos y por este orden dedicaré las sucintas reflexiones que siguen.

2. El supuesto de hecho parece presentar uno de esos casos típicos en los que la tradicional indolencia de nuestro orden público en materia sucesoria deja su lugar a una radical oposición a los efectos de una ley extranjera que discrimina por razón de sexo. El problema surge a raíz de la solicitud de inscripción de una escritura notarial de formalización de operaciones particionales de la herencia de un nacional iraní que falleció con última residencia en España dejando como únicos herederos un hijo y una hija. El Registrador deniega la inscripción pues la adjudicación efectuada lo fue en virtud del Derecho iraní, ley sucesoria, que atribuye en el caso concreto el doble de derechos al hijo varón que a la hija. El Registrador considera que ello se opone al orden público español. Los solicitantes, todos y únicos herederos implicados, sin embargo, están de acuerdo con la partición efectuada y recurren la negativa.

Fecha de recepción del original: 20 diciembre de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de diciembre de 2016.

El presente trabajo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional » (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.

[1] *Vid*. BOE, de 19 de septiembre de 2016 y el comentario de MARIÑO PARDO, F.**,** «El orden público español en el ámbito sucesorio. Discriminación de las hijas frente a los hijos conforme al derecho iraní. La Resolución DGRN de 20 de julio de 2016», en el blog www.iurisprudente.com, entrada de 13 de diciembre de 2016.

3. Señalaba la indolencia de nuestro orden público en materia sucesoria puesto que, efectivamente, existen otros ordenamientos jurídicos donde los principios del Derecho de sucesiones son cohesionados y alguno de ellos puede erigirse en elemento de orden público internacional. Principios típicamente sucesorios, como la prohibición de la sucesión paccionada (o alguna de sus manifestaciones), la prohibición de disposición a través de comisario o representante o, incluso, determinadas legítimas o mecanismos de tutela de la situación de familiares muy próximos (generalmente hijos y/o cónyuge) pueden oponerse a la aplicación de un Derecho extranjero cuyos efectos los contraríen de forma insoportable. A veces, ni siquiera son principios estructurales que tocan a aspectos tan básicos como la tutela de la integridad de la voluntad del causante o la posición de los hijos menores necesitados, sino más contingentes: un ejemplo es, desde el punto de vista francés, la calificación como normas materiales imperativas o leyes de policía de las normas que permiten la solicitud del cónyuge supérstite o cualquier heredero copropietario para que se les atribuyan de forma preferente bienes situados en Francia (arts. 831 y siguientes del Código civil francés), que resulta tan extraña como sorprendente[2]. Y si bien la aproximación es la de ley de policía y no la del orden público, lo cierto es que nos encontramos ante un punto de partida similar: la libre decisión del ordenamiento del foro (si el tema se desarrolla en Francia) o del lugar de situación (si en otro Estado miembro) sobre lo que corrige o no a la eventual ley sucesoria.

4. Pues bien, no es que en España no se tengan principios (me refiero a principios de Derecho sucesorio, claro), es que sencillamente los tenemos casi todos. Y malamente una ley extranjera nos va a sorprender con algo *sucesoriamente* intolerable. La variedad y riqueza de los diferentes Derechos sucesorios españoles nos sitúa en una posición donde es difícil nutrir nuestro orden público con instituciones, concepciones, o principios sucesorios absolutamente inderogables, pues los que lo son dentro de un Derecho civil español no lo son, o puede que no, para el resto. Y todos son nuestros. La absoluta libertad de testar en el Valle de Ayala[3] o la legítima formal del Fuero Nuevo valen lo mismo que el sistema legitimario del Código civil; y lo mismo vale la amplísima libertad de pactos de los arts. 377 y

[2] Las «attributions préférentielles» son consideradas como típico ejemplo de lo dispuesto en el art. 30 del Reglamento. *Vid*. en este sentido, WAUTELET, P., «Art. 30», en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 405 y ss., núms. 10 y ss., y núm. 24, nota 37.

