

LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL REINO DE MARRUECOS

Agustín Motilla

Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

Abstract: On January, 2004, the Family Code of the Kingdom of Morocco has been enacted under the patronage of the King, Mohamed VI. The new Code contains important changes regarding the Law before, the Personal Status Code. The main aims of the reform of the Moroccan Law are to go forward in the protection of women and children inside the family, and in the issue of equality between women and men. Institutions like the age of marriage consent, the rights and duties of couples, the unilateral repudiation by the husband, polygamy, patria potestas ore tutelage, have been ruled by new principles in order to adapt Islamic Law (*Sharia*) to the contemporary society and to enforce the international conventions of human rights into Moroccan Law. The object of the paper is to expose the main characters of the new Family Code in relation to the Law enforced before. It is possible to perceive by the conclusions of the research the evolution of the Moroccan Family Law, which, it must be underline, is the one applied to the great majority of Muslim immigrant population of Spain.

Keywords: Islamic Countries, Morocco, Domestic Law, Islamic Law, Immigration.

Resumen: En enero de 2004 fue promulgado el Código de la Familia del Reino de Marruecos, proyecto impulsado personalmente por el Rey, Mohamed VI. El nuevo Código modifica sustancialmente la anterior regulación contenida en el Código sobre el Estatuto Personal. Uno de los principios fundamentales bajo el cual se ha redactado el Código de la Familia es ampliar los derechos –y, por ende, la protección- de la mujer y los hijos en el seno de la familia. Respecto de la primera, la mujer, se intenta equiparar su *status* al del varón. Aspectos del Derecho de familia como la edad para contraer, los derechos y deberes de las partes dentro del matrimonio, el repudio unilateral del marido, la poligamia, la tutela o la patria potestad, se han visto modificados conforme a los nuevos principios señalados, con el fin de adaptar la ley islámica o *Sharia* a la sociedad contemporánea y a los compromisos internacionales en materia de

derechos humanos asumidos por Marruecos. El objeto del trabajo es exponer los caracteres más relevantes del nuevo Código de la Familia en relación con la regulación anterior. A través de las conclusiones del estudio puede apreciarse la evolución del Derecho de familia marroquí, el cual, debe ser subrayado, es el aplicable a la inmensa mayoría de inmigrantes en España de religión musulmana.

Palabras clave: Marruecos, Islamismo, Derecho Musulmán, Derecho de Familia, Inmigración.

SUMARIO: 1. **Consideraciones previas** 2. **Precedentes de la reforma; la Mudawana y sus modificaciones.** 2.1 Constitución del matrimonio. 2.2 Impedimentos matrimoniales. 2.3 Derechos y obligaciones de los cónyuges. 2.4 La disolución del vínculo matrimonial. 2.5 Efectos de la disolución; la guarda y custodia de los hijos. 2.6 La filiación. 2.7 La tutela. 2.8 Derecho sucesorio. 3. **Líneas generales de regulación del nuevo Código de la familia marroquí.** 4. **Innovaciones particulares introducidas en el nuevo Código de la Familia.** 4.1 Constitución del matrimonio. 4.2 Impedimentos matrimoniales. 4.3 Derechos y obligaciones de los cónyuges. 4.4 La disolución del vínculo matrimonial. 4.5 Efectos de la disolución; la guarda y custodia de los hijos. 4.6 La filiación. 4.7 La tutela. 4.8 Derecho sucesorio 5. **Consideraciones finales.**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En occidente se extiende la idea, difundida por unos medios de comunicación de masas sólo preocupados por subrayar, con tintes oscuros, lo alejado de los valores modernos de civilización de un Islam fanático, violento y anclado en tradiciones de un pasado remoto. Toda simplificación de la realidad tiende al error, pero ésta en concreto es particularmente falsa. No se niega el cierto auge, aunque minoritario, de la interpretación fundamentalista, con base religiosa, de la política y la sociedad que se ha desarrollado especialmente a mediados del siglo XX en los países en que se divide la *umma* o comunidad de creyentes. Ahora bien, este fenómeno, también presente en otros países de mayoría religiosa cristiana o judía, no puede ocultar la pluralidad de concepciones políticas y religiosas que existen dentro del Islam, y, dentro de ellas, la importancia que ha tenido y tiene el movimiento reformador, que pretende adaptar las instituciones seculares a las coordenadas de la sociedad actual, más

sensible a los valores democráticos y al respeto de los derechos y libertades fundamentales.

