

EL DERECHO SUCESORIO ISLÁMICO: PRINCIPIOS INFORMADORES Y EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

POR Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Prof.^a contratada Dra. Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.–II. LA SUCESIÓN EN DERECHO ISLÁMICO: UNA APROXIMACIÓN A SUS CARACTERES.–III. LOS PRINCIPALES ESCOLLOS HACIA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA: ¿HASTA DÓNDE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL?: 1. *Muerte civil del apóstata*. 2. *Incapacidad para heredar por causa de religión*. 3. *Discriminación por razón de sexo*. 4. *La situación de los hijos ilegítimos*.–IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Palabras clave: Derecho sucesorio islámico, Sociedad multicultural, Excepción de orden público internacional, Derecho internacional privado.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El ingente colectivo de origen musulmán en España, junto con la reglamentación del Derecho de sucesiones previsto en nuestro Código civil cuando existe un elemento de extranjería, hace prever que el Derecho internacional privado español tendrá que hacer frente a los conflictos derivados de la aplicación de la ley islámica sobre sucesiones. La falta de una jurisprudencia consolidada procedente de otros países de nuestro entorno se ha debido fundamentalmente a las propias técnicas de reglamentación conflictual, así como a las normas de competencia judicial internacional existentes. En países como Francia o Reino Unido, las sucesiones se rigen por la ley del último domicilio del causante o bien por la ley de la situación de los bienes inmuebles, conllevando que la aplicación de la ley islámica sobre sucesiones haya sido en la mayoría de los casos muy improbable. En otros países con importante presencia musulmana como Alemania, si bien la sucesión se rige por la ley nacional del causante, el carácter restrictivo de las normas de competencia judicial internacional, explica la escasez de

pronunciamientos judiciales en este sentido¹. Atendiendo a una misma lógica, todo hace prever que las autoridades judiciales españolas con competencia judicial internacional al concurrir alguno de los foros del artículo 22 LOPJ y en virtud de la norma de conflicto fijada en el artículo 9.8 CC, tendrán que conocer y *a priori* aplicar a las sucesiones de ciudadanos procedentes de países musulmanes el Derecho islámico.

Estamos ante una materia de gran complejidad ya que a la fuerte diversidad material y conflictual reinante en las sucesiones internacionales, habrá que unir exigencias propias de la actual sociedad multicultural. Como será objeto de estudio, en el ámbito de las sucesiones habrá multitud de conflictos que resolver derivados en su mayoría de una organización patriarcal estricta de la familia, donde los preceptos coránicos se consideran «reglas esenciales» que dan lugar al Orden público islámico². En este encuentro entre sistemas jurídicos distintos, el Derecho deberá buscar soluciones adecuadas que, al tiempo que respeten la identidad cultural de las nuevas minorías, garanticen los valores constitucionales del país de acogida³.

II. LA SUCESIÓN EN DERECHO ISLÁMICO: UNA APROXIMACIÓN A SUS CARACTERES

El Derecho sucesorio en la *Sharia* es una compleja materia⁴ que regulada bajo una enmarañada casuística, es el resultado de una manera concreta de entender la organización de la familia, difiriendo en sus fundamentos y principios básicos de la reglamentación existente en los países occidentales⁵. En este sentido destacaremos dos notas. Por un lado, el Derecho sucesorio islámico tiene una finalidad filantrópica reflejada en la salvaguardia de la unidad del grupo familiar, que bajo una concepción patriarcal de la familia tendrá como consecuencia favorecer la sucesión agnaticia sobre la conyugal, y privilegiar la del varón sobre la de la mujer⁶. Y por otro, la fuente principal en el Derecho sucesorio es la *Sharia* o Ley islámica⁷; de modo que las

¹ ALDEEB ABU-SHALIE, S.A./BONOMI, A. (dirs.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999, pp. 315-316.

² Vide BERGER, M. S., «Conflicts law and public policy in Egyptian Family Law: Islamic Law through the backdoor», *The American Journal of Comparative Law*, n.º 3, Summer 2002, pp. 555 y ss.

³ La cuestión de las exigencias de la multiculturalidad y las respuestas que han de dar los sistemas jurídicos estatales ha sido objeto de estudio por diversos autores, *vid. inter alia*, BORRÁS RODRÍGUEZ, A./MERNESI, S. (eds.), *El Islám jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998.; RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), «La multiculturalidad: especial referencia al Islam», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º VII, Madrid, 2002.

⁴ En este sentido resulta ilustrativo una máxima islámica que dice «Aprender las leyes sobre sucesiones y enseñarlas a otros requiere la mitad de todo el conocimiento» (POWERS, D. S., *Studies in Qur-an and Hadith: The Formation of the Islamic Law of Inheritance*, Berkeley: University of California Press, 1986, p. 8)

⁵ Para una comparativa, *vid.* MAKDISI, J., «Fixed Shares in Instate Distribution: A comparative Analysis of Islamic and American Law», 1984, *BYU L. Rev.*, n.º 7, 1984, pp. 267-304; COULSON, N. S., «A comparison of the Law of Succession in the Islamic and British Legal System», *American Journal Comparative Law*, n.º 26, 1978, pp. 227-245.

⁶ VERMA, B. R., *Islamic Law-Personal: Being Commentaries on Mohammedan Law*, 8th ed., Law Publishers, Allahabad, 2002, p. 415.

