

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

IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN. II. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN INTERNACIONAL. III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESIONES EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ISLÁMICA 1. Normas imperativas relativas a la herencia. A. *Capacidad para suceder y apertura de la sucesión*. B. *El sistema de reparto de cuotas*. a) Distribución de cuotas a los distintos parientes. i. Herederos forzosos. ii. Residuarios. iii) Parientes uterinos. b) Reglas de armonización del sistema. C. *Liquidación y partición*. 2. Reglas sobre el testamento. 3. Otras instituciones con repercusión en el campo sucesorio. IV. LA APLICACIÓN DEL ART. 12.3 CC Y EL RESPETO DEL ORDEN PÚBLICO. 1. Elementos susceptibles de control constitucional. 2. A. *Desigualdad de la mujer en el fenómeno sucesorio*. B. *Derechos sucesorios de parientes sin vínculo legítimo de consanguinidad*. C. *Matrimonio y repudio*. D. *Impedimentos para suceder por razón de diferencia de religión*. 3. Casos dudosos respecto de orden público en materia de sucesiones. A. *La cuestión del respeto a las legítimas*. B. *La forma*. C. *Responsabilidad intra vires de los sucesores*. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

De acuerdo con lo previsto en el art. 9.8 del Código Civil, la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* es la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. En el caso de extranjeros es posible que dicha legislación sea la de los llamados Códigos de Estatuto Personal, basados en la tradición jurídica del Derecho islámico. Es necesario por tanto hacer un estudio de los principios fundamentales del derecho de sucesiones en los Códigos de los países de tradición islámica, planteándonos su aplicación en España y su compatibilidad con el orden público internacional español, de acuerdo con las previsiones del art. 12.3 CC.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sucesiones; Ley aplicable; Códigos de Estatuto Personal; Orden público constitucional.

ABSTRACT

According with the provisions of art. 9.8 of the Civil Code, the law that governs inheritance rights in Spain is the national law of the deceased at the moment of his dead. For foreigners it is possible that such law is one of the so-called «Codes of Personal Status», based on the legal tradition of the Islamic Law. In consequence, it is necessary to study the main principles of Inheritance Law underlying in those Codes of Islamic Law-based countries, analyzing how these principles could be applied in Spain and their consistence with international Spanish public order, according with the provisions of art. 12.3 of the Civil Code.

KEY WORDS: Inheritance Law; Applicable Law; Codes of Personal Status; Constitutional public order.

I. INTRODUCCIÓN

En la doctrina de Derecho Internacional Privado es habitual señalar las tensiones que se producen cuando se pretende la aplicación en países occidentales de las reglas de la *Ŝari'a*¹ o ley islámica².

Esta Ley islámica contiene distintos preceptos de carácter moral y religioso que resultan obligatorios en conciencia para los musulmanes nacionales de aquellos países, con independencia de su lugar de residencia³. Dentro de la *Ŝari'a* encontramos además preceptos que tienen un carácter acusadamente jurídico⁴ y que provienen de forma directa

¹ Término que significa «el camino» o «el sendero». He procurado respetar el término original antes que su traducción española, *charia*, que no está aceptada por la R.A.E. En cuanto a las normas de transcripción de palabras árabes he tratado de respetar las normas aceptadas mayoritariamente por los arabistas españoles (las de la revista *Al-Andalus*, que siguen revistas como *Al-Qantara* y la *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*), recogidas en MARTOS QUESADA, J., *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Ediciones G. Martín, Madrid, 1999, p 139. Sobre los criterios de transcripción puede consultarse AUBARELL, G., Y VILADRICH, M., «Glosario y criterios de transcripción de la terminología de Derecho islámico», en *El Islam Jurídico y Europa*, (Borràs, A./Mernissi, S., edit.) Icaria, Barcelona, 1998, págs. 265-267.

² Es preferible la expresión «ley islámica» a la de «derecho musulmán» que utilizan generalmente los juristas que escriben en francés (vid. al respecto DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, Litec, Paris, 1991, pág. 3).

³ De ahí que se haya dicho con acierto que el Derecho islámico no tiene una concepción territorial, sino personal, se aplica a los musulmanes y a las relaciones dentro de la *Umma*. Vid. AZCÁRRAGA MONZÓNÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant, Valencia, 2008, pág. 102.

⁴ Las aleyas que en Occidente calificaríamos como de carácter «jurídico» suponen sólo una décima parte del Corán, según señala COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráficas Ed., Pamplona, 2001, pág. 17. Pero de ellas

del Corán⁵ y de la *Sunna*⁶. Se trata de reglas sobre el Derecho de Sucesiones, que, por tener apoyo en la Revelación al Profeta, se siguen de manera uniforme en la práctica totalidad de los países de la tradición jurídica islámica.

En la mayoría de los países estas normas se han positivizado en la legislación civil estatal mediante los llamados Códigos de Estatuto Personal, que regulan las sucesiones *mortis causa* conforme a las reglas de la *Šarī'a* desarrollada por las cuatro escuelas principales de los suníes⁷. De ahí que, con las excepciones de Turquía⁸ y Túnez⁹, ningún legislador de los países de tradición islámica se haya apartado en exceso de la regulación de la *Šarī'a*¹⁰ en sus normas estatales.

seguramente las más importantes y las que más influencia han tenido en la legislación de los Estados de tradición jurídica islámica han sido las dedicadas a las sucesiones *mortis causa*.

⁵ La columna vertebral de la *Sarī'a* es la palabra revelada por Dios, plasmada en el Corán, que impone normas imperativas que las escuelas jurídicas, por distintas que sean, no pueden ignorar. Su conocimiento y adecuada comprensión es la base del Derecho en todos los países de la tradición jurídica islámica.

⁶ La segunda fuente del Derecho Revelado es la *Sunna*, la Tradición expresada por el Profeta con su vida, acciones y palabras, plasmada en los hadices (a veces llamados *tradiciones*). Estos hadices (*ḥadīth*) fueron transmitidos en principio fundamentalmente en forma oral por los Compañeros y Sucesores del Profeta, siendo más tarde objeto de un proceso de depuración doctrinal y compilación en un *corpus* de seis colecciones fundamentales (dos importantes y cuatro de menor calibre) que no sufrió alteraciones tras su fijación canónica por escrito más de dos siglos después de la muerte del Profeta.

⁷ Una vez producida la escisión fundamental entre chiíes y suníes, y durante tres primeros siglos de expansión del Islam se produjo un proceso de diferenciación jurídica entre distintas ramas o formas de entender el Derecho entre los suníes. Con el tiempo, llegaron a consolidarse claramente cuatro escuelas jurídicas ortodoxas (*madḥab*, o en plural, *madzāhib*), la hanefí, la malikí, la shafí y la hanbalí, fundadas por los cuatro grandes maestros o imames de los siglos VIII y IX de nuestra era (ABŪ ḤANĪFA, MĀLIK B. ANAS, AL-ŠĀFĪ y AḤMAD B. ḤANBAL). Todas las escuelas son reconocidas como ortodoxas por las demás, y han hecho una interpretación válida de la *Sarī'a* para los suníes, y aunque cada legislación codificada suele seguir predominantemente las soluciones de una de ellas se suelen aceptar sin problemas soluciones adoptadas por otras escuelas en materias determinadas, como señala DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, cit., pág. 37.

⁸ Turquía tiene un sistema sucesorio basado en el concepto de legítima heredado del Código suizo de 1907 (art. 506 del Código Civil de 2001), que no tiene en cuenta las reglas de la *Sarī'a* y da un mayor juego a capacidad de disposición mediante testamento y contratos sucesorios.

⁹ En el Derecho de Túnez (arts. 85 a 152 del Código de Estatuto Personal), se contienen algunas modificaciones a la *Sarī'a* tradicional malikí en materia sucesoria.

¹⁰ Así lo señala AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, cit., pág. 104.

En total, la *Ŝarī'a* se aplica como parte fundamental del Derecho Sucesorio en cerca de cuarenta países, de los cuales al menos veinte han legislado en forma de Códigos de Estatuto Personal. Pero incluso en estos países en los que se han codificado las normas sucesorias, se suele acudir a la regulación de una de las escuelas tradicionales de *fiqh* (jurisprudencia islámica) como Derecho supletorio para todo lo no previsto expresamente en el Código. Es el caso, por ejemplo del art. 400 del Código de Familia marroquí, que señala como derecho supletorio el del rito malikí.

En algunos países sin embargo (Arabia Saudita y algunos de los emiratos del Golfo, como Qatar¹¹) las reglas de la *Ŝarī'a* se aplican todavía hoy de forma directa a los ciudadanos por imperativo de la Constitución, que suele establecer que la Ley islámica es la fuente principal del Derecho del Estado. Ello implica que resultan directamente aplicables como la legislación civil del Estado no sólo el Corán y la *Sunna*, sino también las reglas procedentes de las llamadas «fuentes secundarias», el consenso (*īymā*¹²) y la analogía (*qiyās*¹³).

Se trata de reglas que han nacido y se han desarrollado en escenarios socioeconómicos, políticos y religiosos muy distintos a los que

¹¹ En Arabia Saudita, por ejemplo, se sigue estrictamente la escuela hanbalí, siendo el Corán y la *Sunna* según el art. 1 de la Ley Básica de Gobierno la auténtica constitución del país. No hay por tanto codificación alguna de las normas sobre Estatuto Personal. Algo similar ocurre en los Emiratos Árabes Unidos (art. 7 de la Constitución, que señala la *Sarī'a* como fuente principal de derecho, permaneciendo las normas acerca del estatuto personal no codificadas). En Bahrein las normas relevantes son los arts. 2 y 5 d) de la Constitución, que ordena aplicar a las sucesiones la *Sarī'a*, mientras que en Qatar se aplica la *Sarī'a* como principal fuente del Derecho en el marco de la escuela hanbalí. Así, dispone el art. 51 de la constitución qatarí de abril de 2003 que «*El derecho de sucesiones será regulado y regido por el derecho de la Sarī'a*». Sin embargo, tanto en Kuwait como en Omán existen Códigos de Estatuto personal.

¹² El *īymā* es el consenso doctrinal de la comunidad de alfaquíes (expertos en *fiqh*) sobre un punto concreto del derecho islámico que no tiene una solución establecida directamente por el Corán o la *Sunna*. El *īymā* sirve para ajustar las leyes sagradas a los casos concretos, y se basa las afirmaciones del Profeta de que «mi comunidad jamás se podrá acuerdo acerca de un error» y que «lo que a los musulmanes les parece bueno también le parece también a Alá» (así lo señala COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, cit., pág. 19). En realidad, el consenso normalmente se produce en el seno de la propia escuela, no a nivel global de las cuatro escuelas, según señalan LARAKI PERELLÓN, A., en la anotación de IBN ABIZ ZAID AL-QAYRĀWĀNI, *La Risāla*, editada en *Kutubia Mayurqa*, págs. 14 y 581 y GARCÍA SANJUAN, A., *Hasta que Dios herede la Tierra. Los bienes habices en al-Andalus (siglos X-XV)*, Comares, Granada, 2002, pág. 67.

¹³ Mediante el *qiyās* (término castellanizado a veces como *quiyás*) se resuelven por analogía cuestiones nuevas utilizando de manera cuidadosa las aleyas del Corán o los hadices de la *Sunna*. Vid. HODGSON, M. G. S., *The Venture of Islam*, cit., pág. 330.

existen actualmente en España, pero que pueden entrar en juego en nuestro Ordenamiento jurídico cuando se trata de la sucesión en España de una persona que, de acuerdo con el art. 9.8 CC, debe tener como *lex successionis* el Derecho material de uno de estos países de tradición jurídica islámica.

El problema tiene una importante vertiente práctica por el gran número de extranjeros provenientes de estos países que viven en España (según un estudio de 2008¹⁴ había en nuestro país más de un millón de musulmanes, y, entre ellos, más de 650.000 marroquíes¹⁵).

Se trata de personas que en muchos casos mantendrán la nacionalidad extranjera cuando fallezcan en España, por lo que su ley personal será la de alguno de los países donde se aplica el Derecho sucesorio de la *Ŝari'a*. No se trata además sólo de una cuestión de Derecho aplicable, puesto que también plantea problemas en el ámbito de la libertad religiosa, al ser este Derecho sucesorio basado en la *Ŝari'a* obligatorio en conciencia para los musulmanes (tanto extranjeros como españoles). Esto va a provocar que sin duda estas personas deseen ordenar su sucesión conforme a dichas reglas (por ejemplo, testando conforme a las exigencias y límites de la Ley islámica).

Esto nos obliga a plantearnos la cuestión de la compatibilidad de algunas de estas normas con el sistema de orden público internacional (art. 12.3 CC), y en especial con las previsiones constitucionales, que van a filtrar el Derecho extranjero para adecuarlo a nuestro Ordenamiento jurídico en cuestiones como el impedimento para suceder por razones religiosas, la sucesión de los hijos ilegítimos o la posición de la mujer en el fenómeno sucesorio.

Sin embargo, un rastreo de la jurisprudencia, de las resoluciones de las Audiencias provinciales y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en seguida nos indica cómo la aplicación en España del Derecho de Sucesiones extranjero cuando el causante tiene como ley personal una legislación de la tradición del Derecho islámico ha sido casi inexistente.

Ello se debe probablemente a que se trata de situaciones que se resuelven en el ámbito privado o familiar de estas personas, sin recurrir a los Tribunales, pero también a que se aprecia en nuestros operadores ju-

¹⁴ El estudio se titula «Estudio demográfico sobre conciudadanos musulmanes» y ha sido realizado por la Unión de Comunidades Islámicas de España, a partir de los datos del padrón municipal a 31 de diciembre de 2007.

¹⁵ Los datos sobre el número de marroquíes en España son de 2008. Fuente: Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es/prodyser/pubweb/espclf/pobl09.pdf>)

rídicos un recelo evidente a aplicar legislaciones extranjeras basadas en las normas sucesorias de la Ley islámica.

Posiblemente esta resistencia se deba a la dificultad de la prueba de éste Derecho extranjero¹⁶, la escasez de fuentes disponibles en español para su adecuado estudio y comprensión¹⁷ y la extremadamente compleja arquitectura del fenómeno sucesorio en la *Ŝarī'a*¹⁸, que precisó de casi tres siglos para su construcción en las distintas escuelas¹⁹.

Estos factores son los que pueden explicar, por ejemplo, la reticencia de la STS 17.12.91²⁰, en el que el TS admite que la Audiencia deniegue la aplicación del derecho marroquí a la sucesión con el pretexto de que no estaba suficientemente probado.

No parece sin embargo que esta «huída» del Derecho extranjero basado en la *Ŝarī'a* en materia de sucesiones²¹ pueda mantenerse de forma indefinida sin lesionar la fuerza normativa del art. 9.8 del CC, y por eso creo debe profundizarse algo más en los principios de derecho sucesorio que se aplican en los países de tradición jurídica islámica antes de pasarlos por el tamiz constitucional en España.

Dichos principios provienen de una cultura jurídica que ha realizado un esfuerzo intelectual muy importante para crear un «sistema sucesorio», de manera que si los confrontamos con los principios de orden público vigentes en nuestro país debería resultar posible hacer compatible la aplicación de éste Derecho sucesorio extranjero al que renvía el art. 9.8 del Código Civil con el respeto a nuestro *ius cogens*, que reclama el art. 12.3 CC.

¹⁶ Así, por ejemplo, GARCIMARTÍN habla de *probatio diabólica* para este Derecho extranjero en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Comentario a la STS de 17 de diciembre de 1991», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1991, pág. 243.

¹⁷ Señalaban con acierto Motilla y Lorenzo que esta cultura jurídica no sólo es poco conocida, sino también mal comprendida. Vid. MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, 2002, pág. 21.

¹⁸ Así se señala en VV.AA., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, (Aldeeb, S., y Bonomi, A., eds), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1999, pág. 316.

¹⁹ Decía PASCUAL QUINTANA que «el derecho sucesorio en el pueblo musulmán es quizá el más complicado de todos los que existen en el mundo» (PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Central, sin fecha, pág. 12).