Los mismos estereotipos de un Islam atrasado y, en ocasiones, cruel y violento, pesan cuando en los medios de comunicación occidentales se alude al Derecho islámico. Las imágenes que se proyectan son las de la lapidación de mujeres, la imposición de penas corporales, las sentencias de cárcel, o incluso de muerte, por la apostasía de la religión islámica, la blasfemia o el proselitismo de otras religiones; o, en el ámbito del Derecho de familia, la completa sumisión de la mujer al varón al que se le atribuyen todos los derechos como *pater familiae*. Y no se explica que estos hechos, aunque desgraciadamente reales en el mundo islámico, son marginales si tenemos en cuenta el conjunto de países islámicos. La inmensa mayoría de los Derechos de los Estados islámicos, en un proceso evolutivo imparable, se aproximan a los valores y principios que rigen en otros Estados civilizados.

No cabe duda que un factor impulsor de la modernización en el ámbito del Derecho islámico ha sido la intervención del legislador nacional que, tras la descolonización de las potencias occidentales y el nacimiento del Estado-nación en los países de tradición islámica, llevó a cabo, por influencia del Derecho europeo, la codificación de amplios sectores del Derecho. La eliminación de las instituciones tradicionales de la ley religiosa o *Sharia* en ámbitos como el Derecho mercantil – donde se abolió la prohibición del préstamo con interés – o el Derecho penal – ámbito en el que los códigos no recibían los castigos corporales, los delitos por motivos religiosos o las venganzas familiares permitidas por la *Sharia* –, se impusieron sin especial resistencia por parte de los sectores más tradicionalistas de la sociedad.

El Derecho de familia permanecía como el último baluarte del Derecho religioso aplicado en los Estados islámicos. Y hay múltiples motivos para que esto fuera así: la importancia de la familia en la transmisión de los valores religiosos; la carga moral que desde siempre ha inspirado las relaciones sexuales y paterno-filiales; la atención que a esta institución se le presta en la *Sharia*, la cual, según algunos, debe ser asumida por el legislador humano como Derecho divino que es; o, en fin, el general respeto que tuvieron a la invocación y aplicación del Derecho religioso de familia las potencias coloniales, son algunas de las causas que justifican la pervivencia de la huella del Derecho sacro en este sector del ordenamiento de los Estados.

La codificación del Derecho tradicional de familia – la utilización, en consecuencia, por parte del legislador de la técnica iluminista y racionalista que reduce el Derecho aplicable a reglas concisas y claras – no causó, en sí misma, oposición de los sectores sociales conservadores, más preocupados en el contenido de la regulación – esto es, que recibiera el Derecho religioso

– que en el continente – la nueva formulación legal unificada –. La tensión se produce, por consiguiente, entre los sectores que consideran que la *Sharia*, como Derecho divino fijado de manera definitiva en el siglo X, obliga al legislador a explicitarlo en las reglas contenidas en los códigos o, todo lo más, a complementarlo en aquellas cuestiones que la ley religiosa no regula, y los sectores reformistas que abogan por adaptar el Derecho contenido en el Corán y en los *hadiths* del Profeta a las circunstancias políticas y sociales modernas. En esta última línea de pensamiento, y en relación al Derecho de familia, pesa especialmente la necesidad, fruto de la fuerza que hoy tienen en el mundo los valores y principios de la teoría de los derechos humanos, de reinterpretar la ley religiosa en un sentido favorable a la igualdad de derechos y obligaciones entre los dos sexos, así como a la protección de la mujer y los hijos, cuya posición subordinada al varón es especialmente destacada en un Derecho de familia islámico construido en el marco de una sociedad patriarcal y de predominio del varón. Considerando la *Sharia* no como un orden jurídico cerrado e inmutable, sino como un conjunto de principios religiosos y morales que deben ser actualizados según las cambiantes circunstancias históricas, la perspectiva reformista encuentra su apoyo fundamentador en el propio Corán y sus *aleyas* dedicadas a procurar la mejora de la situación de la mujer casada en el seno de la familia; así, por ejemplo, aquellas que asignan a la mujer la propiedad de la dote matrimonial u obligan al marido a mantenerla durante el período de *idda* posterior a la disolución del matrimonio.