[3] «Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho» (art. *89 de la* Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. BOPV núm. 124 de 03 de Julio de 2015).

siguientes del Código del Derecho Foral de Aragón[4] como la prohibición derivada del art. 1271 del Código civil... y así podríamos seguir. Esta situación resulta singular en el panorama comparado y puede llegar a plantear algunos problemas, si se me permite la expresión, de agravio comparativo. Se trata de una situación en la que *propio sensu* no solo es difícil identificar principios estrictamente sucesorios que puedan integrar el orden público, sino normas materiales imperativas, leyes de policía en sentido estricto. Y ello puede conllevar una extraña asimetría en la aplicación de preceptos como, por ejemplo, el citado art. 30 del Reglamento sucesorio. No es inverosímil pensar que sistemas jurídicos sucesorios extranjeros califiquen como normas de policía las relativas a determinados bienes sitos en su territorio absolutamente equiparables a otras normas de los derechos civiles españoles, sobre cuya imperatividad internacional pesan muchos más obstáculos[5]. Otro tanto puede ocurrir con el orden público.

5. En cualquier caso, no ocurre lo mismo con otros principios transversales, como los derivados de los derechos fundamentales y, singularmente, los que afectan a las discriminaciones proscritas por nuestro orden Constitucional. Que la ley prevea que una mujer herede la mitad de lo que hereda un hombre por el mero hecho de ser mujer es una discriminación intolerable. En principio.

La DGRN lo tiene claro. En su Fundamento de Derecho primero plantea el supuesto y en el segundo la contrariedad de la ley iraní con el orden público español. *In claris non fit interpretatio*, podríamos decir para justificar la contundencia y sobriedad con las que el órgano directivo liquida la cuestión.

6. Los dos primeros párrafos son, sin embargo, titubeantes, por decirlo de algún modo. Se alude en ellos a distintas tradiciones jurídicas (bien) y a principios y fundamentos diferentes en los ordenamientos nacionales de Derecho sucesorio: el continental, con sus variantes de unidad o escisión (mal), el islámico y el hindú. No alcanzo a ver qué relación tienen las variantes de unidad o escisión con lo que aquí se está discutiendo (contrariedad con principios de orden público), la obsesión de la Resolución con el tema (que rescata en el segundo párrafo del Fundamento de

[4] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA núm. 63 de 29 de Marzo de 2011.

[5] Sobre esta idea y sobre la necesidad de «construir» un concepto de norma de policía especial en un escenario de pluralidad jurídica como el nuestro *vid*. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público», *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas,* Colegio Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Saõ Paulo, 2016, pp. 135-159, pp. 142 y ss.

Derecho 4), ni por qué se habla en concreto de los sistemas continental, islámico e hindú. Puestos a ejemplificar en términos de familias jurídicas con concepciones diferentes sobre el fenómeno sucesorio quizá se hubiese podido hacer mención a los de *common law*, tan cercanos, o a los del medio o lejano oriente, tan lejanos. En todo caso, esto es meramente literatura que no afecta para nada al meollo de la cuestión. Lo mismo podemos decir del concepto de «asimetrías» a que se refiere en el párrafo segundo.

7. La DGRN pasa a continuación a identificar los principios conculcados por una norma como la que concede el doble de cuota hereditaria al varón que a la mujer. Es el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, ampliamente consagrado en los distintos textos enumerados por la Resolución[6]. De esta parte del razonamiento interesa destacar el párrafo final, donde se pone de manifiesto la especial vinculación del supuesto con el ordenamiento jurídico español, haciendo alusión a la idea de orden público de proximidad que refuerza la oposición a la ley extranjera cuando mayor es la vinculación con el foro. Volveré sobre este dato[7].

8. Probablemente aquí se tendría que terminar este comentario. Es posible que la solución sea la correcta. Pero por aprovechar el caso, me voy a permitir introducir alguna matización en torno a la proyección del *método,* de cómo opera el orden público en general y qué posibles matices pudiera tener esa operatividad sobre el caso analizado.

Lo primero que quiero señalar es que considero que la DGRN no ha errado de forma flagrante en su diagnóstico. Su conclusión es defendible y puede que acertada. Pero si así fuera, o aunque así sea, habría llegado a ella siguiendo un patrón inadecuado. Da la impresión de que se conforma con fiscalizar y calificar la norma iraní como contraria al orden público español y, como sabemos, no es esa la función del orden público. No se trata de fiscalizar en abstracto la contrariedad de las leyes extranjeras con nuestras concepciones inderogables[8], sino de ver si su aplicación *en el caso concreto* supone o no una afectación intolerable a esas concepciones o principios.

[6] No en el art. 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; probablemente se quiere referir al art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

[7] Infra núm. 16.

[8] Aunque este proceder no sea infrecuente en nuestra práctica judicial. *Vid*., por ejemplo, la *SAP Barcelona (sec. 4ª) de 28 de octubre de 2008* y las reflexiones al respecto de ORÓ MARTÍNEZ, C., «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.