²⁰ RJ 1991/9717.

²¹ Estas reticencias en nuestro país han sido observadas incluso por la doctrina extranjera de Derecho Comparado. Vid. VV.AA., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 321.

II. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN INTERNACIONAL

Para que estemos ante una «sucesión internacional», debemos tener en el fenómeno sucesorio un elemento extranjero, que suele ser la nacionalidad del causante. No podemos por tanto aplicar el régimen de la *Ŝarī'a* a los musulmanes españoles, ya que de acuerdo con los arts. 9.1, 9.8 y 16.1 del CC las sucesiones de los españoles se rigen por su ley personal en el momento de su fallecimiento teniendo en cuenta su vecindad civil (Código Civil o legislación civil especial foral).

Es claro por tanto que no puede excluirse la aplicación de dichas normas, sustituyéndolas por las de la *Ŝarī'a*, atendiendo a la fe que profesó en vida el causante. La fe musulmana es así ignorada en materia sucesoria, lo que se relaciona con el hecho de que nuestro Ordenamiento jurídico sólo reconoce a efectos civiles al Derecho Islámico en lo relativo a las formas del matrimonio, respetando en todo caso las normas imperativas legales (especialmente en lo relativo a la capacidad de los contrayentes, donde procede la aplicación del Código Civil) y constitucionales, tal y como establece el art. 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Conferencia Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre²².

Respecto de los extranjeros, sin embargo, sí es posible que se plantee ante un juez o Tribunal español la aplicación de una *lex successionis* basada en la Ley islámica, como veremos a continuación.

Así, en primer lugar, será necesario que los tribunales españoles sean competentes según las reglas generales del art. 22.2 y 22.3 LOPJ para que puedan entender del caso, es decir, que haya sumisión expresa o tácita de las partes, que estemos ante el domicilio o residencia habitual del demandante o del último domicilio del causante o por estar ante inmuebles situados en España. En éste último caso la aplicación de la regla *forum rei sitiae* implica atribuir a nuestros Tribunales competencia sobre la totalidad de la sucesión, tanto si todos los bienes hereditarios están en España como si alguno se encuentra en el extranjero. No puede haber por tanto fraccionamiento judicial de la sucesión²³, como señala la STS 23.9.2002²⁴.

²² BOE del 12 de noviembre.

²³ Vid. CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado (Vol. II)*, (Calvo Caravaca y Carrascosa González, Directores), 5ª edición, Comares, Granada, 2005, pág. 390.

²⁴ RJA 849/2002

Además, desde el punto de vista de la Ley aplicable, para determinar cuándo estamos ante uno de esos supuestos en los que resulta aplicable como Derecho material el de una legislación basada en la *Ŝarī'a* debemos tener en cuenta si el causante realizó testamento o no, aplicando en cada caso las reglas de Derecho Internacional Privado previstas para las sucesiones internacionales en el Código Civil.

En la sucesión intestada la ley aplicable a la sucesión es la de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes (muebles o inmuebles) y el país donde se encuentren (art. 9.8 CC). La entrada de la legislación extranjera basada en la *Ŝarī'a* se produce así por designación de la norma de conflicto española, evitándose los problemas del conflicto móvil que pudieran provocar posibles cambios de nacionalidad a lo largo de la vida de la persona.

Esta ley aplicable a la sucesión regirá todos los aspectos de la sucesión, procurando así respetar el llamado «principio de unidad de la sucesión». Ello incluye las reglas sobre la apertura de la sucesión, la delación hereditaria, la aceptación y administración de la herencia y el momento en que se transmite la propiedad y la posesión de las cosas de la herencia. En especial, se aplicará la Ley de la nacionalidad del causante al tiempo del fallecimiento incluso cuando éste tenga en propiedad inmuebles situados en España o en otros países distintos del de su nacionalidad. Esta forma de determinar la Ley aplicable al fenómeno sucesorio también incluye los supuestos de donación *mortis causa* (STS de 4 octubre de 1982).

Este principio de universalidad tiene como consecuencia práctica que el reenvío al Derecho extranjero no deba admitirse cuando fracciona la sucesión, impidiendo que una única ley material rija todos los aspectos de fondo (STS 23.9.2002²⁵). La jurisprudencia además, de forma muy discutible, ha rechazado la aplicación de la ley extranjera cuando no se alcance un resultado similar (o al menos compatible) con el que hubiera resultado de aplicar la Ley española a la sucesión. Así, por ejemplo, el TS (SSTS 18.11.96²⁶ y 21.5.99²⁷) no acepta el reenvío de primer grado al Derecho español si el derecho extranjero establece unas legítimas más pequeñas y a sujetos distintos que las contempladas en el régimen del Código Civil²⁸.

²⁵ RJ 2002/8029.

²⁶ RJ 1996/8112

²⁷ RJ 1999/436

²⁸ CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado* (Vol. II), cit., pág. 398.

La propia Ley española marca además una excepción al principio de unidad de la sucesión, puesto que los derechos *que por ministerio de la ley* correspondan al cónyuge viudo se rigen por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, dejando siempre a salvo las legítimas de los descendientes. Ello implica que la ley aplicable según el art. 9.2 CC es la que se aplicará respecto de la sucesión intestada del cónyuge viudo.

También tendrá que tenerse en cuenta que en lo que se refiere a la capacidad para aceptar o repudiar la herencia por parte de los sucesores la norma aplicable es la del art. 9.1 CC, aunque en este caso también se remite como criterio al de la nacionalidad del causante.

Cuando hay testamento o la sucesión es pactada, y de acuerdo con el segundo inciso del art. 9.8 del Código Civil, la ley aplicable es la ley nacional del testador *en el momento del otorgamiento* del testamento (o en el momento de concluirse el contrato sucesorio). Por tanto, las disposiciones hechas en testamento conservan su validez aún cuando la nacionalidad del causante (y por tanto la ley personal que rige su sucesión) haya cambiado con posterioridad. Con ello se pretende evitar que habiendo disposiciones testamentarias hechas en vida, estas devengan inválidas (debiendo abrirse la sucesión *ab intestato*) como consecuencia de un mero cambio de nacionalidad del causante.

Esta ley personal del testador regirá todos los aspectos de la sucesión, incluyendo el supuesto de que haya inmuebles situados en España y resulta de aplicación una legislación extranjera. También juega con independencia de cuál haya sido el último domicilio del causante. Existe sin embargo una excepción al principio de universalidad de la sucesión respecto de la forma del testamento, en donde el art. art. 11 CC establece una serie de reglas especiales, que serán vistas con más detalle al final del presente trabajo.

Además de la entrada como derecho material aplicable en la sucesión testamentaria o intestada (vía nacionalidad del causante), el control de una legislación extranjera basada en el Derecho sucesorio de la *Ŝarī'a* puede ser necesario cuando se pretenda el exequátur en España de una sentencia firme extranjera que haya utilizado como Derecho material el Derecho sucesorio islámico para resolver sobre el asunto. En este supuesto, a falta de Convenio internacional bilateral²⁹ serán de

²⁹ Por ejemplo, el Convenio hispano-griego de 1919 sobre sucesiones, al que se refiere CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado* (Vol. II), cit., pág. 438.

aplicación los arts. 952 a 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aún vigentes ex Disp. Derog. 1ª 3 de la LEC 2000³⁰, normas que, entre otros requisitos, exigen que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España (art. 954.3 LEC) de modo que se salvaguarde el orden público en el foro.

III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESIONES EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ISLÁMICA

Como antes señalamos, para poder afirmar qué elementos del sistema de sucesiones propio de los países que han legislado conforme a la *Ŝarī'a* deben ser objeto de un control para garantizar el orden público internacional *ex art. 12.3 CC* resulta necesario hacer una exposición, siquiera muy sucinta, de cuáles son las reglas fundamentales de dicho sistema. Para ello he utilizado dos tipos de restricciones.

En primer lugar, no se ha introducido ningún elemento interpretativo propio acerca del complejísimo sistema de sucesiones basado en la *Ŝarī'a*, únicamente se ha pretendido una descripción de sus principios y reglas fundamentales tal y como han sido enunciados en los distintos Códigos de Estatuto Personal y en las obras doctrinales a las que he tenido acceso.

En segundo lugar, he manejado únicamente el Derecho y la doctrina de los países en los que predominan las cuatro escuelas jurídicas principales de los suníes³¹, países que se corresponden con la nacionalidad de la mayoría de extranjeros musulmanes que se han establecido en España.

En términos generales puede afirmarse que el sistema de sucesión propio de los países de tradición jurídica islámica se basa en la atribución *ex lege* de cuotas fijas (*Farâ'idh*) a una serie de herederos designa-

³⁰ Y ello porque las cuestiones relativas a las sucesiones y a la herencia no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil *ex art. 2.1 a)* de dicho Reglamento y que no hay ningún Tratado internacional multilateral del que España sea parte en el que se regule esta materia.

³¹ Ya que, en realidad, las escuelas suníes son unas veinte, aunque sólo cuatro se consideran como principales. Vid. AGUILERA PLEGUEZUELO, J., *Estudios de las normas e instituciones del Derecho Islámico en Al-Andalus*, Guadalquivir Ediciones, Sevilla, 2000, pág. 31.

dos legalmente que ha sido establecido fundamentalmente por distintas aleyas del Corán y varias tradiciones o hadices³² de la *Sunna*³³.

Dicho sistema constituye la piedra angular sobre la que los juristas del *fiqh* (jurisprudencia islámica) construyeron normas más completas y elaboradas que daban respuesta a supuestos dudosos. Naturalmente, la pertenencia a una u otra escuela o la intervención del legislador en los Códigos de Estatuto Personal ha provocado que haya ligeras diferencias en las distintas jurisdicciones, aunque siempre con el elemento unificador del Derecho revelado al Profeta.

El sistema de atribución de cuotas a una serie de parientes se aplica como sucesión forzosa en sentido estricto, y abarca todo el patrimonio si no hay testamento, o como mínimo dos tercios si el causante testó válidamente, por lo que las disposiciones testamentarias no pueden modificar o derogar las reglas imperativas del sistema de cuotas, que han sido reveladas por la Divinidad y resultan por tanto perfectas a ojos de los legisladores³⁴.

Este hecho explica que los Códigos de Estatuto personal cuyo texto he podido consultar distinguan muy claramente entre las normas relativas «a la herencia» (que reflejan el sistema de distribución por cuotas y que se aplican en todo caso, haya o no testamento) y las normas relativas «al testamento y los legados», que sólo se pueden aplicar respecto del tercio (llamémosle de «libre disposición») que queda fuera del sistema de reparto por cuotas.

1. Normas imperativas relativas a la herencia

Las reglas imperativas que regulan la distribución de la herencia a las distintas clases de herederos varían ligeramente en las cuatro escue-

³² No me ha sido posible encontrar una traducción al castellano que recoja de modo sistemático los hadices más importantes en materia sucesoria. He podido acceder a su traducción inglesa o francesa en la mayoría de los casos, pero no he considerado oportuno acometer una labor de traducción, tarea que supera con creces mi preparación.

³³ En materia sucesoria, en concreto, los hadices contienen normas importantes, como la que excluye el juego de la representación en la sucesión intestada, la limitación de la posibilidad de disponer por testamento de más de un tercio de los bienes del causante, la que regula el concurso de hijos e hijas cuando concurren como únicos herederos en la sucesión de los padres, o la que otorga el sexto de los bienes del causante a la abuela (vid. KAVAKCI, Y. Z., *Islamic Inheritance Law*, Al Huda Publications, Dallas, 1994, pág. 8).

³⁴ Así, por ejemplo, para ALI KHAN, todo el derecho de la *Sarī'a* deriva del Corán, y su normas son suficientes y omnicomprensivas. La actividad posterior de los autores solo habría hecho las reglas reveladas más prácticas y precisas. Vid. ALI KHAN, M.M., *Islamic Law of Inheritance*, Kitab Bhavan, Nueva Delhi, 1989, pág. 15.

las jurídicas principales de los suníes, aunque en casi todos los casos se sigue una orden similar en la exposición, regulando la capacidad para suceder y los impedimentos, la apertura de la sucesión, la distribución de las distintas cuotas o legítimas que corresponde a cada heredero en función de su parentesco y las reglas relativas a la liquidación y partición. En lógica consecuencia, será este también el orden de mi exposición. A estos efectos, seguramente uno de los Códigos de Estatuto personal más técnicos y completos de los que existen en los países de tradición jurídica islámica sea la *Mudawana* marroquí, que, en su reforma de 2004, ha establecido una regulación propia del rito malikí que vamos a utilizar como modelo para nuestra explicación, sin perjuicio de las menciones que se harán a reglas o Códigos pertenecientes a otras escuelas jurídicas.

A. Capacidad para suceder y apertura de la sucesión

Para poder suceder al causante (lo que en la doctrina de Derecho islámico se conoce como «causas para heredar»³⁵) los sucesores tienen que estar unidos a él por un vínculo *legítimo* de consanguinidad³⁶ en la línea recta ascendiente, descendiente y colateral o por ligamen matrimonial³⁷, matrimonio tiene que ser válido conforme a la ley islámica (arts. 89 y 90 del Código de Estatuto personal tunecino; 126 del argelino o 348 del sudanés). No se puede suceder por adopción, puesto que el Derecho de la *Šarī'a* no reconoce la adopción en sentido estricto³⁸, pero sí podrán suceder los parientes que hayan sido reconocidos como tales por el causante³⁹.

El heredero tiene que sobrevivir al causante de modo cierto (art. 260.2 del Código sirio; 85 del tunecino; 324 de la *Mudawana*). Al concebido y no nacido se le reserva la cuota que le correspondería si llega a nacer⁴⁰ (art. 329 del Código kuwaití, que establece que, dada la incerti-

³⁵ Estas causas eran tradicionalmente tres, el parentesco (*nasab*), el matrimonio válido (*sabab*) y la *Wala*, o vínculo legal que existía con el esclavo manumitido o con el hermano de juramento. Vid. AL-HAJ IBN S. JUNG, M.U., *The Muslim Law of Inheritance*, S. Sultan Allahabad, 1934, pág. 5.

³⁶ KAVAKCI, Y. Z., *Islamic Inheritance Law*, cit., pág. 9.

³⁷ Por este motivo, si el matrimonio es nulo o ha habido divorcio o repudio, se pierden todos los derechos hereditarios.

³⁸ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, Brill Academic Club, 1990, pág. 198.

³⁹ DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, cit., pág. 142.

⁴⁰ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 215.

dumbre en el sexo, se le reservará la máxima a la que tendría derecho, que es la del varón).

Suele existir además una presunción de comoriencia en caso de duda acerca de la fecha de fallecimiento de dos personas llamadas a sucederse entre sí⁴¹ (art. 290 del Código kuwaití, art. 328 de la *Mudawana*). Al ausente se le reserva su cuota por si aparece, y si se prueba su fallecimiento su cuota irá a parar a sus herederos (art. 326 de la *Mudawana*).

En cuanto a los impedimentos sucesorios, existen tres causas principales que hacen una persona incapaz para suceder en la mayoría de los derechos de los países de tradición jurídica islámica⁴².

Así, en primer lugar, el asesinato priva al que lo comete de tomar algo en la herencia de la víctima como heredero forzoso (art. 264 a) del Código de Estatuto Personal sirio; art. 88 del tunecino; art. 333 de la *Mudawana*, art. 292 del kuwaití y 350 del sudanés); y también normalmente le priva de sus derechos como legatario testamentario (art. 223 a) del Código sirio). Lo mismo ocurre en caso de homicidio voluntario, y ello tanto si el delito está consumado como en grado de tentativa o frustración⁴³. No ocurre sin embargo lo mismo con el homicidio imprudente, que no tiene este efecto de exclusión (art. 333 de la *Mudawana*)⁴⁴. Tampoco el homicidio en defensa propia o el cometido por un inimputable⁴⁵.