⁷ Más exactamente el sistema de reglas vigente proviene, tanto de las fuentes originarias del Derecho islámico como de la tradición árabe, mantenido en su forma actual por la autoridad de la *Ijma*,

prescripciones relativas a las distintas clases de herederos, así como sus incapacidades, y la cuota que le corresponde a cada uno de ellos se consideran «normas esenciales»⁸. De este modo, si bien existen en el mundo musulmán distinciones normativas entre los distintos Códigos de familia, sus rasgos generales presentan amplias similitudes dado que la fuente principal es la propia *Sharia*. Además, aunque otras materias relativas al estatuto personal han sido objeto de reforma en la mayoría de los países islámicos, el Derecho sucesorio, salvo en contados casos, parece mantenerse inamovible a lo largo del tiempo⁹.

El Derecho islámico distingue entre la sucesión testamentaria y la sucesión legal o *ab intestato*, teniendo más relevancia esta última dado el carácter de derecho divino de las normas que regulan la materia. Los distintos Códigos de familia magrebí no reconocen una libertad absoluta de testar, sino que limitan dicha facultad a 1/3 de sus bienes; porcentaje del que, además, sólo se podrá disponer a favor de determinadas personas¹⁰. Por su parte, la sucesión testamentaria tiene un sentido distinto al que conocemos en Derecho común europeo¹¹ ya que el testamento se limita a determinar los legados, a designar a la persona que ha de liquidar el caudal hereditario y, en su caso, a nombrar al tutor testamentario¹². El caudal relicto está formada por los bienes muebles e inmuebles, el dinero dado en préstamo, los derechos *in rem* y ciertos derechos como los de rescisión o de compra¹³. El Derecho islámico fija asimismo las cargas de este caudal como el orden en el que se ejecutarán las mismas y que suele ser el siguiente: (i) los costes del funeral; (ii) las deudas del *de cuius*; (iii) los legados; (iv) y los derechos hereditarios a favor de sus sucesores legales¹⁴. La relación entre el

POWERS, D. S., «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach», en C. MALLAT & J. CONNORS (eds.), 2nd ed., *Islamic Family Law*, Graham & Trotman, London, 1990, pp. 16-18.

⁸ Sura IV, versos 7, 11 y 12. *Quran* 70-71.

⁹ BILLOO, Y., «Change and Authority in Islamic Law: The Islamic of Inheritance in Modern Muslim States», *University of Detroit Mercy Law Review*, n.º 84, 2007, p. 653. Como este último autor indica ha habido algunos cambios en cuanto a los derechos hereditarios de los nietos, de tal modo que si según la tradición islámica estos no tenían participación alguna en la herencia si vivía alguno de los hijos, los códigos actuales han empezado a admitir el derecho de representación y por tanto la herencia por estirpes (*id.*, p. 652).

¹⁰ El testamento se reglamenta en Túnez en el Libro XI (arts. 171 a 199) del Código del Estatuto Personal de 1956; en Argelia en el Libro IV (arts. 184-201) del Código de Familia de 1984; en Marruecos en el Libro VI (arts. 277-320) del Código de Familia de 1957, reformado en 2004 y en Siria en el Libro V (arts. 207-259) del Código de Estatuto Personal de 1953, reformado en 1975. *Vid.* RUIZ-ALMODÓVAR DEL RÍO, C., *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de Estatuto Personal (Edición y Traducción)*, Eug., Granada, 2005, y para el texto marroquí ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.), *Traducción anotada al Código de Familia de Marruecos*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

¹¹ Ante tal diversidad en cuanto a su concepción y reglamentación, hay autores que no dudan en afirmar que en Derecho islámico es incluso difícil de hablar de sucesión testamentaria, MILLIOT L./BLANC, F. P., *Introduction à l'étude du Droit musulman*, 2e éd., Sirey, Paris, 1987, p. 483.

¹² *Vide* SCHACHT, J., *Introduction au Droit musulman. Islam d'hier et d'aujourd'hui*, Maisonneuve and Larose, Paris, 1983, p. 143, citado por ESTEBAN DE LA ROSA G./OUALD ALI, K., «El Derecho de sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Colex, 2009, p. 164.

¹³ Sobre el usufructo y la posibilidad de su transmisión mediante sucesión aunque existe cierta dualidad entre las distintas escuelas, parece que la tendencia actual es considerar a este derecho fuera de la herencia. Sobre esta cuestión *vid.* NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 201.

¹⁴ Si bien la mayoría de los Códigos de familia musulmanes siguen este orden, en Túnez así como en Marruecos se prevé que las deudas del causante sean la primera carga a la cual deberá hacer frente la herencia (*vid.* artículos 87 y 322 respectivamente).

caudal relicto y los herederos es distinta a la existente en Derecho español de base romanista. En efecto, en Derecho islámico el heredero no se subroga en la persona del *de cuius*, de tal modo que aquel no adquiere las deudas que son estrictamente personales del causante. Ahora bien, el heredero en tanto que liquidador forzoso de la herencia deberá, siguiendo el orden fijado por la ley, pagar las deudas a cargo del caudal relicto. Tal diferencia responde a un modo distinto de adquirir la herencia, mientras en Derecho español es preciso la aceptación de la misma lo que conlleva la confusión de patrimonios (salvo en los casos en que se acepta a beneficio de inventario), en Derecho islámico la herencia se adquiere de forma automática por lo que no se prevé la renuncia ni la aceptación de la misma.