9. La regla de la discriminación sucesoria de la mujer respecto del varón en los sistemas jurídicos de inspiración musulmana es bien conocida y ampliamente analizada en Europa donde no es infrecuente su valoración[9]. Ello y la necesidad de realizar una evaluación en el caso concreto hace que se haya planteado la inoperatividad del orden público cuando la aplicación de la regla, discriminatoria en abstracto, no provoca una discriminación real concreta, por ejemplo, en el caso de la sucesión del cónyuge o cuando sólo hay descendientes varones. La cuestión es discutible y por ello ha sido discutida. En este sentido, se ha defendido que «...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»[10]. También se alega que el supuesto de la diferencia de trato entre el cónyuge viudo varón y mujer sería más un supuesto de atribución de derechos diferentes en función de las circunstancias que de discriminación propiamente dicha[11]. En sentido contrario, ambas situaciones (derechos del cónyuge o mera existencia de descendientes del mismo sexo) han sido ponderadas y consideradas discriminatorias y, consecuentemente, contrarias al orden público del foro, a pesar de la ausencia de discriminación directa con otros posibles herederos[12].

10. Ninguno de los supuestos controvertidos es, sin embargo, análogo al que la DGRN resuelve. En este caso sí hay herederos de distinto sexo y sí se efectuó una partición en la que al varón se le adjudicó el doble que a la mujer por el mero hecho

[9] BONOMI, A., *cit*., pp. 458 y ss. En España, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (I)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1984, pp. 853-882, y «Orden público y sucesiones (y II)», núm. 1985, pp. 1123-1147, pp. 1135-1136; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público», *REDI*, 2009-2, pp. 441-453, pp. 448-452; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión "mortis causa" en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica», *Derecho privado y Constitución*, 2009, pp. 149-199; LARA AGUADO, M. A., «Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos», *REEI*, núm. 28, dic. 2014, pp. 1-61, pp. 40 y ss.

[10] LARA AGUADO, M. A., *cit*., p. 41.

[11] *Ibíd*. Aunque en este caso, reflejando la posibilidad sin tomar partido.

[12] A. BONOMI, *cit*., p. 460. He de matizar que los desarrollos del autor suizo parten en este momento de su exposición de una visión más o menos común del orden público de los Estados miembros del Reglamento 650/2012, en cierto modo ajena al carácter exclusivo —estatal— del orden público internacional, pero que estimo perfectamente admisible en relación con la interdicción de no discriminación por razón de sexo. Vid. sobre esta idea ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (Directores), La Ley, Madrid, 2014, pp. 117-141, pp. 128 y ss.

de la diferencia de sexos. A pesar de ello, la exigencia de análisis en concreto puede seguir planteando matices o dudas. Dudas que derivan no tanto de la realización en concreto de la discriminación, cuanto de la anuencia o el acuerdo de todas las partes –singularmente de la heredera- sobre el resultado de la adjudicación. La «hija discriminada» en palabras de la DGRN acepta el reparto y no hay datos que hagan pensar que lo hace sin pleno conocimiento de causa. ¿Es esto relevante? En el pasado, en otras latitudes y por algún autor nada sospechoso de complicidad con la discriminación que proponen algunas leyes de origen musulmán, se ha propuesto que en los casos, como el presente, de un acuerdo entre todos los herederos sobre un reparto en virtud de la norma discriminatoria, este carácter discriminatorio no debe plantearse de oficio (entiendo que se aboga, sin más, por la ausencia de operatividad del orden público)[13].

Esta postura puede encontrar su fundamento en los intereses que realmente se están ventilando: intereses privados, propiedad de los bienes del causante a repartir entre su hijo y su hija. Intereses en los que la autonomía de la voluntad tiene un peso relevante. Probablemente a nadie se le ocurriría negar a la hija la posibilidad de renunciar pura y simplemente a la herencia. Aventuro, incluso, que si la ley sucesoria no contemplase esa posibilidad para un heredero (al menos para un heredero persona física), el orden público español se impondría. ¿Debemos tutelar la voluntad de la heredera, libre, informada y supervisada por el Notario, de distinta forma cuando renuncia que cuando acepta? Sin duda existe un interés público en que no se produzca ningún tipo de discriminación por razón de sexo, mas podemos legítimamente preguntarnos si ha de pesar más que el interés de las partes, en este caso la hija, que no se siente discriminada ni alega discriminación alguna y que llega incluso a combatirla, pues es una de las recurrentes[14].