En segundo lugar, los Códigos de Estatuto personal suelen considerar como un impedimento absoluto para suceder la diferencia en la religión⁴⁶. Así, dice el art. 6 de la ley egipcia 77 de 1943, de Estatuto Personal, que «no hay sucesión entre un musulmán y un no musulmán». Esta misma solución se adopta en los arts. 264 b) del Código de Estatuto Personal sirio; art. 293 del kuwaití, art. 332 de la *Muda-*

⁴¹ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., págs. 204-205.

⁴² En la *Sarī'a* tradicional se consigna otro, la esclavitud, o relación de vasallaje. El esclavo no puede dejar nada a sus parientes, puesto que todas sus posesiones van al amo o señor (RUMSEY, A., *Al Sirājīyyah, or the Mahomedan Law of Inheritance*, reimpresión anotada realizada por WILLIAM JONES, segunda edición, Calcuta, 1890, pág. 14). Además, la condición de esclavo era hereditaria, aunque había frecuentes manumisiones. El liberto sí podía heredar si se convertía al Islam, según señala HODGSON, M. G. S., *The Venture of Islam*, cit., pág. 343.

⁴³ MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 107.

⁴⁴ KAVAKCI, Y. Z., *Islamic Inheritance Law*, cit., pág. 11.

⁴⁵ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 205.

⁴⁶ En algunos países durante la época medieval la apostasía estaba castigada incluso con la pena capital, como señala EDGE, I., «A Comparative Approach to the Treatment of Non-Muslims Minorities in the Middle East, with Special Reference to Egypt», en *Islamic Family Law* (Mallat, C., y Connors, J., Edit.), Graham & Trotman, Londres, pág. 48.

wana o art. 351 del Código sudanés. De este modo, no podrá suceder a un musulmán un *kafir* (infiel, no musulmán), con independencia del grado de parentesco que tenga con el causante⁴⁷. Se trata ésta de una regla que obviamente trata de evitar la salida de riqueza de la *Umma*, lo que resultaba especialmente importante en el contexto histórico en el que nace y se desarrolla la *Ŝari'a*⁴⁸. Sin embargo, el converso al Islam puede dejar bienes mediante herencia a sus herederos musulmanes, incluyendo tanto los que adquirió como musulmán como los anteriores⁴⁹.

La regla de la no sucesión entre musulmanes e infieles despliega su eficacia fundamentalmente en la sucesión forzosa, puesto que si hay testamento se suele admitir la validez del legado hecho mediante diferencia de religión (de un musulmán a un no musulmán) como ocurre en el art. 174 del Código de Estatuto Personal tunecino, art. 221 del kuwaití, art. 215 del sirio o en el art. 9 de la Ley egipcia de Estatuto Personal.

También es lugar común en los Códigos que he podido analizar la regla de que la apostasía del Islam implica una incapacidad absoluta para suceder (así por ejemplo, el art. 294 del código kuwaití dice expresamente que «el apóstata no hereda de nadie»). Y ello porque la apostasía produce la muerte civil del apóstata⁵⁰, abriéndose su propia sucesión, por lo que se considera que no ha «sobrevivido» al causante, al menos en términos jurídico-civiles.

En tercer y último lugar, en cuanto a la diferencia en el domicilio, no existen impedimentos para heredar entre musulmanes residentes en distintos países islámicos⁵¹, pero se impide generalmente que la herencia de un musulmán salga del país cuando los herederos musulmanes estén sujetos una ley personal de un país ajeno a *dar-el-Islam*. De esta forma, se considera a efectos jurídicos como «territorio nacional» el del Islam y como el territorio extranjero el ajeno a este⁵².

⁴⁷ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 311.

⁴⁸ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, cit., p. 107.

⁴⁹ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 311.

⁵⁰ MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106.

⁵¹ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 311.

⁵² VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 311.

Respecto de las reglas que disciplinan la apertura de la sucesión y a la delación, en el Derecho de la *Šarī'a* la herencia (*tarikah*) no puede ser nunca herencia yacente, la delación tiene lugar *ipso iure* desde el mismo momento de la muerte⁵³ del causante (*murith*). Antes los herederos no tienen ningún derecho ni expectativa sobre la herencia⁵⁴, como señalan los arts. 260.1 del Código de Estatuto personal sirio, art. 85 del tunecino, art. 288 del kuwaití y art. 349 a) del sudanés. Sin embargo, el juez puede tomar medidas urgentes para proteger el caudal hereditario, como la consignación del dinero y objetos de valor del difunto (art. 373 de la *Mudawana*).

En cuanto a las reglas sobre aceptación y repudiación de la herencia, el heredero legítimo (*fard*) no puede renunciar a tal cualidad, que se le atribuye de forma automática (art. 329 de la *Mudawana*), aunque sí puede ceder su interés en el caudal hereditario a un tercero⁵⁵.

Respecto del contenido económico de la herencia, forman parte del patrimonio hereditario todos los bienes, muebles e inmuebles, materiales e inmateriales⁵⁶ que sean propiedad del causante (aunque no estuvieran en su posesión en el momento de la muerte), los derechos, tanto de crédito como reales (con la excepción del usufructo), el *ius delationis* y el derecho de adquisición preferente de inmuebles (*shufaa*) en la escuela hanafí⁵⁷.

B. El sistema de reparto de cuotas

Como he adelantado ya, la característica esencial del sistema de sucesiones de los países de tradición jurídica islámica es que estamos ante un sistema de sucesión legal de cuotas fijas que no admite derogación por medio de testamento, salvo que no haya ningún heredero de los que tienen derecho a dichas cuotas⁵⁸.

⁵³ O declaración de fallecimiento judicial, como señala NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 204.

⁵⁴ ALI KHAN, M.M., *Islamic Law of Inheritance*, cit., pág. 33.

⁵⁵ Así lo señalan MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106.

⁵⁶ Como derechos de propiedad intelectual o industrial. Vid. AL-HAJ MAHOMED ULLAH IBN S. JUNG, *The Muslim Law of Inheritance*, cit., pág. 1.

⁵⁷ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., págs. 201-202.

⁵⁸ Por ejemplo, si no hay herederos al menos en la escuela hanafí se admite que el causante nombre como legatario universal a un extraño, y en este caso la limitación de la libertad de disposición a un tercio de los bienes no se aplica. Vid. AL-HAJ MAHOMED ULLAH IBN S. JUNG, *The Muslim Law of Inheritance*, cit., pág. 4.

La atribución de distintas porciones de la herencia a una serie de herederos legítimos está presente en la totalidad de países de la tradición del derecho islámico, y se basa en distintas aleyas de la Azora 4 del Corán⁵⁹ (en concreto la 4, 8/7⁶⁰; 4, 12/11⁶¹; 4, 13/12⁶²; 4, 14⁶³; 4, 15⁶⁴ y la 4, 175/176⁶⁵), que, como hemos señalado ya, o bien resultan de aplica-

⁵⁹ El Corán no fue escrito por Mahoma, que según la tradición era iletrado. Le fue revelado a partir de 612 DC por el arcángel Gabriel hasta su muerte en 632 D.C. Conservado en principio como tradición oral gracias a los memoriones o *hafuz*, parece que la primera redacción auténtica es la del sucesor de Mahoma, el califa ABU BAKR, aunque todas las versiones que circulaban en la tradición oral eran igualmente canónicas. Posteriormente, Utmán hizo una primera versión aceptada por la *Umma*, que se consagró como canónica u oficial. Vid. VERNET, J., *El Corán*, cit., pág. XIII y XV y COMBALÍA, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Universidad de Navarra, 2001, pág. 17. La traducción de las azoras sucesorias que he usado es la VERNET, J., (*El Corán*, Planeta, Barcelona, 1991). De ahí que para la numeración de las aleyas haya dos números (Vernet enumera los versículos coránicos según la edición de FLÜGEL en primer lugar y según la vulgata cairota, en segundo lugar).

⁶⁰ Que dispone, según VERNET: «Los hombres tienen una parte de lo que dejan los padres y los parientes. Las mujeres tienen una parte de lo que dejan los padres y los parientes, sea poco o mucho. Dios ha instituido una parte determinada». He respetado la cursiva del autor.

⁶¹ Que señala «Dios os manda acerca de vuestros hijos: *Dejad* al varón una parte igual a la de dos hembras; si las mujeres fuesen más de dos, tendrán el tercio de lo que deja el *difunto*; si fuese una, tendrá la mitad, y a cada uno de los dos padres corresponderá el sexto de lo que deje si tuviese un hijo. Si no tuviese hijo, le heredarían sus dos padres, y su madre *tendría* el tercio. Si tuviese hermanos, su madre tendría el sexto, después de *pagar* los legados que hubiese dispuesto o las deudas. *Entre* vuestros padres y vuestros hijos no sabéis quienes os son más útiles. *Es* imposición de Dios. Dios es omnisciente, sabio». He respetado la cursiva del autor.

⁶² Que dice, en la traducción de VERNET: «Os corresponde la mitad de lo que dejen vuestras esposas, si no tienen hijos. Si tuviesen un hijo, os corresponde la cuarta parte de lo que os dejen, después de *pagar* los legados que hubiesen dispuesto o las deudas». He respetado la cursiva del autor.

⁶³ Que dispone en la traducción de VERNET: «A ellas les corresponde la cuarta parte de lo que dejéis, si no tenéis un hijo. Si tenéis un hijo, ellas tendrán el octavo de lo que dejéis, después de *pagar* los legados que hubiese dispuesto o las deudas». He respetado la cursiva del autor.

⁶⁴ Que reza así según VERNET: «Si un hombre o una mujer, sin sucesión directa, pero teniendo un hermano o una hermana, hiciera testamento, a cada uno de ellos les dejaría el sexto. Si fuese más, recibirían por indiviso, el tercio, después de pagar los legados que se hubiesen establecido o las deudas».

⁶⁵ Que dispone según VERNET: «Te piden una decisión jurídica. Responde: «Dios os explica la sucesión indirecta: si un hombre muere y no tiene ningún hijo, pero sí una hermana, a ella pertenece la mitad de lo que deje; él la heredará si *ella premuriere* sin tener ningún hijo; si fuesen dos hermanas, tendrán los dos tercios de lo que deje; si hubiese *varios* hermanos, varones y hembras, al varón *corresponde* una parte igual a la de dos hembras. Dios os aclara *las leyes para* que no os extraviéis. Dios es omnisciente, sobre todas las cosas». He respetado la cursiva del autor.

ción directa como Derecho civil del Estado, o bien han sido incorporadas en los Códigos de Estatuto Personal dentro del articulado de los mismos⁶⁶.

El sistema de cuotas es una sucesión forzosa, de manera en que los países de la tradición del Derecho islámico no tiene sentido distinguir entre sucesión testamentaria e intestada. Se trata de un sistema que otorga preferencia a la sucesión agnaticia, aunque manteniendo una cuota de los bienes reservadas al cónyuge. La clave de la distribución de las cuotas está en la distinción entre tres clases de herederos, los *herederos forzosos*, los *residuarios* y los *parientes uterinos*, que entran en la sucesión en un orden predeterminado⁶⁷.

Así, los herederos forzosos toman siempre su cuota en primer lugar de acuerdo con las reglas de atribución de la *Ŝarī'a*, mientras que los residuarios son parientes agnados (por vía masculina) que se reparten lo que ha quedado después de otorgar las distintas porciones a los anteriores. Naturalmente, si no hay herederos forzosos con derecho a cuota, los residuarios toman toda la herencia.

Las categorías de herederos forzosos y residuarios no son sin embargo excluyentes, de modo que se puede tener derecho por ambos títulos, como ocurre por ejemplo con el padre y el abuelo agnaticio, que acumulan ambas cuotas (art. 339 de la *Mudawana*).

Los parientes uterinos son parientes cognados que no forman parte de las dos categorías anteriores, y que heredarán en ausencia de estas.

⁶⁶ En ocasiones se ha sostenido que es posible que el significado en el árabe actual de la Aleya 4,12/13 sea distinto al originariamente fue revelado por el Profeta. En concreto, POWERS ha señalado que mientras que la traducción coránica clásica (finalmente incorporada a la *Sarī'a*) de la palabra *kalala* ha sido «la que no deja padres ni hijos» (es decir, la que fallece sin ascendientes ni descendientes vivos), existen pruebas en los hadices que demostrarían que se trata de una alteración del significado originario de *kalala*, que sería «nuera» (vid. POWERS, D. S., «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach» en *Islamic Family Law* [Mallat, C., y Connors, J., Edit], Graham & Trotman, Londres, 1990, pág. 18-19). Esta diferencia significaría, según POWERS, que el Corán no establecía originariamente un sistema de cuotas fijas, sino una distinción básica entre sucesión testamentaria e intestada. La consecuencia de esta alteración traductológica sería que las reglas previstas por las distintas *sūras* del Corán, que originariamente sólo estaban pensadas como reglas de sucesión en caso de ausencia de padres o hijos se convirtieron después en un sistema de legítima o de cuotas fijas indisponibles. En cualquier caso, incluso si las cosas fueron así, las obras de los grandes maestros de los siglos VIII y IX configuraron el sistema hereditario suní partiendo del Corán tal y como lo conocemos hoy, es decir, a partir de un sistema de cuotas atribuidas *ex lege* a directos herederos.

⁶⁷ Lo explica bien Powers. Vid. POWERS D. S. *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, University of California Press, 1986, pág.9.

En algunos países malikíes, sin embargo (y, en especial, en la *Mudawana* marroquí), no se incluye en la sucesión a los parientes uterinos, de modo que los bienes se reparten entre los herederos forzosos y los residuarios agnados (art. 334 de la *Mudawana*). Ello se debe en buena parte a que, como luego veremos, se ha incluido a algunos de estos parientes uterinos por mecanismos indirectos, como legados obligatorios.

De la ordenación (y a veces, solapamiento) de estas tres categorías de herederos resulta un orden concreto de deferir la herencia. De este modo, como dice el art. 263.4 del Código sirio, la herencia se puede deferir a través de la legítima (herederos forzosos), por la calidad agnaticia (residuarios), por ambas categorías juntas, o por «por parte uterina» (parientes uterinos).

Si no hay ni herederos forzosos, ni residuarios ni parientes uterinos existe algún Derecho codificado en el que el Estado sucede en última instancia al causante (art. 86 del Código tunecino). En la *Ŝarī'a*, sin embargo, es la *Umma* (comunidad de creyentes) la que sucede si no hay ningún tipo de parientes con derecho hereditario.

a) Distribución de cuotas a los distintos parientes

i. Herederos forzosos

Los herederos forzosos (*farīda*) toman una parte de legítima en el caudal hereditario de acuerdo con las distintas cuotas fijadas por la *Ŝarī'a* (lo que se conoce como «herencia por la legítima» o *farḍ*).

La lista de herederos forzosos varía ligeramente según los distintos Códigos de Estatuto Personal (art. 265.1 del Código sirio, art. 296 del kuwaití), y suele incluir entre los varones⁶⁸, al padre, al abuelo paterno, al hermano uterino y al viudo. Entre las mujeres suelen ser herederas forzosas las hijas del causante, la hija del hijo, la madre, la hermana de vínculo doble, la hermana uterina, la hermana consanguínea y la viuda⁶⁹.

Algunas leyes estatales han incluido además a los hijos varones entre los herederos que tienen derecho a cuota como herederos forzosos,

⁶⁸ El hermafrodita tiene un tratamiento especial, al menos en la escuela malakí. Tomará la mitad de lo que le hubiera correspondido si fuera varón y la mitad de lo que le hubiera tocado de ser hembra, sumándose ambas mitades. Vid. FAUVELLE, G., *Traité Théorique et Pratique de Dévolution des Successions Musulmanes*, Emile Tournier, 1905, pág. 17.