La *Sharia* describe de manera exhaustiva tanto las condiciones que han de cumplir las personas llamadas a suceder, como los distintos tipos de herederos según el vínculo con el *de cuius*, así como la parte asignada a cada uno de ellos. Los requisitos para suceder pueden concretarse en los tres siguientes¹⁵. Primeramente, es preciso existir como persona antes de la apertura de la sucesión, de tal modo que si se está ausente durante un largo periodo, alguien debe confirmar su existencia y, en el caso de hijos concebidos pero no nacidos, el alumbramiento debe acaecer antes de los nueve meses después del fallecimiento del padre. En segundo lugar, se requiere la presencia de un vínculo que otorgue la condición de heredero. Dado que dicho vínculo nace o bien de una relación de parentesco por consanguinidad o de una unión marital válida y actual, no tendrán la consideración de herederos el cónyuge en caso de divorcio o repudio. Y en tercer lugar, el llamado a heredar no podrá ser incapaz según la ley. La *Sharia* considera inhábiles a efectos hereditarios a aquéllos que hayan abandonado la fe musulmana o apóstatas, a los no musulmanes con independencia de que sean de las llamadas religiones del Libro¹⁶, así como a aquéllos que hayan sido condenados en firme por un delito de homicidio voluntario.

Con respecto al orden en que están llamados suceder los herederos y la cuota que le corresponde del caudal relicto, existe en Derecho islámico una compleja casuística que en muchos casos proviene directamente del *Quran*¹⁷. Pueden distinguirse dos grupos de herederos¹⁸: los herederos *fard* que tienen derecho a una parte fija de la herencia y los *asab* a los que se considera los auténticos herederos correspondiéndoles una parte variable de la misma. Ha de tenerse en cuenta que existen determinados familiares que pueden ser herederos *fard* o *asab* y que dependiendo de los casos están

¹⁵ MOTILLA A./LORENZO, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, pp. 107-108.

¹⁶ De este modo, la disparidad de cultos es aún más extensa que en el ámbito matrimonial en el que se considera válido el matrimonio celebrado entre musulmán y mujer no musulmana siempre que ésta sea monoteísta o de las llamadas Religiones del Libro. Sobre el alcance del impedimento de disparidad de cultos en el matrimonio musulmán, *vid.* ADAM MUÑOZ, M. D., «El estatuto jurídico de la mujer musulmana dentro del matrimonio», en I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 212-214.

¹⁷ Sobre las preferencias y las cuotas asignadas para los distintos tipos de herederos, *vid. amplius*, NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.; MILLIOT L./BLANC, F. P., *Introduction à l'étude du Droit musulman*, *op. cit.*, pp. 495 y ss.; PEARL D./MENSKI, W., *Muslim Family Law*, 3th ed., Sweet & Maxwell, London, 1998.

¹⁸ PEARL, D., *A Textbook on Muslim Law*, 2nd ed., Croom Helm, New Hampshire, 1987, pp. 148-150; MAKDISI, J., «Fixed Shares Distribution: A comparative Analysis of Islamic and American Law», *op. cit.*, p. 774.

llamados a suceder sólo por una de las categorías (como la hija) o por las dos (como el padre del causante). Para designar a los herederos de la parte fija se utiliza el vocablo *fard* que en árabe tiene sentido de obligación y cuyo montante va dirigido a satisfacer las necesidades de ciertos grupos de personas que pueden encontrarse en una situación más débil y que según la proximidad del vínculo, así como la concurrencia con otros herederos, irá desde 2/3 a 1/8 del caudal hereditario¹⁹. Una vez abonadas las cuotas correspondientes a los herederos *fard*, el resto se reparte entre los herederos *asab* que según el Derecho islámico son la auténtica familia del causante al proceder de la línea de consanguinidad masculina. El reparto se realizará dependiendo de la proximidad del vínculo familiar que atiende a los siguientes cinco grupos que son excluyentes entre sí²⁰: (i) los descendientes; (ii) el padre; (iii) los ascendientes, hermanos consanguíneos y primos; (iv) los descendientes varones de hermanos consanguíneos y primos; (v) los tíos carnales y consanguíneos y sus ascendientes varones. En todo caso, los únicos herederos que no pueden ser excluidos de la sucesión son los hijos, los padres y el cónyuge supérstite²¹.

En cuanto a la distribución de la cuota hereditaria, la *Sharia* ampara una desigualdad por razón de sexo. En la asignación de esta cuota el Derecho islámico recoge el principio del *tafadul* según el cual a igualdad de grado y de vínculo en cada clase, a los varones les corresponde el doble que a las mujeres. De este modo, el cónyuge supérstite en el caso de ser el marido heredaría la mitad de la herencia si no existen hijos y la cuarta parte si existiesen, y por su parte la mujer respectivamente un cuarto o un octavo. Asimismo, a la hija en su condición de *asab* le corresponde una cuota variable que es la mitad que a sus hermanos varones. Si bien dicha desigualdad se justifica desde el mundo musulmán aduciendo que «los varones tienen la responsabilidad de tomar las cargas y los gastos necesarios al servicio de la familia del difunto», estando las mujeres eximidas de dicha labor, constituye una de las confrontaciones más directas con el orden público existente en el entorno jurídico occidental²².

III. LOS PRINCIPALES ESCOLLOS HACIA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA: ¿HASTA DÓNDE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL?

De la aproximación realizada al Derecho sucesorio existente en los países de tradición musulmana se constata que estamos en presencia de una reglamen-

¹⁹ VERMA, B. R., *Islamic Law-Personal: Being Commentaries on Mohammedan Law*, op. cit., pp. 482-484.