11. Ciertamente nos movemos en un terreno poco estable. Dos meses antes de dictar la Resolución que comentamos, la DGRN conoció de un caso en el que, presumo que no por casualidad, la escritura de adjudicación de la herencia de un causante kuwaití repartía el caudal relicto de la siguiente manera: a la esposa el 12%; a sus cinco hijas el 8% a cada una, y a sus tres hijos el 16% [a cada uno]

[13] ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A., "La Suisse face á l'inégalité entre homme et femme en droit musulmán", en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 abril de 1999), Isabel García Rodríguez (ed.),* Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, s.l., 1999, pp. 331-382, p. 378, que alude a un Dictamen de la Oficina Federal de la Justicia suiza que en 1980 y, precisamente, para un supuesto como el presente (ley iraní otorgando el doble a los hijos que a las hijas del causante) dejó el tema abierto.

[14] En estos términos de prevalencia del interés privado («un asunto entre particulares») razona CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 261-262.

restante[15]. En este supuesto, la orientación del recurso, canalizado a través de una presunta falta de prueba del Derecho extranjero, parece que desvió la atención sobre el hecho cierto de que el reparto se corresponde con lo dispuesto por la ley kuwaití, que también atribuye al hijo varón una cuota doble que a la hija (y un octavo de la herencia al cónyuge viudo cuando es mujer[16]). Nada se dijo sobre orden público y/o sobre discriminación. Es posible que de haberse analizado la cuestión se habría llegado a la conclusión de que el orden público español no se veía comprometido... *pues la sucesión era testada*: el reparto (similar al legal, a todas luces discriminatorio) se había hecho por el causante en testamento abierto y consecuentemente de manera voluntaria. No es en absoluto inverosímil que el causante no hiciera sino asumir, voluntariamente, la discriminación legal. ¿Suficiente para su saneamiento? Parece que sí. El filtro de la voluntad del causante puede desactivar un reparto discriminatorio[17].

12. El caso que nos ocupa contempla una sucesión intestada. La DGRN, no sé si con la intención de remarcar este hecho, habla de que «no es posible atribuir efecto jurídico en España a una norma discriminatoria...». El camino es el directo entre la norma legal y su consecuencia jurídica, sin intermediación de la voluntad del causante. Sin embargo, a la luz del ejemplo kuwaití, no puedo dejar de aludir a la práctica judicial alemana descrita por Andrea Bonomi, según la cual cuando derive que la atribución (discriminatoria) por ministerio de la ley extranjera pudiera haber sido efectuada por disposiciones de última voluntad del causante, el orden público sería inoperativo si el resultado podría alcanzarse en aplicación de la ley del foro y de las circunstancias se desprende que tal fue la voluntad del causante[18].

---

[15] Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución núm. 5507/2016 de 11 mayo 2016 (BOE, de 6 de junio de 2016).

[16] Si entendemos esta norma en estrictos términos matemáticos no sería el 12% la cuota de la viuda sino un 12,5%, aunque el ejemplo me sigue sirviendo a los efectos ilustrativos que ahora me animan.

[17] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H., *cit*., pp. 1140-1141, haciéndose eco de práctica comparada lo plantean aunque se muestran cautos. Obviamente ello no quiere decir que no puedan existir disposiciones testamentarias discriminatorias en sí mismas consideradas que planteen un conflicto de tutela de derechos fundamentales (TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 19-40) y aunque tales conflictos deban resolverse en términos de legalidad ordinaria en el ámbito interno (tesis defendida por las autoras citadas en pp. 38-40) frente a una ley ordinaria extranjera el orden público es el mecanismo adecuado.

[18] BONOMI, A., *cit*., p. 461. *Vid*. también CONTALDI, G. y GRIECO, C., en *The EU Succession Regulation. A Commentary*, A. L. Calvo Caravaca, A. Davì y H. P. Mansel, ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 516, nota 39

13. El resumen de estos matices, cautelas y propuestas vendría a ser que si (a) el causante reproduce en testamento lo que la ley establece en ausencia del mismo (asignación del doble de cuota para los varones que para las mujeres) poco orden público va a operar en España, donde alguno de nuestros Derechos sucesorios consagran la absoluta libertad de testar (caso similar al kuwaití resuelto por la DGRN). Si (b) informado convenientemente del contenido y alcance de la ley aplicable, el causante decide ahorrarse los honorarios y aranceles notariales del testamento pensando que al fin, la ley ya dispone según su voluntad, el orden público español, por el contrario, actuará (Resolución que nos ocupa); y si (c) evita el testamento, aunque haya plena constancia de que su voluntad coincide con la de la ley... me temo que la capacidad de convicción de la aludida jurisprudencia alemana difícilmente llegaría a desactivar el orden público en la española. Desactivación que se ha propuesto, ya en aplicación del Reglamento, si (d) el causante realiza, simple y llanamente, una *professio iuris* a favor de su ley nacional (iraní, kuwaití...)[19].