⁶⁹ Vid. esta enumeración en S. UTHMAN DANLADI KEFFI, *Some Aspects of Islamic Law of Succession*, Rukhsa Publications, Kano City, Zaire, 1990, pág. 11.

puesto que curiosamente no son herederos en la *Šarī'a*⁷⁰, sino residuarios (vid., por ejemplo, art. 338 de la *Mudawana*). También se ha recortado en este Código el número de herederos forzosos, incluyendo sólo a la madre, la abuela agnaticia, el viudo o viuda, el hermano uterino y la hermana uterina (art. 337 de la *Mudawana*)

La cuota de cada heredero forzoso no es inmutable, puesto que se debe tener en cuenta la posible concurrencia con otros herederos forzosos, de modo que puede verse aumentada, disminuida, o incluso desaparecer. Así, los herederos forzosos pueden recibir en principio una de estas seis porciones: un medio, un cuarto, un octavo, dos tercios, un tercio y un sexto (vid., por ejemplo, art. 341 de la *Mudawana*), aunque a veces se doblan o median según las reglas de concurrencia⁷¹.

En total, hay aproximadamente cuarenta posibles situaciones de concurrencia entre los distintos herederos con derecho a cuota (los llamados «casos» en la jurisprudencia islámica), y las soluciones adoptadas en la práctica difieren a veces en las escuelas. Así, a título de mero ejemplo, en el art. 342 de la *Mudawana* marroquí se enumera quienes tienen derecho a la mitad del haber hereditario dependiendo de las reglas de concurrencia, citando al *esposo*, cuando la causante no ha dejado descendencia masculina o femenina; la *hija única* (que no concurre con otras hijas o hijos del causante); la *hija del hijo* si no concurre con ningún hijo o hija del causante, ni con un hijo o hija del hijo del mismo grado que ella); la *hermana de doble vínculo o carnal*, si el causante no tiene hermano carnal, padre, abuelos, hijos o hijas y descendientes masculinos o femeninos del hijo; y, por último, la *hermana consanguínea* que es única, lo que ocurre cuando el causante no ha dejado un hermano consanguíneo, una hermana consanguínea ni los herederos citados a propósito de la hermana carnal.

Salta a la vista por tanto que para analizar con detalle los casos de la jurisprudencia islámica y los intrincados problemas jurídicos que presentan se precisan los conocimientos jurídicos de un alfaquí experto, conocimientos que yo no poseo. De ahí que lo que sigue a continuación

⁷⁰ Algunos autores explican este hecho porque los hijos varones ya eran herederos de acuerdo con el derecho consuetudinario precoránico, por lo que el Corán sólo estaría cubriendo las necesidades de los excluidos conforme a ese derecho mediante un sistema de sucesión legítima. Vid. NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 208 y CHAUDHRY, Z., «The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance in Islamic Law», cit., pág. 529.

⁷¹ RUMSEY, A., *Al Sirájiyyah, or the Mahommedan Law of Inheritance*, reimpresión anotada de la traducción del libro hanafí *Al Sirájiyyah* de 1792 realizada por WILLIAM JONES, segunda edición, Calcuta, 1890, pág. 14.

sea únicamente una serie de ejemplos de las porciones que toman algunos de los parientes más cercanos al causante en la mayoría de los ritos.

La cuota del *padre* como heredero forzoso es de un sexto cuando hay un hijo o hija del causante, o más de dos hermanos del causante (vid., por ejemplo, el art. 297 del Código kuwaití, art. 347 de la *Mudawana*). Si no hay ninguno de los anteriores, hereda como residuario⁷².

El *abuelo paterno* puede heredar, pero es excluido si hay otro varón de grado más próximo (así, el padre excluye al abuelo paterno, el abuelo al bisabuelo, etc.). Su cuota será de un sexto como heredero forzoso si no hay hermanos de doble vínculo o consanguíneos del causante y concurre con un hijo, nieto, bisnieto, etc. (así por ejemplo, art. 266 del Código sirio, art. 297 b) del Código kuwaití). Recibe un sexto como heredero y otro como residuario si concurre con una hija o las hijas o nietas, etc. de un hijo (art. 280 del Código sirio). Heredará sólo como residuario si no hay ningún otro heredero⁷³.

Si el causante es una mujer y hay descendencia, el *viudo* toma la cuarta parte de la herencia⁷⁴ (art. 268 del Código sirio). Si no hay descendencia, sin embargo, tomará la mitad de los bienes⁷⁵, deduciendo siempre de su cuota las deudas (por ejemplo, art. 299 del Código kuwaití).

La *viuda*, sin embargo, sólo toma la cuarta parte de los bienes del esposo fallecido si no concurre con ningún hijo, hija o ulteriores descendientes (art. 344 de la *Mudawana*), de manera que, cuando no hay descendencia, el marido hereda de su mujer fallecida el doble de lo que ella heredaría en caso de fallecer⁷⁶. Si la viuda concurre con un hijo, hija o descendientes de un hijo, toma sólo un octavo⁷⁷, lo que provoca de nuevo que la esposa tome en la sucesión la mitad de lo que hubiera tomado el marido en el caso de que hubiera sido ella la premuerta. Si hay varias esposas del causante que le sobreviven deben repartirse dicho octavo (se trata a todas las esposas como si fueran una sola) por lo que no son raros los casos en los que, ante el máximo de cuatro esposas, cada una de ellas toma un treintaidosavo en la herencia del marido.

⁷² NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 208.

⁷³ CILARDO, A., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safiita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zhairita e ibadita*, Istituto per l'oriente, Roma Napoli, 1994, págs. 270-271.

⁷⁴ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 216.

⁷⁵ PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 22.

⁷⁶ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 172.

⁷⁷ CILARDO, A., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malikita, safiita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zhairita e ibadita*, cit., págs. 184-185.

La *madre* toma la tercera parte cuando el *de cuius* no tiene hijos o hijas y concurre con un sólo hermano o hermana del causante⁷⁸ (art. 346 de la *Mudawana*). Si no hay hijos o hijas, pero la concurrencia es con más de un hermano o hermana, tomará la sexta parte⁷⁹. También tomará la sexta parte cuando concorra con más de un hijo o hija⁸⁰.

La *hija* única tomará la mitad de los bienes⁸¹, pero si hay varias hijas, y no hay hijos varones, la cuota sube a dos tercios, a repartir entre ellas⁸². En los supuestos en los que concurre una hija con un hijo del causante, ambos pasan tener la condición de residuarios, tomando entonces la hija la mitad de la cuota que su hermano⁸³.

La *hija del hijo*, si es única, toma la mitad de los bienes, y, siendo varias, toma dos tercios de los bienes⁸⁴. Si además concurre con una hija del causante, tomará la sexta parte⁸⁵.

La *hermana de doble vínculo o consanguínea*, que no concurre con otros parientes (hijos, nietos agnaticios, padre del causante o hermano de doble vínculo) toma la mitad del haber⁸⁶, aunque si concurren en la sucesión hermanas de doble vínculo y consanguíneas se prefiere a las de doble vínculo⁸⁷. Si hay varias hermanas y faltan otros parientes hay que repartir dos terceras partes entre ellas. Pero si hay una única hermana del causante que concurre con una hija, su cuota es sólo la sexta parte⁸⁸.

La *hermana uterina*, por fin, tomará un sexto del haber, o dos tercios si son varias cuando no hay ningún hijo, nieto, padre o abuelo agnaticio⁸⁹.

⁷⁸ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 177.

⁷⁹ PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 22.

⁸⁰ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», pág. 177.

⁸¹ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 176.

⁸² PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 22.

⁸³ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 175.

⁸⁴ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 216.

⁸⁵ PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 22.

⁸⁶ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 167.

⁸⁷ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 180.

⁸⁸ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 216.

⁸⁹ RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», cit., pág. 180.

ii. Residuarios

Los residuarios (*'asaba*)⁹⁰ son parientes agnaticios (llamados en Marruecos *taâsib*)⁹¹ que heredan lo que queda después de entregar las cuotas a los herederos forzosos o si estos no existen (art. 335 de la *Mudawana*).

Dentro de estos *'asaba* se suele distinguir entre tres grupos distintos, y cada grupo es preferente sobre el siguiente. Dentro de cada grupo, el pariente de grado más cercano excluye al más lejano (art. 276.2 del Código sirio, art. 350 de la *Mudawana*, art. 306 del Código kuwaití) existiendo además el principio general de que, a igual de grupo y parentesco, el varón tomará doble cuota que la mujer⁹² (art. 351 de la *Mudawana*). Si hay igualdad de sexos y grado, el reparto es por cabezas⁹³, y si no hay herederos forzosos, recibirán toda la herencia⁹⁴.

Así, por ejemplo⁹⁵, tomemos el caso de un varón que muere intestado, estando vivos su padre, su madre, su mujer, un hijo varón y un hermano. Las cuotas que toman los herederos forzosos, de acuerdo con las reglas que antes he explicado, son un sexto para el padre, un sexto para la madre y un octavo para la viuda. Si lo reducimos a común denominador, las cuotas serían 4/24 para el padre, 4/24 para la madre y 3/24 para la viuda. De este modo, el hijo, que es el residuario de grado más próximo vivo, tomaría el resto de la herencia, es decir, 13/24, excluyendo al resto de varones agnados de grado más lejano.

Aunque en principio los residuarios se limitan a «recoger» lo que queda de la herencia una vez repartidas las legítimas, en algunos casos, coincide en una misma persona la cualidad de heredero con derecho a cuota y la de residuario, lo que da derecho a recibir la cuota a título de heredero forzoso y luego acudir al reparto de lo que quedó sin adjudicar a los herederos *farīda* como residuario. Es el caso, por ejemplo, del padre del causante en concurrencia con una o varias hijas o con una o varias nietas⁹⁶.

⁹⁰ Los llama «herederos no legitimarios» o «abarridores» PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 22.

⁹¹ Vid. el art. 335 de la *Mudawana*.

⁹² VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 310.

⁹³ MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 111.

⁹⁴ Así lo señala MANDIROLA BREUX, P., *Introducción al Derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 115.

⁹⁵ Tomo el ejemplo de POWERS D. S. *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, cit., págs. 9-10.

⁹⁶ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 218.

Dentro de los residuarios o herederos agnaticios se suele diferenciar en tres grupos. El primer grupo son los residuarios por derecho propio⁹⁷ o «agnados por sí mismos» (*'asaba bi-l nafs*⁹⁸). Son los varones agnados, entre los que se suele incluir (vid., por ejemplo, la lista del art. 338 de la *Mudawana*), al hijo, los nietos (no nietas) y ulteriores descendientes masculinos, el hermano de doble vínculo, el hermano consanguíneo, los hijos o ulteriores descendientes del hermano consanguíneo o de doble vínculo, el tío paterno carnal, el tío paterno consanguíneo y los hijos y ulteriores descendientes agnados de estos dos.

Estos «agnados por sí mismos» se dividen a su vez normalmente en cuatro categorías, según su orden de prioridad en la toma del caudal hereditario (su «calidad agnaticia»).

El primer grupo (la «calidad filial», según el art. 275 del Código sirio o el art. 30 del Código kuwaití) lo forman el hijo, los nietos y ulteriores descendientes varones del causante. El segundo grupo lo forman los ascendientes agnaticios, como el padre y el abuelo agnaticio (la «calidad paterna»). En tercer lugar (la «calidad fraterna») se forma un grupo con los descendientes varones del padre del causante (es decir, los hermanos del causante, de doble vínculo o sólo consanguíneos y los hijos y nietos de estos). Por último, en cuarto lugar (la calidad de tío paterno) se encuentran los descendientes del abuelo paterno (a veces llamado «abuelo verdadero»⁹⁹), es decir, tíos paternos del causante (de doble vínculo o consanguíneos), los tíos abuelos paternos del causante y sus respectivos hijos y nietos¹⁰⁰. En la *Mudawana* marroquí, sin embargo, los agnados por sí mismos (art. 349) se dividen en seis grupos, incluyendo en el último de ellos al Tesoro público.

El segundo grupo de residuarios son los «agnados por causa de otro» o «agnados por otro» (*'asaba bi-l-ğayr*¹⁰¹). Son normalmente muje-

⁹⁷ Motilla y Lorenzo se refieren a ellos como los «*asab* por causa de otro». Vid. MOTTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 111.

⁹⁸ Así se refiere a ellos en la traducción del art. 274 del Código sirio RUIZ ALMODÓVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 45m 1996, pág. 274.

⁹⁹ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 213.

¹⁰⁰ POWERS, D. S., *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, cit., pág.9.

¹⁰¹ Utilizo la terminología de RUIZ ALMODÓVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 45, 1996, pág. 274.

res agnadas, que necesitan a un agnado varón vivo para poder heredar y compartir con él una cuota. En algún caso (como en el de la hija) se trata de potenciales herederos forzosos que se ven desplazados a esta categoría al concurrir con otro residuario varón.

Es el caso de la hija que concurre con su hermano (hijo del causante), la hija del hijo con un hijo del hijo, la hermana de doble vínculo con el hermano (del causante) y la hermana consanguínea con el hermano consanguíneo¹⁰². Comparten con su coresiduario los bienes que quedan después de que los herederos forzosos tomen su parte, tomando el varón doble de cuota que la mujer¹⁰³ (art. 277.2 del Código sirio, art. 351 de la *Mudawana*)

El tercer grupo de residuarios son los «agnados con otro» (*'asaba ma'a l-ğayr*¹⁰⁴), que son siempre mujeres. Son fundamentalmente la hermana de doble vínculo (carnal) y la hermana consanguínea (que son herederas principales, como vimos, pero sólo en ausencia de varones agnados). Tanto la hermana de doble vínculo como la hermana consanguínea se convierten en residuarios cuando concurren con las hijas del causante o las hijas del hijo del causante (o ulteriores, como nietas del hijo del causante) como ocurre por ejemplo en el art. 352 de la *Mudawana*.

Las relaciones entre herederos principales y residuarios producen situaciones prácticas de extrema complejidad, que han sido resueltas en la jurisprudencia de las distintas escuelas. En ocasiones, estas soluciones jurisprudenciales o «casos especiales» se han incorporados en los Códigos de Estatuto personal, con al objeto de facilitar la labor al intérprete del Derecho.

Así, podemos poner por ejemplo el «caso el-malikiya», del art. 362 de la *Mudawana*. Se trata de un supuesto en el que estamos en presencia del abuelo, el viudo, la madre o la abuela (que se excluyen mutuamente), uno o más hermanos consanguíneos y uno o más hermanos y hermanas uterinos. Ante esta combinación, la regla de sucesión es que el esposo reciba la mitad del haber hereditario, la madre la sexta parte y el abuelo lo que quede. En esta situación de concurrencia, por tanto, los hermanos uterinos no tomarán nada, al ser excluidos de la herencia por el abuelo. Del mismo modo, el hermano consanguíneo no tomará nada.

¹⁰² CILARDO explica bien los casos y las porciones que tienen que tomar estos residuarios en CILARDO, A., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malkita, safiita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zhairita e ibadita*, cit., págs. 152-156.

¹⁰³ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 213.

¹⁰⁴ Así se refiere a ellos en la traducción del art. 274 del Código sirio RUIZ ALMODOVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», cit., pág. 274.

iii) *Parientes uterinos*

Los *parientes uterinos* (*rahim*) se definen negativamente como aquellos cognados (literalmente son parientes «con derecho de útero¹⁰⁵») que no son sucesores con derecho a cuota ni residuarios¹⁰⁶. Se trata de los descendientes del causante por vía femenina, y se dividen en cuatro grupos, al menos en la escuela hanafí (art. 290 del Código sirio), que se preceden los unos a los otros en la sucesión.

La primera categoría son los hijos varones de las hijas, los hijos de la nieta y los descendientes de ambos. La segunda categoría la forman algunos de los ascendientes del difunto, como el abuelo uterino o materno y la abuela materna así como sus respectivos ascendientes. En tercer lugar, los hijos o hijas de las hermanas del causante, los hijos de los hermanos uterinos, y las hijas de los hermanos de doble vínculo o consanguíneos. La última categoría la forman los descendientes de los abuelos o abuelas del difunto, y los ascendientes de dichos abuelos o abuelas.