²⁰ Dicha regla universal según la cual «el heredero más próximo excluye al más remoto ha comenzado a tener ciertas queiebras en las legislaciones actuales al aceptarse la herencia a favor de los nietos por representación de su padre en el caudal relicto del abuelo». Vide COULSON, N. S., «A comparative of the Law of Succession in the Islamic and British Legal System», op. cit., p. 231.

²¹ Artículo 357 del Código de Familia de Marruecos.

²² YASSEN, M. K., «Principes généraux de Droit international privé », *R. Des C.*, 1965, p. 461. Este autor invita a los jueces de los países europeos a atender al sistema musulmán en su conjunto, añadiendo que «esta regla puede explicarse a la luz del *status* de la mujer en Derecho musulmán. Si conlleva una desventaja, la mujer es ampliamente compensada por otras reglas que favorecen a la hija, especialmente en materia de obligaciones alimenticias entre parientes y en materia de relaciones entre el marido y la mujer, sobre todo en lo que concierne al patrimonio» (*ibid.*).

tación directamente inspirada en la *Sharia*. Tal como ha puesto de relieve C.A.P. GANNAGÉ:

«La ley determinada por la religión es un principio aceptado en la actualidad, eso sí, siempre en la medida en que puede coincidir con la ley personal del individuo. Y una vez determinada la ley religiosa a aplicar, el orden público actuará para descartar las prescripciones de las normas confesionales que establecen discriminaciones»²³.

Desde este prisma, en Derecho español se impone la conjunción y necesaria armonía entre dos normas de Derecho internacional privado, el artículo 9.8 CC que garantiza la aplicación de la ley nacional del causante y el artículo 12.3 CC que a través de la excepción de orden público supone una válvula de seguridad ante el «salto a la oscuridad» que conlleva toda norma de conflicto. Si nos referimos al Derecho de sucesiones y la posible aplicación de la excepción de orden público internacional, en Derecho español ésta se ha presentado, hasta la fecha, en dos direcciones: por una parte, con relación a los ordenamientos jurídicos de base germánica que admiten el testamento mancomunado o la sucesión contractual; y, por otra, respecto a los sistemas anglosajones que admiten una libertad absoluta de testar sin consideración alguna de las legítimas²⁴. Fruto de la conformación de una sociedad multicultural se abre el camino hacia una tercera frente a los ordenamientos inspirados en la *Sharia*. Analizaremos a continuación aquellas disposiciones del Derecho sucesorio islámico que dado su confrontación directa con los principios proclamados por nuestra Constitución, se prevén sirvan de base para la intervención del orden público internacional.

1. MUERTE CIVIL DEL APÓSTATA

La apostasía o abandono de la fe, en este caso de la religión islámica por profesar otra creencia o por ateísmo, conlleva la muerte civil de la persona y tiene efectos en el Derecho sucesorio islámico en un doble sentido²⁵. En primer lugar, según la *Sharia* la apostasía es susceptible de producir, junto a la muerte real o a la declaración de fallecimiento judicial ante una ausencia prolongada, la apertura de la sucesión hereditaria. El Derecho español, al igual que los ordenamientos jurídicos occidentales, sólo admite como causas que producen la apertura de la sucesión la muerte y la declaración de fallecimiento, por lo que los autores coinciden en que cualquier otra causa, tales como una condena penal o la profesión o no de una determinada religión, impediría la aplicación de la legislación extranjera en tanto que ley sucesoria²⁶. En segundo lugar, el

²³ GANNAGÉ, P., «Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la Ligue Arabe», en *Mélanges R. Ago*, Milano, 1987, pp. 388-389.

²⁴ Sobre la praxis existente en Derecho español, *vid. amplius* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (I)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1984, 2005, p. 856.

²⁵ DURAND, B., *Droit musulman: Droit successoral*, Litec, Paris, 1991, p. 55.

²⁶ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (II)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1985, 2005, p. 1140; CALVO CARAVACA, A. L., «Artículo 9.8», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en M. ALBADALEJO y S. T. DÍAZ ALABART, vol. 2, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 375; PÉREZ VERA, E., «El fenómeno sucesorio».

apóstata es excluido asimismo como titular de los derechos pasivos inherentes a la sucesión; además, según la ley islámica éste no podría heredar *ab intestato* de un musulmán ni de un no musulmán, en tanto que es «condición para heredar el estar vivo»²⁷. En cuanto al futuro de los bienes del apóstata, hay países y escuelas que estiman que todos sus derechos hereditarios pasarían al Tesoro público. Otros, distinguirían entre los bienes adquiridos antes y después de la apostasía; así mientras que los primeros podrían transferirse a sus herederos musulmanes, los otros pasarían al Tesoro público. En ambos casos, tanto en la vertiente activa de *de cuius* o pasiva de heredero, la apostasía de la persona, aunque tuviese tales consecuencias según la ley extranjera llamada a regir la sucesión, no tendría efecto alguno en España²⁸. Se prevé que ante estos supuestos los tribunales articularán la excepción de orden público internacional al producirse una violación directa del derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 16 CE²⁹.