14. Como se puede apreciar, la operatividad del orden público no es ni mucho menos automática. Incluso ante la presencia de normas extranjeras discriminatorias, la imaginación de los autores o de los tribunales de nuestro entorno se afana en introducir matices y alternativas al juego simple y directo del orden público. Las propuestas son alternativas que impiden tomar un partido claro. Aunque, volviendo sobre la relevancia de la voluntad de los sucesores, si estuviese obligado a decantarme lo haría a favor de la ausencia de contrariedad con el orden público español de los efectos de aplicar la ley iraní en este concreto caso considerado.

15. Resultan, a estos efectos, especialmente interesantes los «remedios» que tanto el Registrador como la propia DGRN plantean. Remedios contra la aceptación del reparto final considerado inicuo y contrario al orden público español si deriva directamente de la aplicación de la ley iraní, pero no si deriva de otras vías. El Registrador propone, como subsanación del defecto (contrariedad con el orden público español), la «renuncia total o parcial expresa de la hija, a la vista de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado españolas». La DGRN, por su parte, la posibilidad de que la hija pueda «ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos». Ello nos sitúa ante un particular dilema en la acepción propia de la palabra: ¿admitir los efectos de la ley iraní en España porque, aun basados en una norma discriminatoria, podrían obtenerse a través de otras vías plenamente aceptables... o rechazar los efectos de la ley iraní en España, porque se

[19] BONOMI, A., *cit*., p. 462, caso núm. 5.

basan en una norma discriminatoria y, además, podrían obtenerse a través de otras vías plenamente aceptables?[20]

En este punto seguro que se podría hilar más fino, y distinguir entre la posibilidad de renuncia parcial (*rectius*: repudiación[21]) a los derechos hereditarios, por un lado, y la articulación de un reparto equitativo y posterior donación de una parte de su haber por la hermana al coheredero, por otro. La primera opción no está amparada por un razonamiento ortodoxo: no cabe la renuncia por parte de la heredera mujer conforme a la ley iraní, puesto que ésta es precisamente la que le concede la mitad que al hermano varón; y si, como presumo, la DGRN está pensando en una atribución igualitaria en virtud de la ley española (de una de ellas que no se especifica) a resultas de la exclusión de la iraní por razones de orden público... tampoco ello sería posible, pues en nuestras leyes no se recoge la posibilidad de repudiación parcial de la herencia. Pero liberado el caso de estos matices (y de las inefables consecuencias fiscales de la opción que se abrace[22]), lo cierto es que desde la dimensión estrictamente privada resulta llamativo que se considere que es contrario al orden público español un reparto sucesorio que aparentemente se correspondería con una aceptación igualitaria de derechos sucesorios seguida de una donación o con una hipotética renuncia parcial[23].

---

[20] No es un trabalenguas. En el campo del reconocimiento (*que, ciertamente, no es idéntico al de la ley aplicable en el que ahora nos movemos*) es el dilema planteado entre reconocimiento (sin contrariar el orden público) o reconstrucción (tras rechazar el reconocimiento por contrariar el orden público). Paradigmas de una y otra postura son las *STS de 6 febrero de 2014* (RJ 2014\833, con mi nota en *REDI*, 2014-2, pp. 273-277) y *Sent. BGH de 10 de diciembre de 2014* (http://www.bundesgerichtshof.de) en materia de gestación por sustitución.

[21] Salvo en el caso de la Ley Navarra, que sería «renuncia» en sentido estricto (Ley 315 y ss. del Fuero Nuevo). En todo caso, en la Resolución comentada la alternativa que plantea la DGRN se corresponde más con una renuncia que con una repudación parcial, con lo que, en el fondo, estaría dando vueltas sobre la misma idea: «ceder, donar o renunciar a favor del coheredero» vendrían a ser lo mismo.