Si sólo hay uno de estos parientes uterinos presente en la sucesión (por ejemplo, el hijo de una hija) tomará toda la herencia, bajo la condición de que no haya ningún heredero forzoso o residuario (art. 289.1 del Código sirio, art. 319 del Código kuwaití). El pariente de grado más cercano excluye al de grado más remoto, y si son de igual grado, el hijo de un heredero principal tiene preferencia (art. 290 del Código sirio, art. 321 del Código kuwaití). Si todos son descendientes de herederos forzosos, o hay varios, heredarán por partes iguales, como señala el art. 321 del Código kuwaití, el art. 291 del sirio o el art. 168 del argelino¹⁰⁷.

En algunos Códigos de Estatuto Personal, además, cuando el cónyuge no ha sido incluido en la doctrina del *radd* o retorno (a la que me referiré a continuación) se le suele dar la cuota máxima a la que tiene derecho por esta vía¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Así el menos traduce Ruiz Almodóvar el art. 263 del Código sirio, uno de los Códigos donde aparece citada esta categoría. Vid. RUIZ ALMODÓVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», cit., pág. 272.

¹⁰⁶ DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, cit., pág. 247.

¹⁰⁷ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 214.

¹⁰⁸ CILARDO, A., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malkita, safiita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zhairita e ibadita*, cit., pág. 368.

b) Reglas de armonización del sistema

Como he mencionado ya en repetidas ocasiones, en los países de la tradición islámica abundan las situaciones de concurrencia de parientes con derecho a distintas cuotas, situaciones que han sido resueltas de forma casuística por la jurisprudencia islámica utilizando una serie de reglas doctrinales que tratan de armonizar y cuadrar el sistema. Una de las más importantes es la doctrina de la reducción proporcional de las porciones (*'awl*). Si al calcular las cuotas de todos los herederos forzosos, se supera la unidad, debe reducirse proporcionalmente la cuota de cada uno¹⁰⁹, aumentando el denominador común.

Así, pone el padre LÓPEZ ORTIZ¹¹⁰ el ejemplo de la concurrencia del marido y dos hermanas de la fallecida, supuesto en el que el marido toma la mitad del haber hereditario, y las hermanas 2/3. Si obtenemos el denominador común, el marido tomaría 2/6 y las hermanas 4/6, lo que da un total de 7/6. En este caso lo que habrá que hacer será aplicar como denominador común el 7, de manera que el marido tomaría 3/7 de la herencia, y cada una de las hermanas 2/7.

Otro ejemplo similar es el que el art. 368 de la *Mudawana* llama «caso al-minbariya», que señala que cuando el causante deja viuda, ambos padres y dos hijas sus partes a título de *Fardh* (legítimas) se cambiarán de veinticuatro a veintisiete. El caso lo explica LARAKI¹¹¹ en sus anotaciones a *La Risala* como sigue «En este caso el difunto deja una esposa, sus padres y dos hijas. Las hijas perciben 2/3, cada padre recibe 1/6 y la esposa, 1/8. Como puede verse al reducir las fracciones a común denominador, las partes de los herederos superan la unidad: las hijas perciben 16/24, cada padre recibe 4/24 y la esposa percibe 3/24: $16/24+4/24+4/24+3/24=27/24$. Por lo tanto, el total del patrimonio se divide en 27 porciones, dando a cada heredero la porción que le corresponde. Como puede verse, hay un aumento de las porciones en que se ha de dividir el patrimonio con la subsiguiente reducción proporcional que cada heredero sufre en su porción».

Otra regla importante es que en el sistema sucesorio de la *Ŝarī'a* puede ocurrir que un heredero sea excluido o vea su cuota reducida por otro heredero de grado preferente. Es la llamada doctrina de la evicción (*hayb*¹¹² o *hajb*), que, según la definición del art. 311 a) del Cód-

¹⁰⁹ DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, cit., pág. 203.

¹¹⁰ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 220.

¹¹¹ LARAKI PERRELLON, A., en sus anotaciones a IBN ABIZ ZAID AL-QAYRĀWĀ NI, *La Risāla*, ed. *Kutubia Mayurqa*, cit., pág. 483, nota 72.

¹¹² Utilizo la terminología de la traducción del art. 281 del Código sirio de RUIZ AL-MODÓVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», cit., pág. 275.

digó kuwaití, consiste en que una persona que tenga capacidad de heredar no herede por causa de la existencia de otro heredero. En un sentido similar, dice el art. 355 de la *Mudawana* que la evicción consiste en excluir total o parcialmente a un heredero de la sucesión por la existencia de otro. La evicción (art. 356 de la *Mudawana*) puede desembocar en una privación total de los derechos sucesorios a favor de otro heredero (evicción total) o una disminución de su porción (evicción parcial).

La aplicación de la doctrina de la evicción responde a una casuística muy compleja, que es detallada en los distintos Códigos de Estatuto Personal de acuerdo con la tradición jurídica de cada escuela.

Así, por ejemplo en el Derecho marroquí hay una serie de herederos que están protegidos frente a la evicción total, para garantizar que siempre tomen algo en la sucesión (el hijo, la hija, el padre, la madre el viudo y la viuda, art. 357 de la *Mudawana*), pero luego los casos se desglosan con gran detalle en la legislación.

En concreto, el art. 358 de la *Mudawana* señala que se produce la evicción total en dieciséis supuestos, que incluyen el del nieto, que es excluido por el hijo (expresión de la regla más general de que el varón de grado más próximo excluye al de grado más remoto); el de la nieta (que es excluida por el hijo o por dos hijas, siempre que no sea coheredera con un heredero de su mismo grado o inferior en concepto de residuaria), etc.

A continuación (art. 359 de la *Mudawana*) se señalan los «casos» de la evicción parcial, que incluyen un total de nueve posibles situaciones (así, por ejemplo, como hemos señalado ya, la madre ve reducida su tercio al sexto cuando sea coheredera con el hijo, el nieto (hijo del hijo), la hija, las hijas de los hijos o con dos o más hermanos y hermanas carnales, consanguíneos o uterinos.

Hay que tener en cuenta además en ocasiones un heredero es desplazado, pero aún «se hace presente en la sucesión» reduciendo la cuota de otro legitimario. Así ocurre, por ejemplo, si el causante muere sin hijos, viviendo padre, madre y dos hermanas. Las hermanas de doble vínculo quedan excluidas a favor del padre (art. 286 del Código sirio, art. 317 a) del código kuwaití) y, pese a no tomar nada en concepto de legítima, su presencia reduce la cuota de la madre de un tercio a un sexto, yendo los cinco sextos restantes al padre como heredero residuario¹¹³.

En ocasiones, la presencia de una cierta combinación de herederos forzosos provoca la necesidad de acudir a la doctrina del *radd* o

¹¹³ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 207.

retorno¹¹⁴. Se da cuando al sumar las cuotas de los herederos legítimos se encuentra que son menores que la unidad, pero no hay ningún heredero en el grupo siguiente, el de los residuarios. Al estar vacío el conjunto de los residuarios, los bienes «retornan» a los herederos con derecho a cuota, que se los reparten ahora como «residuarios» en proporción a la cuota que tomaron en primer lugar¹¹⁵, agotando los bienes de la sucesión y excluyendo por tanto al Estado o parientes lejanos.

Aunque la doctrina del *radd* en la *Ŝari'a* y en la mayoría de los Códigos modernos no incluye al cónyuge superviviente (vid., por ejemplo, el art. 288 del Código sirio, 318 del Código kuwaití), en algunos Códigos (art. 143A del Código tunecino) y, para evitar situaciones de desamparo¹¹⁶ se incluye al viudo o viuda en este mecanismo.

En principio en la *Ŝari'a* no hay como tal derecho de representación en la sucesión forzosa, de modo que los hijos o nietos del hijo premuerto no toman la parte de su padre o de su abuelo en la sucesión¹¹⁷.

Sin embargo, los códigos modernos de la mayoría de los países consiguen un efecto similar al de la representación por medio de un legado obligatorio (*wassiya wajiba*), que a veces incluye no sólo a los parientes agnados, sino incluso a algunos cognados.

Así ocurre por ejemplo con el art. 369 de la *Mudawana*, que establece un legado obligatorio para los nietos (hijos de hijos o de hijas) en caso de premoriencia o comoriencia de dichos hijos o hijas, por el mismo importe del derecho hereditario de su ascendiente premuerto, aunque siempre dentro del límite del tercio de libre disposición que rige la sucesión testamentaria (art. 370 de la *Mudawana*). Los nietos o nietas no tienen sin embargo derecho a dicho legado obligatorio en el caso de que el abuelo o abuela les hubiera dejado mediante donación en vida bienes por un valor igual al que les correspondería de acuerdo con esta disposición (art. 371).

Otros ejemplos de legados obligatorios a favor de los descendientes de los hijos premuertos lo encontramos en el art. 257 del Código de Estatuto Personal sirio, que los establece a favor de los nietos, recibiendo el varón una parte igual a la de dos mujeres. Como

¹¹⁴ Lo llama «restitución» RUIZ ALMODÓVAR, C., «El Código sirio de estatuto personal», cit., pág. 275.

¹¹⁵ DURAND, B., *Droit musulman. Droit Successoral*, cit., pág. 205.

¹¹⁶ Así ocurre por ejemplo en el art. 143A del Código de Estatuto Personal Tunecino.

¹¹⁷ VV.AA., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, pág. 326.

ocurría también en la *Mudawana*, se pierde el derecho al legado obligatorio si se recibieron los bienes en vida o si el testador les hizo un legado voluntario.

Además, y como consecuencia lógica del sistema que hemos explicado hasta ahora, los conceptos romanos de preterición o desheredación ni siquiera se contemplan, pues en ningún caso puede apartarse a los herederos con derecho a cuota por vía de testamento¹¹⁸.

La sustitución fideicomisaria tampoco es reconocida de manera general en los Códigos de Estatuto personal, aunque en Marruecos se establece un derecho de sustitución¹¹⁹ (*tanzil*), que permite a alguien que no tiene la condición de sucesor instituirle por vía testamentaria en tal cualidad (vid., por ejemplo, el art. 315 de la *Mudawana*).

Este *tanzil* tiene que establecerse de manera formal en el testamento con una fórmula determinada, como «esta persona heredará con mi hijo o mis hijos» o, «deseo incluir a esta persona entre mis herederos», como señala el Código marroquí.

El instituido mediante *tanzil* se «asimila» a un heredero, incluso cuando es un heredero forzoso a título de *fardh* (art. 317 de la *Mudawana*) y se le aplican los mismos preceptos que a éste. La cuota que se le da al beneficiario del *tanzil* puede ser la misma que el del heredero forzoso al que se le ha asimilado (con lo que habrá que reducir proporcionalmente las cuotas de los demás herederos forzosos para «hacer sitio» al nuevo) o bien se le puede enviar a «compartir» la cuota con su heredero asimilado, de manera que el resto de la sucesión se difiere como si no hubiera *tanzil*¹²⁰.

El Código marroquí permite recurrir a esta asimilación incluso cuando no hay herederos forzosos (art. 318), dando entrada a la persona en la sucesión de acuerdo con su parentesco y sexo, incluyendo la regla de que el varón toma cuota doble que la mujer (la regla que en la *Mudawana* se conoce como la «regla de *Tafadol*», art. 316 *in fine*).

¹¹⁸ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, cit., pág. 107

¹¹⁹ Algún autor se refiere a él como «derecho de asimilación». Vid. LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *Derecho de familia y sucesiones de Marruecos*. «La *Mudawana*», *Cuadernos de Derecho Comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pág. 106.

¹²⁰ LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *Derecho de familia y sucesiones de Marruecos*. «La *Mudawana*», cit., pág. 107.

C. Liquidación y partición

La liquidación se hará por una persona designada por el tribunal previo acuerdo de los herederos. El liquidador tiene la capacidad de hacer un inventario y avalúo de los bienes (art. 377 de la *Mudawana*) pudiendo reivindicar aquellos que estuvieran en manos de terceros. Si no hay acuerdo, decidirá el Tribunal como crea más conveniente (art. 375 de la *Mudawana*). Antes de la liquidación los herederos no tienen la gestión de los bienes hereditarios, y no pueden disponer de ellos, salvo necesidad imperiosa y urgente. Tampoco pueden cobrar los créditos o pagar las deudas de la herencia, tarea que corresponde al liquidador (art. 376 de la *Mudawana*).

El liquidador debe hacer frente a los gastos del funeral, las deudas y pagar los legados¹²¹ (ese es el orden de pago dispuesto en el art. 262.1 del Código de Estatuto Personal sirio, art. 87 del iraquí, art. 180 del argelino; art. 291 del kuwaití; art. 345 del sudanés y art. 1.099 del Código Civil jordano). Sin embargo, en el rito malikí se deben pagar antes las deudas que los gastos del funeral (así, por ejemplo, art. 321 de la *Mudawana*)¹²². El liquidador también deberá cobrar las deudas que estén en el inventario, según vayan llegando a su vencimiento (art. 387 de la *Mudawana*).

A este respecto es importante señalar que las deudas del causante son pagadas por el liquidador únicamente con los bienes que haya en caudal hereditario, de manera que no se asumen personalmente por los herederos. De ahí que se haya señalado que existe una suerte de beneficio de inventario que funciona *ipso iure*, puesto que el pasivo de la herencia no grava al heredero de forma personal¹²³. De ahí también que no tenga sentido hablar de un heredero universal. Los herederos no pueden además solicitar el beneficio de inventario ni repudiar a la herencia onerosa para no hacer frente a las deudas de la misma¹²⁴.

Para organizar de forma más concreta el pago de las deudas se recurre en primer lugar a los créditos que se deben a la herencia, al dinero que haya en ella y a lo obtenido con la venta de los bienes muebles. Si no hay suficiente con ello, se recurrirá a la venta de los bienes inmuebles en subasta pública, en subasta entre los herederos o a precio de

¹²¹ Así lo señala PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 21.

¹²² NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, cit., pág. 202.

¹²³ MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106.

¹²⁴ PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 27.

mercado, fijado por un perito (art. 391 de la *Mudawana*). Lo que quede tras el pago de gastos de funeral, deudas y legados será distribuido entre las distintas clases de herederos (art. 323 de la *Mudawana*).

En cuanto a la partición, en la práctica se manejan una serie de tablas que contienen las posibles combinaciones de cuotas, parientes y concurrencias que simplifican en buena medida las complejas operaciones particionales¹²⁵. Dichas operaciones particionales pueden suspenderse hasta que se resuelva la situación del concebido y no nacido o cuando uno de los sucesores está ausente. También se prevé protección para el menor heredero que no tiene un tutor testamentario y para el ausente (art. 374 de la *Mudawana*).

2. Reglas sobre el testamento

La regla básica de la sucesión testamentaria en la *Ŝarī'a* es que el testador (*muwasī*) sólo tiene libertad de disposición sobre un tercio de sus bienes, y dicha disposición sólo puede hacerse por medio de legados. Se trata ésta de una norma que es respetada en la inmensa mayoría de los Códigos de Estatuto Personal modernos (art. 183 del Código de Estatuto personal tunecino, art. 277 de la *Mudawana*, art. 238 del Código sirio, art. 287 del sudanés, art. 247 del kuwaití).

Y ello porque al existir un sistema de sucesión previsto imperativamente por la ley que distribuye la propiedad entre los distintos herederos forzosos de acuerdo con un sistema de cuotas, el testamento (*wasiyya*) no puede instituir un heredero ni siquiera en ese tercio de libre disposición¹²⁶, por lo que sólo en sentido impropio podemos hablar de que exista una sucesión testamentaria¹²⁷.

El cálculo de este tercio de libre disposición se fija reduciendo los derechos que gravan la herencia y todos los pagos que son preferentes a la entrega de los legados (art. 301 de la *Mudawana*). Cuando los distintos legados ordenados por el testador no caben en el tercio de libre disposición, se han de reducir a prorrata de su cuantía¹²⁸.

A partir de dicho punto de partida, las reglas sobre ordenación del testamento varían entre los distintos Códigos, pero en casi todos los ca-

¹²⁵ Así lo señala LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 221.