2. INCAPACIDAD PARA HEREDAR POR CAUSA DE RELIGIÓN

El Derecho islámico distingue, por un lado la sucesión legal y la testamentaria, y por otro, las sucesiones entre musulmanes, entre no musulmanes y entre ambos. Los distintos códigos de familia acogen expresamente la incapacidad para suceder *ab intestato* del llamado «infiel» o *kafir* con respecto a un musulmán; y viceversa, también en muchos casos, de tal modo que un musulmán tampoco podría suceder a un no musulmán³⁰. Dicha inhabilitación no se contempla en la sucesión testada, de modo que un no musulmán podría recibir legados de un musulmán, y aquél realizar testamentos. Si bien el Código de Familia marroquí no reconoce expresamente la capacidad para legar del no musulmán, esto se deduce del artículo 279 ya que entre los requisitos que ha de reunir el testador no se incluye «el profesar la religión islámica»³¹. Dicha incapacidad para heredar *ab intestato* por disparidad de culto entre *de cuius* y heredero, no está exenta de dificultades en aquellas sucesiones que entran en contacto con los sistemas occidentales. En efecto, la misma regla que en los países islámicos posee el rango de «normas esenciales» o «de orden público», es inadmisibles desde la óptica de los países occidentales al estar en contradicción directa con valores y prin-

rio», en A. P. ABARCA JUNCO, *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 337, citando a A. MIAJA DE LA MUELA.

²⁷ ALDEEB ABU-SHALIE, S./ BONOMI, A., (dirs.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *op. cit.*, p. 311.

²⁸ DROZ G./REVILLARD, M., «Successions», *I.-Cl.Dr.int.*, fasc. 557-A, n.º 133.

²⁹ Asimismo, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO A./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (II)», *op. cit.*, p. 1146; LEWALD, H., «Questions de droit international des successions», *R. des C.*, 1925, pp. 40-41.

³⁰ Dicha norma deriva directamente de las palabras del Profeta: «el musulmán no hereda de un no musulmán, ni un no musulmán de un musulmán» (Corán, verso 4:141). *Ad exemplum*, artículo 332 del Código de Familia marroquí.

³¹ Corrobora dicha facultad la desaparición del artículo 280 donde se exigía que el legatario fuese una persona que reuniese las condiciones para ello de conformidad con el Derecho islámico (ESTEBAN DE LA ROSA G., y OUALD ALÍ, K., «Nuevo derecho sucesorio marroquí», *op. cit.*, p. 161). Reconocen asimismo la capacidad del no musulmán para recibir y dar legados el artículo 200 del Código argelino y el artículo 174 del Código tunecino.

cipios constitucionales. Desde el punto de vista del ordenamiento español, tal incapacidad es contraria al principio de libertad religiosa enunciado en el artículo 16 CE, y por ello la doctrina española es unánime al considerar que, ante estos casos, nuestros tribunales articularían automáticamente la excepción de orden público internacional³². Si atendemos al Derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia francesa se muestran asimismo proclives a la intervención de la excepción de orden público en estos supuestos de discriminación por razón de religión. En concreto, *la Cour de Cassation* en una sentencia de 17 de noviembre de 1964, estimó que era contrario al orden público francés que una hija del causante fuese excluida de la herencia por el sólo hecho de ser no musulmana y el padre fallecido musulmán³³.

3. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Si bien la Ley islámica reconoció derechos sucesorios a la mujer, así como a la esposa, mucho antes que en Occidente, se guía por la regla del *tafadul*, de modo que, la mujer hereda la mitad que el hombre en su mismo grado de parentesco ya sea en su consideración de *asab* o *farad*³⁴. En virtud de las normas contenidas en los distintos Códigos de familia musulmanes, la mujer supérstite recibe 1/4 de la herencia del marido, si no hay descendientes, y un 1/8 en el caso de que existiesen hijos, mientras que el marido recibiría la 1/2 y un 1/4 respectivamente³⁵. Asimismo, las hijas si son herederas *asab* junto con sus hermanos reciben la mitad de éstos, extendiéndose dicha regla cuando el parentesco entre hermanos es uterino o consanguíneo. Dicha diferenciación existe igualmente entre hermanos llamados a heredarse entre ellos o nietos respecto del abuelo. Si bien esta norma que privilegia al varón frente a la mujer en cuanto a la cuota a heredar del *de cuius* intenta justificarse alegando que responde a una especial concepción de entender las relaciones familiares, así como el estatuto de la mujer en el Derecho musulmán³⁶, se presenta contraria a los principios básicos constitucionales amparados por los ordenamientos occidentales.

Paradójicamente, en Derecho comparado la escasa jurisprudencia existente se muestra muy reticente antes de recurrir a la cláusula de orden público internacional frente a tales discriminaciones por razón de sexo. Los tribunales alemanes, en una sentencia de 29 de abril de 1992, del *Oberlandesgericht de Hamburg*³⁷ tuvieron que pronunciarse sobre los derechos sucesorios de la esposa supérstite de un ciudadano iraní domiciliado en Alemania. El tribunal aplicó al caso el Derecho chiíta que otorga

³² AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (II)», *op. cit.*, p. 1137; ESTEBAN DE LA ROSA, G./K. OUALD ALÍ, K., «Nuevo derecho sucesorio marroquí», *op. cit.*, p. 161.

³³ *JCP*, 1965, II, núm. 13978.

³⁴ Dicha distinción de tratamiento se basa directamente en el *Quran*, *vid.* del Sura 4 los versículos 11 para el caso de los hijos, 12 y 13 cuando se trata de los esposos y 176 para la sucesión entre hermanos. No faltan autores que denuncian que se trata de una lectura muy literal de ciertos versículos que bajo una interpretación realizada por hombres pretende beneficiar a su propio género. *Vide* RADFORD, M. F., «The Inheritance Rights of Women under Jewish and Islamic Law», *Int. & Comp. L. Rev.*, n.º 135, 2000, pp. 74-78.

³⁵ Artículos 239 a 241 del Código de Familia marroquí, artículo 160 del Código de Familia argelino y artículos 93, 94 y 102 del Código de Familia tunecino.