[22] No deja de ser paradójico que se ofrezca a la mujer discriminada la solución de aceptar y donar: aceptar el 50% de la herencia, pagar el impuesto de sucesiones *por el 50% de la herencia*, y donar la parte que se adapte a su voluntad. ¿Paga impuestos por el 50% para quedarse con la tercera parte o menos –por el impuesto- si el coheredero termina recibiendo 2/3? Ello sin contar que el hermano coheredero también tendría que tributar por la donación recibida, convirtiendo la oferta de la DGRN en una muy costosa alternativa.

[23] Por ejemplo, en el CC aunque no se contemple la posibilidad de repudiación parcial sí se prevé la de renunciar al legado y aceptar la herencia o viceversa (art. 890 CC). También es pacífica la idea de que «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, *podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente*» (art. 1058 CC). Es verdad que ello no desmiente directamente la postura de la DGRN, pues se trata de la «partición», más no deja de ser un indicio,

16. Sea como fuere —y a esas alturas ya comienzo a lamentar aportar más dudas que certezas— aún me gustaría aludir a un aspecto adelantado más atrás, bien remarcado por la Resolución y absolutamente típico en el ámbito en que nos movemos: el de la vinculación entre el supuesto y el foro (España, en el caso) en lo que se ha dado en llamar orden público de proximidad. «Constituye, por tanto, manifestación del orden público internacional del foro la interdicción de una situación discriminatoria como la planteada *teniendo en cuenta además la especial vinculación del supuesto con el ordenamiento jurídico español*», dice la DGRN.

Sin duda la residencia habitual del causante en España, la presencia de bienes inmuebles en España y la nacionalidad española de la hija del causante son elementos que atestiguan una fuerte vinculación. ¿*Quid* de no existir estos elementos, de existir una vinculación realmente débil que no fuese más allá de los criterios de competencia judicial internacional[24]? La ortodoxia del orden público de proximidad (y en esa dirección hay que entender el inciso de la DGRN) iría en una progresiva pérdida de la intensidad del orden público hasta su desaparición, según el caso.

No obstante, soy más partidario de excluir este nivel de razonamiento cuando lo que están en juego son principios de profundo calado como el de no discriminación por razón de sexo. En la hipótesis en la que se sitúa la DGRN, en la que ve una clara contradicción con dicho principio, no me parece necesario ni conveniente introducir el razonamiento basado en la proximidad[25].

17. Para concluir el presente comentario haré mención a las dos cuestiones adelantadas en la introducción. La primera es la que suscita la nota de calificación del Registrador sobre la necesidad de acreditar que nos encontramos realmente ante una sucesión intestada. Se trata del recurrente tema sobre la prueba de la

---

uno más de la relevancia de la voluntad de los herederos en esta fase. En el *common law* no resulta infrecuente la posibilidad de aceptación parcial (renuncia parcial).

[24] Por ejemplo, la única situación del bien inmueble en España, de acuerdo con el anterior art. 22.3 LOPJ.

[25] En la misma línea, con carácter general FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 168; para las sucesiones, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H., *cit*., p. 1141; parece seguirlos BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *cit*., p. 450. Más matizado BONOMI, A., *cit*., pp. 460-461, distingue los casos en los que haya una discriminación concreta (para los que tampoco considera admisible el discurso en términos de proximidad) de aquellos otros en los que no se produce una discriminación concreta (sólo hay hijas, por ejemplo) para los que sí considera que la valoración de la *Inlandsbeziehung* resulta apropiada.

inexistencia de testamento. Como he señalado en otro lugar[26], es esta una cuestión capital y consustancial para la declaración de herederos *ab intestato*, pero también para los supuestos en los que exista algún testamento y haya de verificarse si tal es el último (o, en cualquier caso, eficaz para la sucesión). El Registrador se apoya en la consolidada doctrina de la DGRN para rechazar la inscripción. En efecto, la Resolución de 1 de julio de 2015[27] exige sumar al certificado del Registro español de actos de última voluntad el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional. Lo mismo reiteró en su Res. DGRN de 13 octubre de 2015[28], en relación con la declaración de herederos de un nacional francés. En ausencia de Registro extranjero, la DGRN reconduce el tema al art. 36 del Reglamento Hipotecario, donde creo entender un espacio de cierta discrecionalidad para acreditar la existencia o inexistencia de testamento o testamentos, al margen de un sistema eficaz hoy inexistente.