¹²⁶ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 223.

¹²⁷ En el mismo sentido, vid. MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106.

¹²⁸ MOTILLA, A., y LORENZO, PÁG., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106.

sos se regula la cuestión de la capacidad del testador, la forma del testamento, su revocación y la capacidad para recibir el legado.

En relación con la capacidad del testador, parece que no es necesario que el testador tenga capacidad de obrar plena, basta con que sea capaz de discernir libremente. Se admite por tanto el testamento del demente durante un periodo de lucidez y el del pródigo (art. 279 de la *Mudawana*, art. 287 del Código sudanés)¹²⁹. En algunos Códigos de Estatuto Personal (por ejemplo, art. 211.2 del Código sirio, art. 217 del Código kuwaití) si el testador está incapacitado por prodigalidad o necesidad, el testamento aún puede ser válido si lo autoriza el juez.

En cuanto a la forma, el testamento en el Derecho islámico no está sujeto del carácter formal propio del derecho romano. Puede ser realizado válidamente incluso de forma oral¹³⁰ o por gestos (por ejemplo, art. 208 del Código sirio, art. 214 del Código kuwaití, art. 298 de la *Mudawana*). Deberá hacerse ante dos testigos (art. 296 de la *Mudawana*) y si se hace de forma escrita no es necesario que esté firmado¹³¹.

La revocación del testamento se admite de forma general en los Códigos de Estatuto Personal (así, por ejemplo, en el art. 220 d) del Código sirio, art. 287 de la *Mudawana*, art. 228 del Código kuwaití), lo que supone el retorno de los bienes legados al caudal hereditario del testador (art. 224 del Código sirio). Se admite la revocación por *facta concludentia*, mediante la venta de la cosa legada (art. 287 de la *Mudawana*).

En cuanto la capacidad para ser legatario, en caso de diferencia de religión la mayoría de los Códigos sí permiten el legado a un no musulmán¹³² (por ejemplo, art. 215 del Código sirio, aunque exige reciprocidad si el legatario es extranjero), estableciendo así una norma contraria a la vigente para los dos tercios de patrimonio que se difieren por las reglas de la sucesión forzosa.

También se admite el legado al concebido y no nacido, supuesto en el que los herederos tienen el usufructo del legado hasta que se verifique el nacimiento del legatario (art. 304 de la *Mudawana*).

¹²⁹ Así lo señalan también LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 224 y PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 15.

¹³⁰ Aunque algunos códigos modernos, como el art. 65.1 del Código de Estatuto persona iraní exigen que se haga por escrito y firmado o marcado con huella digital, lo que merece las críticas de los tradicionalistas, que señalan que es consenso entre las cuatro escuelas suníes el principio de libertad de forma (vid. por ejemplo la crítica de MALLAT, C., «Shi'ism and Sunnism in Iraq: Revisiting the Codes», cit., pág. 88).

¹³¹ KADER, S. A., *The Law of Wafks. An Analytical and Critical Study*, cit., pág. 53

¹³² Así lo señala en nuestra doctrina PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 19.

Por el contrario, tradicionalmente no se admite el legado hecho a favor de un heredero legítimo¹³³ (lo que podríamos denominar como «prelegado»), de acuerdo con la máxima «no hay legado a favor del heredero¹³⁴». Así se dispone, por ejemplo, en el art. 189 del Código argelino.

Sin embargo, muchos Códigos de Estatuto Personal han admitido el prelegado o legado a favor de un heredero legítimo, siempre que quepa en el tercio de libre de disposición. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 280 de la *Mudawana*. De hecho, si los demás herederos legítimos lo confirman¹³⁵, puede incluso que el prelegado supere el tercio de libre disposición entendiéndose entonces como un acto de liberalidad hecho por el resto de los sucesores con derecho a cuota a favor del legatario¹³⁶. Así ocurre por ejemplo en el art. 179 del Código tunecino, art. 70 del iraquí, art. 287 del sudanés y en el art. 247 del Código kuwaití.

Se requiere además normalmente la aceptación del legatario para adquirir el legado (art. 288 de la *Mudawana*, art. 230 del Código kuwaití). Esta facultad de aceptar o repudiar el legado se transmite a los herederos si el beneficiado con el legado fallece (art. 289 de la *Mudawana*), pero sólo tiene efecto si se hace después del fallecimiento del testador (art. 290 de la *Mudawana*).

El testamento puede servir también como medio de designar a un albacea que ejecute la voluntad del causante, albacea que puede asumir la tutela de las personas sometidas a la autoridad del causante¹³⁷. Si no se elige a un ejecutor del testamento y no hay acuerdo entre las partes, será designado por el juez (art. 298 de la *Mudawana*).

La *Šarī'a* contempla además otras normas dispersas relativas al testamento que, por ejemplo, obligan a una persona en peligro de muerte a testar en favor a sus padres y parientes y condenan a quien altere un testamento ajeno expresado en forma oral¹³⁸. También se contienen

¹³³ Así lo han señalando en la doctrina española LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 223 y MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 106 y en la extranjera RADFORD, M., «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», pág.168 y POWERS D. S., *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, cit., pág. 14.

¹³⁴ POWERS, D. S., «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach», cit., págs. 22 y 26.

¹³⁵ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, pág. 327. En el mismo sentido, en la doctrina española, PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», cit., pág. 17.

¹³⁶ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 223.

¹³⁷ LÓPEZ ORTIZ, P.J., *Derecho musulmán*, cit., pág. 224.

¹³⁸ Así lo señala POWERS D. S. *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, cit., pág. 11.

previsiones para animar a la reconciliación entre los herederos que entran en disputa sobre las previsiones testamentarias y para permitir que el testador estipule una renta para mantener a la viuda hasta un máximo de un año después de su muerte, siempre que la viuda permanezca en casa del causante¹³⁹.

3. Otras instituciones con repercusión en el campo sucesorio

Hay una máxima en la doctrina de derecho de sucesiones islámico que dice que el conocimiento de las cuotas legitimarias de los distintos herederos constituye únicamente la mitad del conocimiento del sistema *mortis causa* de transmisión de los bienes¹⁴⁰.

En efecto, las reglas sucesorias en los países de tradición islámica tratan de favorecer la unidad del grupo familiar fortaleciendo los vínculos entre los agnados, pero, pese a ello, la libertad que existe respecto de los actos de disposición *inter vivos* provoca que el sistema de distribución de la propiedad *mortis causa* sea mucho más flexible de lo que en un principio pudiera parecer.

Así, en la práctica los musulmanes utilizan diversas figuras jurídicas para ordenar su patrimonio tras su fallecimiento de un modo distinto al sistema de cuotas previsto por las legislaciones basadas en la *Ṣarī'a*. Las dos más relevantes son las donaciones y el habiz familiar o *waqf*.

Las donaciones *inter vivos* (*hiba*¹⁴¹) son generalmente utilizadas para evitar las rigideces del sistema de herencia legítima, aunque el donante no puede favorecer a un hijo en perjuicio de otros¹⁴². Puesto que no hay límites a la donación, ni estas son colacionables después, el causante puede disponer en vida de todo su patrimonio. La única limitación es que no haga la donación en el lecho de muerte, pues, en este, caso se considerará legado, debiendo entonces imputarse al tercio de libre disposición¹⁴³ (así, el art. 288 del Código sudanés).

¹³⁹ Vid. POWERS D. S. *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, cit., pág. 11.

¹⁴⁰ CHAUDHRY, Z., «The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance in Islamic Law», cit., pág. 527.

¹⁴¹ Señala LINANT DE BELLEFONDS que es difícil dar una definición de donación que sea válida en los cuatro ritos, aunque en todos ellos tiene las características de ser un acto de disposición hecho a título gratuito. Vid. LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Des donations en droit musulman*, Ed. D. Photiadis & Co, El Cairo, 1935, pág. 16.

¹⁴² La donaciones *inter vivos* no eran colacionables ni imputables a la legítima. POWERS, D. S., «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach», cit., pág. 19-20.

¹⁴³ VV.AA., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 327.

Por su parte el habiz familiar o *waqf*¹⁴⁴ es una figura que se utiliza fundamentalmente para evitar que el sistema de cuotas divida el patrimonio de forma excesiva¹⁴⁵, especialmente respecto de las explotaciones agrícolas de los bienes inmuebles rústicos. También se utiliza para beneficiar a los familiares más próximos, huyendo de los principios de la sucesión agnaticia¹⁴⁶, para mejorar la situación de las hijas menores de edad o para incluir en el disfrute del patrimonio a parientes o amigos que no son herederos forzosos.

Este habiz es básicamente una donación o legado de usufructo perpetuo sobre un bien inmueble. Una vez constituido sobre un bien o patrimonio concreto, éste deviene inalienable¹⁴⁷, inembargable¹⁴⁸ e imprescriptible¹⁴⁹, de modo que cuando se constituye por actos *inter vivos* no se computa dentro de la cuota legitimaria, ni resulta colacionable en la sucesión. Ello provoca que, por hipótesis, el causante pueda distribuir todo su patrimonio en vida¹⁵⁰, constituyendo sus bienes en habiz y dando el usufructo universal a los beneficiarios, huyendo así *de facto* de la aplicación de las reglas sucesorias.

Sin embargo, cuando el habiz familiar se constituye en testamento se aplican las normas sucesorias generales, de modo que los bienes dados en habiz se consideran legados, que no pueden sobrepasar el tercio

¹⁴⁴ En realidad existen dos clases distintas de habiz por el tipo de beneficiario de los bienes usufructuados, el dedicado a fines píos (*hubs jayrī*, también llamado habiz público) y el dedicado a fines de provisión familiar (*hubs ahlī* o *hubs ḍurri*, castellanizado como habiz familiar, privado, o «fundación familiar»). Vid. AVINI, A., «The Origins of the Modern English Trust Revisited», *Tulane Law Review*, núm. 70, 1996, pág. 1153. Utiliza también esta terminología CARBALLEIRA DEBASA, A. M.^a, *Legados píos y fundaciones familiares en al-Andalus (Siglos IV/X-VI/XII)*, cit., pág. 19.

¹⁴⁵ MORAND, M., *Etude sur la nature juridique du habous*, cit., pág. 3. En el mismo sentido CARBALLEIRA DEBASA, A. M.^a, *Legados píos y fundaciones familiares en al-Andalus (Siglos IV/X-VI/XII)*, cit., pág. 25.

¹⁴⁶ Así lo señala GARCÍA SANJUÁN, A., *Hasta que Dios herede la Tierra. Los bienes habices en al-Andalus (siglos X-XV)*, cit., pág. 115. En el mismo sentido, CHARLES, R., *Le Droit Musulman*, cit., pág. 81.

¹⁴⁷ MORAND, M., *Etude sur la nature juridique du habous*, cit., pág. 24. Señala POWERS sin embargo que ABŪ ḤANĪFA no creía en esta inalienabilidad del bien constituido en habiz (POWERS, D. S., «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach», cit., pág. 22).

¹⁴⁸ Por ello el bien habiz no puede ser objeto de hipoteca u otro derecho real. Vid. SCHOENBLUM, J. A., «The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust», cit., pág. 1209.

¹⁴⁹ BARBAR, K. T./KEPEL, G., *Les Waqfs dans l'Egypte contemporaine*, cit., pág. 13; KADRI PACHA, M., *Du Waqf*, cit., pág. 4.

¹⁵⁰ MORAND, M., *Etude sur la nature juridique du habous*, cit., pág. 24.

de libre disposición¹⁵¹ (art. 70 del Código de Estatuto Personal iraquí¹⁵², arts. 179 y 187 del Código tunecino, art. 247 del kuwaití).

No obstante, los herederos forzosos pueden convalidar el habiz hecho en testamento en todo lo que exceda del tercio de libre disposición¹⁵³ mediante su consentimiento unánime. Estamos entonces ante un acto de liberalidad similar al de la convalidación del prelegado que excede el tercio de libre disposición. También será válido el habiz testamentario que exceda del tercio de libre disposición cuando no haya herederos forzosos¹⁵⁴.

IV. LA APLICACIÓN DEL ART. 12.3 CC Y EL RESPETO DEL ORDEN PÚBLICO

Una vez que hemos determinado cómo puede un juez o tribunal español enfrentarse con una sucesión que tiene como ley material aplicable un Derecho extranjero basado en la *Ŝarī'a* ex art. 9.8 CC y que hemos expuesto, de forma sumarisíma siquiera, cuáles son las reglas y principios comunes a los sistemas sucesorios de estos países podemos analizar con mayor detalle cuál debe ser el papel que corresponde al orden público internacional, y, en especial, a la previsiones de la Constitución, a la hora de filtrar o tamizar algunas de las reglas presentes en los Códigos de estatuto personal que resultan incompatibles con los principios y valores constitucionalmente establecidos, como requiere el art. 12.3 CC.

1. Elementos susceptibles de control constitucional

Como se desprende de lo que hemos expuesto hasta ahora, el test de compatibilidad entre el derecho sucesorio basado en la *Ŝarī'a* y la Constitución española va a presentar en la práctica notables variaciones *in casu*, dependiendo de la nacionalidad del causante.

¹⁵¹ HOEXTER, M., *Endowments, Rulers and Community. Waqf al Haramayn in Ottoman Algiers*, cit., pág. 16; KADRI PACHA, *Du Waqf*, cit., pág. 17.

¹⁵² Promulgado por Ley núm. 188 de 19 de diciembre de 1959. He utilizado la traducción de RUIZ-ALMODÓVAR, C., «El Código Iraquí de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 48, 1999, pág. 332. Dice dicho art. 70 que «No se permite el testamento por más del tercio disponible salvo con la autorización de los herederos y se considerará al Estado heredero de quien no tiene herederos».

¹⁵³ KADER, S. A., *The Law of Wafks. An Analytical and Critical Study*, cit., pág. 53.

¹⁵⁴ KADER, S. A., *The Law of Wafks. An Analytical and Critical Study*, cit., pág. 53.

Por este motivo nuestro análisis se va a centrar en aquellos principios sucesorios contenidos en la mayoría de Códigos de Estatuto personal que resultan incompatibles con el orden público internacional en España por no respetar el elenco de Derechos Fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

Ello nos llevará a revisar algunos casos concretos, como la desigualdad de género establecida en ciertos supuestos en el reparto de cuotas entre los herederos forzosos, los derechos de los hijos o parientes sin vínculo legítimo de consanguinidad o matrimonio o los impedimentos para suceder por razón de diferencia de religión.

A. Desigualdad de la mujer en el fenómeno sucesorio

El orden público constitucional vigente en España va a ejercer su fuerza controladora respecto de la regla de que la mujer toma la mitad de la cuota que le corresponde al varón en determinados casos en los que hay igualdad de grado de parentesco con el causante¹⁵⁵.

Se trata de una norma que tradicionalmente se ha tratado de justificar señalando que los varones en la familia islámica tienen la carga del sostenimiento económico de las mujeres que dependían del causante (por ejemplo, esposas e hijas del *de cuius*¹⁵⁶) pero en nuestro sistema dicha diferencia por razón de género no puede concretarse en una atribución de una cuota doble¹⁵⁷ a la mujer respecto del varón dentro del mismo grado de parentesco¹⁵⁸.

El juez español podrá por tanto respetar en lo sustancial el sistema distribución de cuotas previsto por el Derecho extranjero, pero igualando la cuota de varones y mujeres dentro del mismo grado de parentesco. Así ha sido declarado además por los Tribunales de países con sistemas constitucionales similares al nuestro, como Alemania y Francia¹⁵⁹.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 197

¹⁵⁶ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, cit., pág. 264.

¹⁵⁷ Obviamente no es argumento válido para llegar a esta conclusión la cuota doble que prevé en caso de sucesión intestada el art. 949 CC, en el que la atribución de dicha cuota doble a unos hermanos respecto de otros no es debida al géneros, sino que se justifica suficientemente por la existencia del vínculo doble o únicamente sencillo respecto del causante.

¹⁵⁸ En el mismo sentido, CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado (Vol. II)*, cit., pág. 434.