³⁶ Sobre dicha argumentación *vid.* comentario de YASSEN en la nota n.º 21 de este trabajo.

³⁷ *IPRax*, 1994, núm. 1, pp. 49-55, Nr. 6.

a la esposa una octava parte de la sucesión mobiliaria y confiere con respecto a los bienes inmuebles un valor sobre la construcción y los árboles, pero no sobre el terreno. Según esta misma ley, si el marido hubiese sobrevivido a la mujer a éste le correspondería un cuarto de los bienes muebles e inmuebles del caudal hereditario. Pese a dicha diferencia de tratamiento según el cónyuge superviviente fuese el varón o la mujer, el tribunal alemán rechazó la aplicación de la excepción de orden público internacional alegando que «la desigualdad existente en la sucesión era compensada por otras reglas del Derecho chiíta que son más favorables a la mujer, sobre todo en lo que concierne al sustento de la familia, que corresponde únicamente al marido». No obstante, la doctrina alemana mucho más proclive a la intervención del orden público, ha criticado fuertemente esta decisión al considerar que una discriminación por razón de sexo no podría justificarse o admitirse por el hecho de un resultado material que compensa económicamente dicha diferencia³⁸. Asimismo, la jurisprudencia francesa se ha mostrado tolerante por lo que respecta a las normas de Derecho sucesorio islámico y la distinción por razón de sexo amparada por éste. En una sentencia de 4 de marzo de 1980, la *Cour de cassation*³⁹ ha ratificado la sentencia de la *Cour d'appel de Paris* que había sometido al Derecho argelino la sucesión de un francés argelino de religión musulmana, fallecido con anterioridad a la independencia de Argelia. En concreto, mediante la aplicación del Derecho argelino malequita, el tribunal acordó, por un lado, favorecer a la madre, al hermano y a la hermana del causante, aún existiendo cónyuges e hijos del difunto; y por otro, conceder al hermano el doble de la parte reconocida a la hermana. Pese a haber sido ésta la tendencia en varios pronunciamientos sobre sucesiones de musulmanes argelinos antes de la independencia de este país⁴⁰, la doctrina francesa posterior considera que futuros pronunciamientos judiciales tendrán necesariamente que sancionar dicha desigualdad por razón de sexo⁴¹.

A la luz del Derecho español estamos ante una discriminación por razón de sexo que colisiona frontalmente con el artículo 14 CE. La doctrina española coincide que el juez ante el que se suscite la eventual aplicación de estas normas discriminatorias por razón de sexo debería articular la excepción de orden público internacional⁴²; de modo que, ni la sentencia pronunciada en el extranjero conforme a una ley que contenga la mencionada regla podría ser reconocida, ni el juez español con competencia judicial internacional podría aplicar el Derecho sucesorio islámico en tanto que ley nacional del causante. Además, hay autores que insisten que esta excepción de orden público debería de actuar frente a cualquier discriminación sin que los tribunales ten-

³⁸ DÖRNER, H., «Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners», *IPRax*, 1994, n.º 1, pp. 35 y 36.

³⁹ *J.C.P.*, 1965, II, n.º 13978.

⁴⁰ DROZ, G., «Le droit occidental face au droit islamique. Propriété et succession en droit musulman», en C. V. BAR, *Islamic law and its Reception by the Courts in the West*, C. Heymann, Osnabrücker, 1999, p. 149.

⁴¹ ALDEEB ABU-SHALIE, S.A./BONOMI, A. (dirs.), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, op. cit., p. 321, citando a M. REVILLARD, *Droit international privé e communautaire: pratique notariale*, Defrénois, Paris, 1997, pp. 170 y ss.

⁴² *Inter alia*, MOTILLA A./LORENZO, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, p.197; RODRÍGUEZ BENOT, A., «Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANO RUIZ, *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 689.

gan en consideración la mayor o menor vinculación del supuesto con el foro al encontrarse afectado un derecho humano fundamental⁴³. Tampoco consideramos que puedan admitirse planteamientos como los defendidos desde la doctrina francesa que estiman que las discriminaciones por razón de sexo que privilegian al marido frente a la mujer, son de distinta naturaleza que la existente entre herederos y herederas *asab*, proponiendo un control más laxo en el supuesto de sucesión entre cónyuges⁴⁴.

4. LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

La ley islámica distingue a efectos hereditarios entre hijos legítimos e ilegítimos según hayan nacido o no en el seno matrimonial. En efecto, cuando un hijo es ilegítimo los distintos Códigos de familia musulmán niegan la existencia de cualquier vínculo jurídico entre éste y su progenitor⁴⁵. Además de no contemplar la filiación natural la *Sharia* no admite la investigación de la paternidad ni la determinación de la misma por vía judicial a instancia de la madre o del presunto hijo⁴⁶. *A sensu contrario* sí se reconoce el vínculo entre el hijo ilegítimo y su madre, teniendo consecuencias a efectos hereditarios ya que éste puede concurrir junto con sus hermanos legítimos en el caso de que existiesen⁴⁷. La situación es bien distinta en los países occidentales donde si bien existen clases de filiación, por los distintos procedimientos que se siguen para su determinación, no hay clases de hijos en virtud del principio de igualdad⁴⁸. Esta plena equiparación en cuanto a los hijos es una realidad en el ámbito europeo y americano desde hace escasamente unas décadas. Así en Derecho español se ha pasado de articular la excepción de orden público frente a legislaciones extranjeras que equiparaban a los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio⁴⁹, a considerar tras la aprobación de la CE y la reforma del Título V del Libro Primero del Código Civil por Ley 11/1981, que dicha distinción es contraria al principio constitucional básico de igualdad.