Esta doctrina me parece matizable. Si, como parece, pretende establecer un vínculo entre la ley sucesoria (la nacional del causante en aplicación del art. 9.8 CC) y la prueba de la existencia o inexistencia de disposición por causa de muerte, es insuficiente y en todo caso, demasiado rígida. Si la proyectamos hacia el futuro, por ejemplo, a los cada vez más frecuentes supuestos en los que ante autoridad española la ley sucesoria será la española (*rectius*, una de las españolas) de la última residencia habitual del causante, la consecuencia formal sería que bastaría con la certificación del Registro de últimas voluntades español... y eso puede no ser suficiente. Pensemos, sin ir más lejos, en el caso que nos ocupa de caer bajo la órbita temporal del Reglamento. A falta de *professio iuris* (que no consta en absoluto) la ley sucesoria sería la ley española de la última residencia habitual del causante iraní. ¿Bastaría el certificado del Registro español de últimas voluntades? ¿No sería conveniente, por ejemplo, obtener algún tipo de dato a partir de registros iraníes? La *SAP de Las Palmas (Sección 4ª) núm. 236/2015 de 30 junio*[29] plantea el problema en términos más abiertos, aunque también más exigentes:

«No existe limitación alguna a los medios que puede exigir el notario para acreditar tanto el Derecho extranjero como la inexistencia de testamento otorgado (no sólo en España sino también ante autoridades del país del que el causante fuera nacional... [...] es más, si al notario le constase que el fallecido ha residido gran parte de su vida

[26] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho de sucesiones en tránsito del sistema autónomo a la reglamentación europea», *AEDIPr*, 2016, pp. 1165-1173, p. 1169-1171.

[27] BOE, de 12 de agosto de 2015.

[28] BOE, de 5 de noviembre de 2015.

[29] JUR 2015\251292

en algún país distinto a España y al de que fuera nacional, lo razonable para emitir el acta de declaración de herederos *ab intestato* es que pida justificación documental –si existiera sistema de publicidad de testamentos otorgados en aquel Estado– incluso de que no otorgó testamento en ese otro país)».

Es verdad que, en función de las circunstancias y de la sensibilidad de Notario y Registrador, podría convertirse en una *probatio diabolica*, pero desde la perspectiva que el Registrador denuncia en la Resolución comentada sería más coherente.

18. La última cuestión sobre la que me detendré mínimamente es el adelanto que hace la Resolución sobre el orden público en el Reglamento. No es inhabitual que en resoluciones que resuelven problemas vinculados a sucesiones abiertas antes del 17 de agosto de 2015, a las que no se aplica el Reglamento, el Órgano directivo se permita digresiones sobre un instrumento que está llamado a ser la regla en el futuro. Se trata de una práctica que puede tener un cierto valor didáctico, adelantando a los operadores jurídicos la comprensión que la DGRN tiene de temas sin duda relevantes.

Lo que llama la atención es que en el caso de la Resolución que comentamos esta licencia se extiende incluso más que la propia respuesta al recurso (Fundamentos de Derecho 3 y 4 de la Resolución), aunque no resulta especialmente esclarecedora. Lo mejor que puede decirse al respecto es que tampoco es especialmente dañina[30].

19. La DGRN estima que la regulación del orden público efectuada por el Reglamento «ahonda en esta [su] argumentación» y «refuerza la solución» del recurso (Fundamento de Derecho 3). Además, la evolución o reformulación de la cláusula de orden público desde la redacción de la propuesta hasta el texto definitivo se produjo en un «sentido relevante a los efectos del presente recurso».

La verdad es que no alcanzo a ver en qué sentido la regulación del Reglamento refuerza la solución del recurso o la evolución de la propuesta al texto definitivo es relevante. A lo largo de este comentario me he apoyado en opiniones expresadas sobre la regulación del Reglamento sin tener en cuenta que lo que aquí se está aplicando es precisamente el art. 12.3 del Código civil. Y lo he hecho consciente de que no hay diferencia apreciable. No creo que el Reglamento refuerce para nada la conclusión de que la aplicación de la ley iraní en el caso concreto conculca el orden público español. Como más atrás señalé, se trata de uno de los casos

[30] En otros casos, el excurso sobre el Reglamento sencillamente ha incurrido en errores colosales. Paradigmática es la Resolución DGRN de 13 de agosto de 2014 (*BOE* de 6 de octubre de 2014) en la que se ligaba la inaplicación del mismo a la nacionalidad británica del causante.

paradigmáticos en los que las dudas que puedan surgir en aplicación del art. 35 del Reglamento son las mismas que puedan aparecer en aplicación del art. 12.3 del Código civil. Ni más ni menos. La cláusula de orden público del Reglamento es una cláusula totalmente estándar, mientras que nuestro viejo precepto también puede y debe leerse perfectamente a la luz de la comprensión actual del orden público.