¹⁵⁹ Vid. esta jurisprudencia en VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., págs. 317-319.

La misma solución debe seguirse en los supuestos en los que, a igualdad de grado en el parentesco con el causante, se llama a la sucesión a los varones, y no a las mujeres (por ejemplo, se llama a la sucesión como *'asaba* al tío paterno, pero no a la tía paterna). Se trata de una diferencia que únicamente tiene en cuenta el género de la persona a la hora de excluirle de la sucesión, lo que resulta contrario al art. 14 CE.

B. Derechos sucesorios de parientes sin vínculo legítimo de consanguinidad

También resulta problemática desde el punto de vista constitucional la norma de muchas legislaciones de países de tradición jurídica islámica de que para tener capacidad sucesoria los parientes han de estar unidos al causante por un vínculo *legítimo* de consanguinidad, regla que lógicamente deja fuera del fenómeno sucesorio a los hijos ilegítimos y a su estirpe. Así, por ejemplo, el art. 148 de la *Mudawana* establece expresamente que «la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación legítima, en lo que se refiere a la paterna». En este supuesto procederá la aplicación del orden público español a la sucesión, y, en concreto de los art. 14, 16 y 39 CE, lo que obligará a tratar igual a los hijos legítimos y a los ilegítimos.

Con todo, en la práctica muchos de estos casos se verán cubiertos por la presunción de legitimidad respecto de los hijos habidos durante el matrimonio o durante los seis meses posteriores a la disolución de éste, presente en la mayoría de las legislaciones de los países de tradición jurídica islámica. Además, en algunos Derechos, como el marroquí, la filiación ilegítima sí produce efectos sucesorios respecto de la madre (art. 146 de la *Mudawana*).

C. Matrimonio y repudio

Desde el punto de vista constitucional resulta también problemática la regla de muchos Códigos de Estatuto personal que priva de capacidad sucesoria al cónyuge superviviente cuando el matrimonio no se ha celebrado conforme a las formas y requisitos exigidos por la Ley islámica (arts. 89 y 90 del Código de Estatuto personal tunecino; 126 del Código argelino o art. 348 del sudanés). Ello puede ocurrir señaladamente en casos en los que haya diferencia de religión entre los cónyuges, lo que es considerado como un impedimento para contraer matrimonio válidamente en muchas de estas legislaciones.

Este tipo de normas pueden repercutir en nuestro Derecho debido a que los derechos que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge viudo en la sucesión se rigen por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, dejando siempre a salvo las legítimas de los descendientes (art. 9.8 CC *in fine*)¹⁶⁰.

En realidad, creo que para decidir si la exclusión del cónyuge superviviente en la sucesión conforme a la ley aplicable del art. 9.2 CC es compatible con nuestro orden público constitucional deberemos atender al motivo por el cual el matrimonio no resulta válido según la Ley extranjera concreta que estemos analizando.

Así, por ejemplo, deberemos considerar como inadmisibles la ley extranjera que considere nulo el matrimonio por el impedimento de disparidad de cultos entre los contrayentes (en especial, la que considere que la mujer no puede contraer matrimonio con un varón no musulmán) por ser contrario a los arts. 14 y 16.1 CE. De esta manera, la viuda tendría en la sucesión abierta los derechos que le corresponden como tal en aplicación de la *lex successionis*, descartando la posible nulidad del matrimonio como causa de privación de sus derechos sucesorios.

Así ha sido declarado, por ejemplo, en la doctrina alemana,¹⁶¹ en un supuesto en el que un hombre de nacionalidad tunecina fallece intestado, siendo su esposa, de nacionalidad alemana, cristiana. Según el derecho tunecino la esposa, ante la ausencia de hijos, tendría derecho a una cuarta parte de los bienes del causante, aunque la diferencia de religión le priva de ellos. Dicha privación fue considerada sin embargo por la doctrina germana como inconstitucional, por estar basada en una discriminación por motivos religiosos¹⁶², solución que debemos compartir.

La cuestión de la validez del ligamen matrimonial también se puede plantear desde el punto de vista de la sucesión en España del marido polígamo. En este caso, si el Derecho extranjero aplicable *ex art.* 9.2 CC está basado en la *Šarī'a*, tanto el primero como los posteriores matrimonios (hasta el límite de cuatro) realizados por un varón con distintas mujeres serían válidos, lo que implicaría por hipótesis la entrada en la sucesión de más de una viuda.

¹⁶⁰ Estas reglas no se aplican sin embargo a los matrimonios celebrados conforme a nuestra legislación en forma religiosa islámica, de acuerdo con las previsiones del art. 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Conferencia Islámica de España.

¹⁶¹ Así se señala en VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 319.

¹⁶² Vid. la exposición de este caso en VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 311.

Sin embargo, es un principio de orden público internacional *ex art.* 12.3 CC que sólo el primer matrimonio tiene plena validez en nuestro Derecho (art. 32.1 CE, art. 46 2º del Código Civil, art. 217 del Código Penal). Esto provocaría la exclusión de la sucesión del causante en España de las segundas y ulteriores esposas, que tendrían sin embargo según las reglas de la *Šarī'a* como ley aplicable a la sucesión derecho a una parte en el haber hereditario.

Para solucionar esta cuestión, la Corte de Casación francesa aceptó en su sentencia de 3 de noviembre de 1980 (caso *Beneddoche*), que la segunda esposa de un argelino fallecido en Francia (y los hijos que tenían en común) debían tomar una parte en el inmueble que el causante poseía en Francia en pie de igualdad con la primera esposa y los hijos de esta¹⁶³. Esta parece ser además la solución preferida por la doctrina francesa, que prefiere obligar a compartir los derechos sucesorios entre las distintas esposas e hijos del *de cuius* a dejar fuera de la sucesión a las segundas y ulteriores esposas, aplicándose así una regla similar a la del matrimonio putativo¹⁶⁴. Se trata de una solución conforme con nuestros principios constitucionales, y que por tanto merece ser aceptada

La necesidad de un vínculo matrimonial legítimo produce también la privación de derechos sucesorios de las mujeres conforme a la *Šarī'a* en casos de repudio (*talaq*) u otras formas de disolución unilateral y privada del matrimonio, posibilidad que es permitida al varón en muchos de los países de la tradición del derecho islámico.

En estos casos, ante el conflicto entre el respeto al principio de igualdad entre los cónyuges y la aplicación de la ley nacional del causante a la sucesión, la doctrina y los tribunales occidentales suelen preferir el primero, negando la eficacia del repudio para privar a la esposa de los derechos sucesorios¹⁶⁵. Se trata de una idea que a mi juicio es correcta, aunque la existencia de diversas formas de repudio (algunas de las cuales incluyen el consentimiento de la mujer y una compensación económica) hace que la solución a esta cuestión no pueda ser decidida con una aplicación mecánica de la excepción del art. 12.3 CC, sino que requiera un análisis *in casu*.

¹⁶³ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 329.

¹⁶⁴ VV.AA, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 331.

¹⁶⁵ Vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, cit., señalando la jurisprudencia existente al respecto en España, Bélgica, Francia y Alemania, en las págs. 301-319.

D. Impedimentos para suceder por razón de diferencia de religión

El orden público internacional también ejerce su labor de filtro respecto de la regla de que «no hay sucesión entre un musulmán y un no musulmán», que establece un impedimento absoluto para suceder por motivos de religión cuando el potencial sucesor pertenece a otra confesión. Aunque, como hemos mencionado, se trata de una norma que sólo juega en la sucesión forzosa, y no en la voluntaria, debe reputarse contraria a nuestro orden público constitucional de acuerdo con los arts. 14 y 16.1 CE¹⁶⁶. Ello desembocará en la aplicación de la ley española como ley del foro, lo que debe provocar la inclusión en la sucesión del heredero no musulmán con los mismos derechos que tienen en virtud de su grado de parentesco los herederos musulmanes.

Por último hay que señalar que el derecho de libertad religiosa del art. 16.1 de la Constitución ejercerá su fuerza limitadora del Derecho extranjero respecto de las causas de apertura de la sucesión, que entre nosotros sólo son la muerte o declaración de fallecimiento (arts. 657 y 196 CC). De ahí que sea contrario al orden público constitucional¹⁶⁷ la regla de muchos países que aplican el Derecho de la *Šarī'a* de admitir la apertura de la sucesión de una persona viva cuando ha apostatado de la religión islámica¹⁶⁸.

2. Casos dudosos respecto del orden público en materia de sucesiones

Desde el punto de vista de la mera legalidad, es evidente que la riqueza y diversidad de regímenes sucesorios admitidos por la Constitución al reconocer la existencia, conservación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales en su art. 149.1.8º hace difícil encontrar reglas en los derechos extranjeros aplicables a las sucesiones internacionales que sean contrarias al orden público del art. 12.3 CC por motivos distintos de los constitucionales.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 195.

¹⁶⁷ En ese sentido, resulta revelador el tenor del art. 2.1 a) de la Ley Orgánica de libertad de religiosa, que al desarrollar este precepto constitucional, reconoce como contenido esencial del mismo el derecho de cambiar de confesión o abandonar la que se tenía.

¹⁶⁸ Así lo entiende también CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado (Vol. II)*, cit., pág. 429 y MOTILLA, A., y LORENZO, P., *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pág. 195.

Dicha afirmación es cierta también respecto de la reglas y principios que ordenan la sucesión según la *Ŝarī'a*. Se tratará en la mayoría de los casos de reglas que resultan contrarias el régimen del Derecho común, pero que no pueden ser consideradas como de orden público internacional en el sentido el art. 12.3 del Código Civil.

Nosotros vamos analizar en concreto tres de las reglas que hemos visto en apartado III de este trabajo, que están presentes en muchas de las legislaciones de los países de la tradición del Derecho islámico. Se trata de la compatibilidad del sistema de reparto de cuotas a una serie de herederos forzosos con las legítimas previstas en el Código Civil, la admisibilidad del testamento nuncupativo y la regla de la responsabilidad limitada a los bienes de la herencia.

A. La cuestión del respeto a las legítimas

Respecto de la cuestión de la compatibilidad del sistema de cuotas propio de los países de tradición islámica con el sistema de legítimas propio del Código Civil, debe tomarse como punto de partida el hecho de que el respeto a las legítimas no es materia que concierne al orden público mencionado por el art. 12.3 CC, por lo que no debe ser respetado por la *lex successionis* extranjera aplicable al caso¹⁶⁹. Ello se debe a la diversidad de regímenes sucesorios que conviven en España, y al hecho de que algunos de ellos reconozcan distintos tipos de legítimas, incluyendo las meramente formales (por ejemplo, en Aragón¹⁷⁰).

Esta ausencia de fuerza limitadora del sistema de legítimas previsto por el Código Civil ha sido respaldada en la STS 15.11.96¹⁷¹, que en un caso de un ciudadano de EE.UU señala [F.J. 8º] que «*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*» (vid. sin embargo en contra la STS 23.10.92¹⁷², que de forma más que discutible

¹⁶⁹ Vid., en el mismo sentido, CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado (Vol. II)*, cit., pág. 424.

¹⁷⁰ La Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero ha establecido un sistema de legítima colectiva, en el que el causante cumple con dar los bienes a uno sólo de los hijos (o a un nieto viviendo el hijo), sin que sea necesario que los otro reciban nada o bastando con que reciban algo simbólico, como los diez sueldos. No hay por tanto derecho individual a la legítima y desaparece incluso el concepto de legítima formal individual al no haber obligación de nombrar o mencionar al legitimario en el acto de disposición *mortis causa* (testamento, pacto sucesorio o acto de ejecución de fiducia).

¹⁷¹ RJ 1996/8212.

¹⁷² RJ 1992/8280.

señala que la legítima «bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho»).

Por tanto, si conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado resultan de aplicación como *lex successionis* los principios de derecho sucesorio de la *Ŝarī'a*, en principio es indiferente que este sistema sea incompatible con el sistema de legítimas del Código Civil.

A este respecto, lo único que hay que recordar es que el art. 9.8 CC, inciso segundo, prevé que las legítimas quedarán reguladas por la ley nacional del causante *al tiempo de su fallecimiento* como ley aplicable a la sucesión, sin que atendamos aquí por tanto a la nacionalidad del causante *al tiempo de testar*, que es la que determina qué Ley se aplica a las disposiciones testamentarias en el supuesto de un cambio de nacionalidad posterior al testamento.

Ello provoca que el sistema de legítimas del Código Civil se aplique al testador que era extranjero en el momento de testar, pero que fallece habiendo adquirido ya la nacionalidad española y teniendo como vecindad civil la común. Así, por ejemplo, pensemos en una persona que tiene la nacionalidad marroquí en el momento de testar, obteniendo después la nacionalidad española, que mantiene al tiempo de su fallecimiento. Estaremos ante una sucesión en la que la *lex successionis* es la española, de manera que si el causante tenía la vecindad civil común procede la aplicación del sistema legitimario del Código civil. No resulta por tanto aplicable aquí como derecho material las reglas de la *Mudawana*, salvo respecto de las disposiciones testamentarias (por ejemplo, capacidad del legatario, etc.).

Naturalmente, si la vecindad civil que tenía el testador cuando falleció es otra distinta de la común, sólo se deberán respetar las legítimas en la medida en la que estén reconocidas en dichos ordenamientos forales o especiales. De ahí que el art. 9.8 CC señale al final de su segundo inciso que las legítimas se ajustarán «en su caso», a la ley de la sucesión.

Por la vigencia de esta regla del segundo inciso del art. 9.8 CC puede darse también el supuesto de que la ley aplicable a la sucesión esté basada en la *Ŝarī'a* (ley nacional del causante cuando falleció), pero la ley nacional en el momento de testar sea el Código Civil. Se plantearía así la cuestión (fundamentalmente académica, dada la limitación del derecho islámico para disponer de más de un tercio de los bienes por testamento) de si cabe entender que hay «legítimas» en este Derecho extranjero en el sentido del segundo inciso del art. 9.8 CC, legítimas que deban ser respetadas por el testamento hecho conforme a la ley española.

En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa a la vista del art. 806 del CC, que define la legítima como una «porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a diversos herederos, llamados por esto herederos forzosos». En ese sentido, y con independencia de la polémica interna sobre lo que significa en dicha norma «porción de bienes» o si los legitimarios son en rigor «herederos»; lo cierto es que el sistema de cuotas lo que hace es precisamente reservar *ex lege* una porción de bienes (en realidad, una cuota ideal sobre dichos bienes) a determinadas personas, las tres categorías de parientes a las que antes nos hemos referido. Y dichas cuotas son sin duda indisponibles para el testador, estando reservadas por la ley.

Por este motivo creo que las normas de reparto por cuotas entre parientes deben entenderse incluidas en las «legítimas» a las que se refiere el art. 9.8 CC, lo que puede provocar que, por ejemplo, la sucesión de un español en el momento de testar que se nacionaliza luego marroquí se fraccione, aplicándose el Código civil a las disposiciones testamentarias, disposiciones que sin embargo deberán respetar el Derecho material extranjero de la *Mudawana* para los dos tercios de bienes que están cubiertos por el sistema de «legítimas».

B. La forma

El principio de unidad para la determinación de la *lex successionis* tiene, además del respeto a las legítimas, otra excepción peculiar, la de la forma del testamento, cuestión ésta importante en los casos que estamos analizando, pues la mayoría de los países de tradición islámica suñi admiten el testamento nuncupativo (en forma oral) siempre que haya testigos, norma que resulta abiertamente contraria al carácter formal del testamento según el Código Civil.

Respecto de la forma del testamento, el régimen de Derecho Internacional Privado español se contiene en los arts. 11.1 y 11.2 CC. El art. 11.1 CC establece una serie de puntos de conexión alternativos con el objetivo de favorecer la validez del negocio, pero dicho principio de libertad aparece recortado en cuanto a los testamentos por el art. 11.2 CC, que señala que si la ley reguladora del contenido (el fondo) exige en cuanto a la forma una *ab solemnitate*, ésta debe ser aplicada, incluso cuando el acto (el testamento) se otorgó en el extranjero.