⁴³ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (II)», *op. cit.*, p. 1141. Con ello se muestran contrarios a la doctrina alemana de la *Inlandsbeziehung* que condiciona la intervención del orden público a la existencia de una vinculación del supuesto en cuestión con el Estado del foro.

⁴⁴ DROZ, G., «Le droit occidental face au droit islamique. Propriété et succession en droit musulman», *op. cit.*, p. 149. En concreto, añade este autor que «el marido y la mujer no se encuentran en ningún momento en la situación de suceder al mismo tiempo en el mismo rango, ya que cuando uno hereda, ¡el otro está muerto! No se produce en consecuencia discriminación alguna entre dos herederos del mismo rango, sino una atribución de partes diferentes a uno o al otro según las circunstancias».

⁴⁵ *Ad exemplum*, artículo 228 del Código de familia marroquí. No obstante, mediante la reforma acaecida en el año 2004 se ha introducido una cierta flexibilización al permitirse el reconocimiento de los hijos concebidos durante el periodo de noviazgo, siempre que sea justo antes de la celebración del matrimonio.

⁴⁶ Sobre esta cuestión comienza un debate en el mundo islámico en aras a salvaguardar el derecho del menor a su identidad, *vid.*, ISHAQUE, S., «Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in Context of a Child's Right to an Identity», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 22, 2008, p. 409.

⁴⁷ En concreto, el artículo 83.2.2.º del Código de familia marroquí señala que «la filiación no legítima entraña, frente a la madre, los mismos efectos que la filiación legítima, en razón al vínculo natural que une al niño con la madre».

⁴⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 35.

⁴⁹ *Ad exemplum*, STS de 10 de octubre de 1960, *Ferriol Rodríguez c. Ferriol Varela*.

En la actualidad, cualquier tratamiento antagónico en cuanto a la situación de los hijos considerados ilegítimos, en un eventual caso que se produjera ante los tribunales españoles, va a producir un conflicto entre ambos sistemas legales. Por otra parte, no se puede obviar que en la práctica muchos de esos menores nacidos al margen de un vínculo matrimonial son acogidos bajo la institución de la *kafala* sufriendo una doble discriminación con respecto al resto de los hijos⁵⁰. No podemos obviar que en la mayoría de los casos el Derecho internacional privado tendrá que dar solución a una doble problemática: la sucesión, en tanto que cuestión principal, y la determinación de la filiación como cuestión previa. En cuanto a la cuestión sucesoria, la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 CC determina, *inter alia*, las personas llamadas a suceder y el orden de ellas; es decir que, en principio, si el causante posee la nacionalidad de un país musulmán la consideración de hijo a efectos hereditarios vendrá determinada por el Derecho de sucesiones islámico. Ante esta eventualidad, coincido con otros autores al estimar que en estos casos los tribunales españoles deberán rechazar la aplicación de la ley extranjera a través de la excepción de orden público internacional⁵¹. En efecto, nuestra Constitución es clara en su artículo 39.2 al encargar a los poderes públicos «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación». De igual modo, según la jurisprudencia del TEDH en aquellos casos en que exista una desigualdad sucesoria entre hijos legítimos e ilegítimos se produce una violación de los artículos 8 y 9 del Convenio de Roma relativo a la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, consagrando la intervención del orden público internacional frente a las legislaciones estatales que amparen dicha desigualdad⁵². Por otra parte, al hilo de una cuestión sucesoria de este tipo, puede surgir la necesidad de la determinación de la filiación paterna al no haber sido ésta reconocida por parte del padre. Si bien al artículo 9.4 CC se refiere exclusivamente al «contenido y al carácter de la filiación», la doctrina coincide en que la ley nacional del hijo regula asimismo el establecimiento de la filiación⁵³. De una aplicación estricta de la norma se podría concluir que en el caso de que el presunto hijo fuese español se admitiría la investigación y una declaración judicial de paternidad, mientras que si fuese marroquí, tunecino o argelino, éste no tendría acceso a ninguno de estos medios encontrándose en una total indefensión. En este segundo caso, habrá que decidir si la acción instada por el hijo, o por la persona que asuma su representación, se somete a esta regla en virtud de la norma de conflicto, y, por ende, debe rechazarse la demanda, admitirla en todo caso o hacerlo únicamente si el supuesto presenta una vinculación estrecha con el foro⁵⁴. En mi opinión, una limitación tan absoluta acerca de los medios de prueba por parte de la ley nacional del hijo es con-

⁵⁰ ISHAQUE, S., «Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in Context of a Child's Right to an Identity», *op. cit.*, p. 404.

⁵¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M./AGUILAR GRIEDER, H., «Orden público y sucesiones (II)», *op. cit.*, p. 1147; MOTILLA, A./LORENZO, P., *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, *op. cit.*, p. 196.

⁵² En concreto, nos referimos a los asuntos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, y *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, y *Mazurek c. Francia*, de 1 de febrero de 2000.

⁵³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Civitas 2007, p. 393.