20. Por otro lado, la evolución que experimentó la propuesta inicial respecto del texto final [31] puede considerarse como un viaje en el que el orden público ganó protagonismo, al decaer, al menos en la letra de la ley, una visión más restrictiva, donde se le daba menor campo de acción a la excepción de orden público, en beneficio de una visión más clásica.

El tema de las legítimas (que, dicho sea de paso, nada tiene que ver con el supuesto que da pie a la Resolución, ni cuando lo suscitan los recurrentes ni cuando lo aborda la DGRN) pasó de ser una llamada de atención en el primitivo art. 27.2 de la Propuesta de Reglamento, a no ser nada. Y lo más interesante del Considerando 58 (en el que se apoya la Resolución) poco tiene que ver, siempre a mi juicio, con el caso resuelto. Si acaso, la alusión que se hace a la utilización de la excepción de orden público «por consideraciones de interés público», que podría incidir, en un caso como el que contemplamos, en esa posibilidad de que se flexibilice ante relaciones privadas totalmente asumidas y aceptadas. Porque, en lo tocante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el mencionado Considerando ha de entenderse como un *límite* a la operatividad del orden público en determinadas situaciones y no al revés. Un límite que se estaría refiriendo (implícitamente en la versión española y explícitamente en otras versiones lingüísticas), a otros *Estados miembros* (y no a terceros Estados)[32].

21. Y un último comentario antes de concluir. Dentro del excurso sobre el Reglamento, no resulta del todo apropiado el tratamiento conjunto que la Resolución hace del orden público en materia de ley aplicable, de reconocimiento de resoluciones y de aceptación de documentos públicos (Fundamento de Derecho 3). Y no lo es porque su operatividad puede ser distinta y, de hecho, lo es. Con anterioridad me he visto en la necesidad de advertir o matizar que uno de los ejemplos que he puesto para ilustrar mi razonamiento lo era en materia de reconocimiento y no de ley aplicable[33]. Y ello no es baladí. Si en este supuesto se tratase, por ejemplo, de dar efecto a un acto de jurisdicción voluntaria dictado en Irán

[31] Sobre tal evolución ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Sucesiones internacionales...», *cit*., pp. 131 y ss.

[32] *Ibíd*., p. 135, nota 42.

[33] Supra nota 20.

con el mismo contenido que el acta notarial, permaneciendo invariables el resto de los elementos (en especial la voluntad de la hija), mi opción por dejar de lado el orden público podría ser más contundente, en virtud de su conocido distinto grado de actuación frente a la creación de una realidad jurídica en el foro que frente al reconocimiento de los efectos de la válidamente creada en el extranjero[34].

22. En definitiva, me temo que la solución correcta para el caso que nos ocupa no dependa de que fuese aplicable la cláusula del art. 12.3 CC (que lo es) o el art. 35 del Reglamento (de haber fallecido el causante el 17 de agosto de 2015 o con posterioridad con última residencia habitual en Irán). Si la DGRN acierta o yerra no es algo sobre lo que vaya a apostar. Me parece suficiente una respuesta, como la otorgada, que fije una postura, siempre que esa postura tenga la estabilidad suficiente para arrojar seguridad jurídica. Como he señalado, yo habría dejado de lado el orden público y aunque mis argumentos no sean definitivos, no habría sido inverosímil la respuesta contraria; bastaría con ver el caso desde el punto de vista de la relevancia de la autonomía de la voluntad de los beneficiarios y no meramente desde la voluntad del causante (no expresada en el supuesto concreto) ni desde la (no) «voluntad» de la ley. Es verdad que hasta ahora la autonomía de la voluntad de los beneficiarios apenas contaba para el sistema de DIPr, pero ya empieza a contar: en el Reglamento tiene una especial importancia en la determinación de la competencia judicial internacional... y ya se sabe que quien determina el juez determina el Derecho. Se me puede objetar que al fin, en el marco del Reglamento el Derecho es el mismo ya conozca el juez del Estado miembro de la última residencia habitual del causante (art. 4) ya el juez del Estado miembro cuya ley fue elegida por el causante, cuando así lo acuerden los herederos (art. 5). Y eso es verdad. Pero el orden público no será necesariamente el mismo.

[34] BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *cit.*, p. 449, sin embargo, trata ambas dimensiones de forma similar.