Sin embargo, en realidad dicha norma ha sido desplazada en su eficacia práctica¹⁷³ por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (publicado en el BOE 17.8.87¹⁷⁴), que regula el conflicto de leyes en materia de la forma de los testamentos¹⁷⁵ bajo la idea general de no anular los testamentos por motivos formales (*favor testamenti*).

El Convenio soluciona en la práctica el problema porque la aplicación de las normas de conflicto establecidas él es independiente de toda condición de reciprocidad, por lo que se aplica *erga omnes* en España aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable a la forma del testamento en virtud del art. 1 no sean las de un Estado contratante (art. 6).

Pues bien, atendiendo a esté régimen convencional, la forma oral del testamento islámico deberá ser admitida en España siempre que sea conforme con cualquiera de las leyes que *alternativamente* señala el art. 1 del Convenio, esto es, la ley del lugar en el que el testador hizo la disposición, la ley de la nacionalidad del testador (cuando hizo la disposición en testamento o cuando falleció), la ley del domicilio del testador (el domicilio que tenía cuando hizo la disposición *mortis causa* o cuando falleció), la ley de la residencia habitual del testador (en el momento en el que dispuso o cuando falleció) o, respecto de los inmuebles, la ley del lugar en que estén situados.

Lo único que cabría plantear aquí es si dicha forma oral ante testigos puede reputarse como «manifiestamente incompatible con el orden público», de acuerdo con la regulación del art. 7 del Convenio.

Para ello, deberemos tener en cuenta que el Convenio no manifiesta una animadversión expresa frente la forma oral en los testamentos. De hecho, la única norma que se refiere al testamento oral, la del art. 10 del Convenio, tiene cierto carácter excepcional. En efecto, el art. 10 expresamente establece que los Estados contratantes podrán reservarse el derecho de no reconocer las disposiciones testamentarias otorgadas en forma oral, fuera de los casos en que concurren circunstancias extraordinarias, por uno de sus nacionales que no ostente ninguna otra nacionalidad. Se trata por tanto de una posibilidad que sólo cabe si hay reserva expresa por el Estado, y sólo cuando estamos ante un ciudadano que no ostenta ninguna otra nacionalidad.

¹⁷³ Así, se ha señalado en la doctrina que el art. 11, salvo en los que se refiere a su párrafo tercero, reposa en el «Salon des Refués». Vid. CALVO CARAVACA, L.A. y CARRAS-COSA GONZÁLEZ, J., «Breves observaciones sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, 2007, pág. 1775.

¹⁷⁴ Instrumento de ratificación de 16 de mayo de 1988.

¹⁷⁵ Norma que debe completarse con el Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972 (BOE 5.10.85) respecto al sistema de inscripción de los testamentos.

España, hasta donde yo conozco, no he hecho uso de la posibilidad que le ofrece este art. 10, aunque es evidente que el Código Civil concibe el testamento como un negocio formal¹⁷⁶. Lo mismo ocurre además en la mayoría de los Derechos civiles forales o especiales (así, por ejemplo, el art. 421-5 de la Ley 10/2008, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña expresamente señala la falta de validez de los testamentos otorgados únicamente ante testigos).

Sin embargo, para favorecer la admisión en España del testamento nuncupativo otorgado conforme a una legislación extranjera basada en la *Ŝarī'a* islámica podemos tener en cuenta que el propio Código Civil admite que el testamento sea válido si se manifiesta de palabra en el caso del testamento en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia, siempre que se haga ante testigos idóneos (cinco, en el caso del art. 700 para el testamento *in articulo mortis* y tres mayores de dieciséis años en caso del epidemia, de acuerdo con el art. 701 CC¹⁷⁷).

Además, el testamento nuncupativo se admitió en nuestro Derecho histórico de forma generalizada¹⁷⁸, tanto en el Derecho común como en el Derecho foral valenciano¹⁷⁹. También se admite aún hoy en otras legislaciones extranjeras distintas de las de la tradición del Derecho islámico (por ejemplo, la austriaca¹⁸⁰).

¹⁷⁶ De ahí la rotundidad del art. 687 CC y de que cuando se relajan los requisitos formales deban cumplirse estos con posterioridad al acto de otorgación (así, por ejemplo, el testamento ológrafo debe ser objeto de adverbación y protocolización en el plazo de caducidad de cinco años *ex art.* 689 CC).

¹⁷⁷ Con todo es evidente que en el sistema del CC la forma oral es excepcional incluso en este caso, puesto que si se puede escribir el testamento debe hacerse, no cabiendo la oralidad más que en casos extremos de imposibilidad material. Además los testigos deben en el menor tiempo posible consignar por escrito la voluntad que les manifestó el testador, sólo si no saben escribir deberán conservarlo en su memoria hasta el momento de hacer la declaración ante el juez para elevación a escritura pública y protocolización (art. 704), existiendo un plazo de caducidad muy breve, *ex art.* 703.

¹⁷⁸ También se admitió en Roma el testamento nuncupativo, hecho ante siete testigos. Se trata de un testamento que se admitió en España desde Partidas hasta el Código Civil, siendo objeto de diversas sentencias del Tribunal Supremo que establecían cuál debía ser su valor en caso de divergencias en el testimonio de los testigos. Vid. el análisis de dicha jurisprudencia en GONZÁLEZ PORRAS, A., «Comentario al art. 694 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Albaladejo, Direct.), Tomo IX, Vol. 1-B, 1987, pág. 12 de la versión on-line, en formato PDF.

¹⁷⁹ Vid. a este respecto MARZAL RODRIGUEZ, P., «El testamento nuncupativo en el Derecho Foral Valenciano», en *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L.M. Díaz de Salazar Fernández*, Vol. 1, 1993, pág. 901.

¹⁸⁰ CALVO CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Breves observaciones sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias», *cit.*, pág. 1.772.

En consecuencia,¹⁸¹ creo que la admisión del testamento oral propio de los países que siguen un régimen sucesorio inspirado en la *Ŝarī'a* no es contrario al orden público internacional mencionado en el art. 7 del Convenio¹⁸².

Respecto del testamento ológrafo, es claro que si cualquiera de las leyes designadas por el Convenio de la Haya admite dicha forma (como ocurre en la leyes de los países de la tradición islámica) el testamento hecho por el extranjero en España es válido, incluso si falta alguno de los requisitos que el CC exige para la validez de dicho testamento, como expresión del año, mes y día en que se otorga. De hecho, como señala la doctrina, los tribunales españoles admitieron incluso antes de la entrada en vigor del Convenio de la Haya la protocolización de testamentos ológrafos realizados ante autoridades extranjeras¹⁸³, admisión que, tras la entrada en vigor del Convenio, es ya indudable¹⁸⁴.

C. Responsabilidad *intra vires* de los sucesores

Por último, puede ser dudoso si es contraria al art. 12.3 CC la regla presente en muchos de los países cuya legislación sucesoria está basada en la *Ŝarī'a* de que los herederos no responden personalmente de las deudas del causante, debiendo solamente hacer frente a ellas con los bienes de la herencia.

A este respecto, en la doctrina de Derecho Comparado y en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa se ha concluido que dicha regla no es contraria al orden público por no vulnerar ningún principio esencial del ordenamiento francés¹⁸⁵, y creo que lo mismo debe ocurrir en el Derecho español.

¹⁸¹ Lo mismo ha ocurrido con otras prohibiciones contenidas en nuestro CC; de manera que, por ejemplo, se ha reconocido como válido el testamento mancomunado hecho en España si se ajustaba a la ley nacional de alguno de los disponentes, (en contra de la letra de los art. 669 y 733 del Código Civil), dado que entre nosotros se admite en el derecho foral aragonés y navarro.

¹⁸² Así lo piensan también CALVO CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Breves observaciones sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias», cit., pág. 1784.

¹⁸³ Vid. CASTELLANOS RUIZ, E., «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado* (Vol. II), cit., pág. 424.

¹⁸⁴ CALVO CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Breves observaciones sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias», cit., pág. 1.785.

¹⁸⁵ VV.AA., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit., pág. 328.

Y ello porque la cuestión de la responsabilidad por deudas de los herederos o legatarios ha sido solucionada en nuestro Ordenamiento conforme al principio de responsabilidad universal, pero con excepciones de mucha importancia, como la posibilidad del beneficio de inventario (art. 1.023 CC), que limita el pago de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de la misma y la regla de la responsabilidad limitada del legatario al valor del legado en caso de sublegado (art. 858.II CC).

De ahí que parezca claro que el hecho de que en muchos países de la tradición del Derecho islámico se contemple una suerte de «beneficio legal» de inventario no implica que dicha regla deba de ser controlada por los tribunales españoles como contraria al orden público internacional conforme al art. 12.3 CC.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PLEGUEZUELO, J., (2000): *Estudios de las normas e instituciones del Derecho Islámico en Al-Andalus*, Guadalquivir Ediciones, Sevilla.
- AL-HAJ IBN S. JUNG, M.U., (1934): *The Muslim Law of Inheritance*, S. Sultan Allahabad.
- ALI KHAN, M.M., (1989): *Islamic Law of Inheritance*, Kitab Bhavan, Nueva Delhi.
- AUBARELL, G., y VILADRICH, M., (1998): «Glosario y criterios de transcripción de la terminología de Derecho islámico», en *El Islam Jurídico y Europa*, (Borràs, A./Mernissi, S., edit.) Icaria, Barcelona.
- AVINI, A., (1996): «The Origins of the Modern English Trust Revisited», *Tulane Law Review*, núm. 70.
- AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., (2008): *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Tirant, Valencia.
- BARBAR. K. T./KEPEL, G., (1982) : *Les Waqfs dans l'Egypte contemporaine*, Cedej, París.
- BONDERMAN, D., (1968): «Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law», *Harvard Law Review*, Vol. 81.
- CALVO CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2007) «Breves observaciones sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702.
- CARBALLEIRA DEBASA, A.M^a, (2002): *Legados píos y fundaciones familiares en al-Andalus (Siglos IV/X-VI/XII)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.

- CASTELLANOS RUIZ, E., (2004): «Sucesión hereditaria», en *Derecho Internacional Privado (Vol. II)*, (Calvo Caravaca y Carrascosa González (Direct), 5ª edición, Comares, Granada.
- CILARDO, A., (1994): *Diritto ereditario islamico dellle scuole giuridiche sunnite (hanafita, malkita, safiita e hanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zhairita e ibadita*, Istituto per l'oriente, Roma-Napoli.
- COMBALÍA, Z., (2001): *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráficas Ed., Pamplona.
- COULSON, N.J., (1971): *Succession in the Muslim Family*, Cambridge University Press.
- CHARLES, R., (1965): *Le Droit Musulman* Presses Universitaires de France, 30 ed., París, 1965.
- CHAUDHRY, Z., (1997): «The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance in Islamic Law», *Albany Law Review*, vol. 61.
- DURAND, B., (1991): *Droit musulman. Droit Successoral*, Litec, Paris.
- EDGE, I., (1990): «A Comparative Approach to the Treatment of Non-Muslims Minorities in the Middle East, with Special Reference to Egypt», en *Islamic Family Law* (Mallat, C., y Connors, J., Edit.), Graham & Trotman, Londres.
- FAUVELLE, G., (1905): *Traité Théorique et Pratique de Dévolution des Successions Musulmanes*, Ed. Emile Tournier.
- GARCÍA SANJUAN, A., (2002): *Hasta que Dios herede la Tierra. Los bienes habices en al-Andalus (siglos X-XV)*, Comares, Granada.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., (1991): «Comentario a la STS de 17 de diciembre de 1991», *Revista Española de Derecho Internacional*.
- GONZÁLEZ PORRAS, A., «Comentario al art. 694 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Albaladejo, Direct.), Tomo IX, Vol. 1-B, 1987, p. 12 de la versión on-line, en formato PDF.
- HODGSON, M. G. S., (1974): *The Venture of Islam*, vol. I, The University of Chicago Press.
- HOEXTER, M., (1998): *Endowments, Rulers and Community. Waqf al Haramayn in Ottoman Algiers*, Brill, Leiden.
- IBN ABI ZAYD AL-QAYRAWANI, (1993): *Compendio de Derecho Islámico (Ris̄la Fī-l-Fiqh)*, (Traducción de J. Riosalido), Editorial Trotta, Madrid.
- KADER, S. A., (1999): *The Law of Wafks. An Analytical and Critical Study*, Eastern Law House, Calcuta.
- KADRI PACHA, M., (1896) : *Du Waqf*, Imprenta Nacional, El Cairo.
- KAVAKCI, Y. Z., (1994): *Islamic Inheritance Law*, Al Huda Publications, Dallas.
- LARAKI PERELLÓN, A., (1999): Anotaciones a IBN ABIZ ZAID AL-QAYRAWANI, *La Ris̄la*, Ed. Kutubia Mayurqa, Mallorca.

- LARRONDO LIZARRAGA, J.M., (2009): *Derecho de familia y sucesiones de Marruecos*. «*La Mudawana*», Cuadernos de Derecho Comparado, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- LINANT DE BELLEFONDS, Y., (1935): *Des donations en droit musulman*, Ed. D. Photiadis & Co, El Cairo.
- LÓPEZ ORTIZ, P.J., (1932): *Derecho musulmán*, Editorial Labor, Buenos Aires.
- MAHMOOD, T., (1987): *Personal Law in Islamic Countries*, Academy of Law and Religion, Nueva Delhi.
- MALLAT, C., (1990): «Shi'ism and Sunnism in Iraq: Revisiting the Codes», en *Islamic Family Law* (Mallat, C., y Connors, J., Edit), Graham & Trotman, Londres.
- MANDIROLA BREUX, P., (1998): *Introducción al Derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid.
- MARZAL RODRIGUEZ, P., (1993): «El testamento nuncupativo en el Derecho Foral Valenciano», en *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L.M. Díaz de Salazar Fernández*, Vol. 1.
- MORAND, M., (1904) : *Etude sur la nature juridique du habous*, Typographie Adolphe Jourdan, Argel.
- MOTILLA, A., y LORENZO, P., (2002): *Derecho de Familia islámico. Problemas de adaptación al Derecho español*, Colex.
- NASIR, J.J., (1990): *The Islamic Law of Personal Status*, Brill Academic Club.
- OSMAN, K.A., (2002): *Un estudio descriptivo de la Ley egipcia de Estatuto Personal núm. 100 de 1985: un enfoque traductológico* (tesis doctoral, Bellaterra, publicada on-line en <ddd.uab.cat/pub/tesis/2002/tdx-1030103-152034/kaao1de3.pdf>).
- PASCUAL QUINTANA, J.M., «Derecho sucesorio musulmán», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, Ed. Facultad de Derecho Universidad Central, sin fecha.
- POWERS D. S.:
- (1986): *The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, University of California Press.
- (1990): «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach» en *Islamic Family Law* (Mallat, C., y Connors, J., Edit), Graham & Trotman, Londres.
- RADFORD, M., (2000): «The Inheritance Rights of Woman under Jewish and Islamic Law», *Boston College International and Comparative Law Review*, núm. 135.
- RUIZ ALMODÓVAR, C.:
- (1995): «El Código Tunecino de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, sección *Árabe Islam*, núm. 44.

- (1996): «El Código Sirio de estatuto personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 45.
- (1998): «El Código Kuwaití de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 47.
- (1999): «El Código Iraquí de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 48.
- (2000): «El Código Sudanés de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 49.
- (2001): «El Código Omaní de Estatuto Personal», *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, núm. 50.
- RUMSEY, A., (1890): *Al Sirájiyyah, or the Mahommedan Law of Inheritance*, reimpresión anotada realizada por WILLIAM JONES, segunda edición, Calcuta.
- UTHMAN DANLADI KEFFI, D., (1990): *Some Aspects of Islamic Law of Succession*, Rukhsa Publications, Kano City, Zaire.
- VV.AA, (1999): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, (Aldeeb, S., y Bonomi, A., eds), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich.