⁵⁴ «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 71, Tomo I, Session Cracovie, 2005, p. 16.

traría al orden público español⁵⁵, y por tanto los tribunales españoles deberían recurrir a aplicar otras leyes, ya sea la de la residencia habitual que se cita de manera subsidiaria en el artículo 9.4 CC⁵⁶, o bien la aplicación residual de la *lex fori* en aquellos casos en los que resulta inaplicable la ley material extranjera.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta la fecha, la práctica jurisprudencial española en cuanto a la aplicación del Derecho sucesorio islámico ha sido prácticamente inexistente, sin abordar cuestión de fondo alguna. Así, el TS en su sentencia de 17 de diciembre de 1991 declara no haber lugar al recurso de casación, alegando la falta de prueba del Derecho marroquí por las partes en cuanto a la nulidad de testamento solicitada⁵⁷. Posteriormente, mediante Auto del TS de 24 de septiembre de 2002, ante la petición de reconocimiento de una declaración de herederos *ab intestato* realizada por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger, no se admite el *exequatur* al estimar que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria⁵⁸. Consideramos que la realidad necesariamente cambiará. En primer lugar, fruto de las propias normas de Derecho internacional privado español junto con la multiculturalidad de su sociedad, nuestro país puede ser un referente en cuanto a la aplicación del Derecho sucesorio islámico por parte de tribunales occidentales. En segundo lugar, asistiremos a una mayor utilización de la excepción de orden público que el habido hasta ahora en el ámbito de las sucesiones internacionales. Los principios de igualdad y de libertad religiosa proclamados por nuestra Constitución servirán de base para la intervención del orden público frente a la ley sucesoria extranjera que inhabilite para heredar por la no pertenencia a un determinado credo, ampare una mayor participación en el caudal relicto del varón frente a la mujer o excluya a determinados hijos bajo su consideración de «ilegítimos». En cuanto a la aplicación de dicha excepción de orden público consideramos, por un lado, que ésta no debe supeditarse a una vinculación estrecha del supuesto litigioso con el foro dado el carácter de los principios a proteger, y por otro, que ésta debería tener como único objetivo evitar la discriminación de modo que se aplica el derecho sucesorio islámico que rige cuando no existe tal discriminación. Y, finalmente, dada la estrecha vinculación del Derecho sucesorio con el Derecho de familia, junto con la excepción de orden público, ante el Derecho internacional privado se plantearán necesariamente otras cuestiones tales como la incidencia de la poligamia o el repudio en los derechos sucesorios de la esposa, o de un menor acogido bajo *kafala*, o la calificación que habrá de otorgarse a la dote a efectos hereditarios.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ROZAS J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 393.

⁵⁶ Siguiendo la tesis propuesta por M. GUZMÁN ZAPATER (*El derecho a la investigación de la paternidad en el proceso con elemento extranjero*, Civitas, Madrid, 1996) entendiendo que en el artículo 9.4 CC el término «ésta» se refiere a la filiación, y no a la nacionalidad, de modo que la ley de la residencia habitual se aplicaría, como ley más favorable, es decir en aquellos casos en que la ley personal del hijo no determina el establecimiento del vínculo.

⁵⁷ Vide Nota GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *REDI*, 1992-1, pp. 239-243.

⁵⁸ Vide comentario a esta decisión en C. RUIZ SUTIL, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 909-911.

RESUMEN

El Derecho sucesorio islámico emerge como un nuevo reto al que deberá dar respuesta el Derecho internacional privado español. Fruto de la multiculturalidad de la sociedad y en virtud de la norma de conflicto fijada en el artículo 9.8 CC, las autoridades judiciales españolas tendrán que conocer y *a priori* aplicar a las sucesiones de ciudadanos procedentes de países musulmanes el Derecho islámico. Ante esta perspectiva, el objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, analizar los caracteres básicos del Derecho sucesorio en la *Sharia*, prestando especial atención a la distinción entre sucesión legal o *ab intestato*, las condiciones que han de cumplir las personas llamadas a suceder o la diferencia entre herederos *fard* o *asab*. Y por otra, indagar en aquellas cuestiones que necesariamente activarán la excepción de orden público internacional, tales como la incapacidad para heredar por causa de religión, la discriminación por razón de sexo o la situación de los hijos ilegítimos.

ABSTRACT

The Islamic Law of Inheritance emerges as a new challenge for the Private Spanish International Law. As a result of a multicultural society and by reason of the conflict of law provides by article 9.8 Spanish civil code

Spanish judges will have to know and *a priori* apply the Islamic Law to the successions of citizens from Muslim States. Given these circumstances, this article has a double aim. On the one hand, to analyze the basic characters of the Inheritance of Law in the *Sharia*, paying careful attention to the difference between legal successions and *ab intestato*, the requirements to fulfill by the persons in order to inherit or the difference between heir *fard* or *asab*. And for other one, to investigate about those questions the public policy exception will be necessarily activated, such as legal incapacity to inherit because of religion, the discrimination because of sex or illegitimate children situation.

RÉSUMÉ

Le Droit successoral islamique émerge comme un nouveau défi auquel le Droit International privé espagnol devra donner une réponse. Résultat du caractère multiculturel de la société et en vertu de la règle de conflit fixée par l'article 9.9 Code civil espagnol, les autorités judiciaires espagnoles devront connaître et *a priori* appliquer le Droit Islamique aux successions de citoyens provenant de pays musulmans. Face à cette perspective, l'objectif de cet article est double. D'une part, analyser les caractéristiques basiques du Droit successoral dans la *Sharia*, portant une spéciale attention à la distinction entre succession légale ou *ab intestato*, aux conditions que doivent accomplir les personnes appelées à succéder ou à la différence entre les héritiers *fard* ou *asab*. Et, d'autre part, enquêter sur les questions qui nécessairement activeront l'exception de l'ordre public international, tel que l'incapacité à hériter ayant pour cause la religion, pour raison de sexe ou la situation d'enfants illégitimes.