Dejando a un lado los países de mayoría musulmana que han optado por redactar leyes o códigos de familia desde una perspectiva secular y, por lo tanto, relegando los preceptos de naturaleza religiosa – tal es el caso de Turquía –, el resto de Estados islámicos – con excepción de los países de la Península Arábiga, Afganistán, Irán y el norte de Nigeria – han seguido el camino de la reforma del Derecho de familia, con mayor o menor alcance, a través de la codificación de esa rama del Derecho. En palabras de Coulson, “...la formulación actual de las leyes se basa en una diversidad asombrosa de criterios jurídicos que representan los diversos grados de fusión entre dos influencias fundamentales: la necesidad pragmática de las reformas y los principios religiosos ...”¹ Un supuesto extremo en el alcance de la reforma es el de Túnez. La Ley del Estatuto Personal, de 1957, interpreta los preceptos del Corán, dentro de las coordenadas de la sociedad contemporánea, en el sentido de garantizar la igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio, lo cual le lleva, entre otras provisiones, a abolir la poligamia y el repudio unilateral del marido, instau-

¹ N. J. COULSON, *Historia del derecho islámico* (trad. M. E. Eyra), Edicions Bellaterra, Barcelona 1998, p. 227.

rando un divorcio judicial en el que hombre y mujer se ven sometidos a los mismos derechos y obligaciones. Otras legislaciones, sin ir tan lejos, han dado pasos en el mismo sentido. Tal es el caso objeto de estudio: la legislación sobre la familia en el Reino de Marruecos.

El interés que tiene el estudiar el Derecho marroquí en esta materia es doble. Por un lado conocer los cambios en un ordenamiento que, lentamente pero de manera continua, puede considerarse un exponente de la evolución del Derecho islámico hacia posiciones sensibles y coherentes con los valores de civilización que representa la salvaguarda de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Y, lo que es importante subrayar, significa una evolución impulsada por el legislador dentro del marco de los valores religiosos, a través de una reinterpretación de la *Sharia* en el ámbito de la sociedad marroquí actual y las exigencias de igualdad de colectivos tradicionalmente relegados, cual es el caso de las mujeres. Una prueba más de la vitalidad del Derecho islámico, lejos de esa petrificación que se produjo, con éxito a lo largo de centurias, en el siglo X. Por otro lado es el Derecho aplicable, por su nacionalidad, a la inmensa mayoría de la población inmigrante de religión musulmana. El Derecho de familia es para el creyente islámico, no lo olvidemos, parte de su propia religión, inspirado y regulado por la *Sharia*. De ahí que su cumplimiento se convierta muchas veces en un problema de conciencia, situación que desde el punto de vista del Derecho occidental, altamente secularizado y desacralizado, es difícil de entender. Facilitar su aplicación, siempre que no contradiga principios o valores constitucionales y, en especial, los derechos y libertades fundamentales, significará asimismo respetar los imperativos de conciencia impuestos por su religión, y favorecer su pacífica integración en nuestra sociedad desde el respeto de la libertad religiosa. Pero un ineludible primer paso será conocer ese Derecho, estudiar sus principios y articulación básica y, en última instancia, reflexionar en torno a las posibles soluciones a los conflictos que se plantean en la aplicación del Derecho de familia marroquí en España. Continuando con trabajos anteriores², es mi propósito presentar al lector el *status quaestionis* actual mediante la exposición

² Un estudio del Derecho de familia marroquí, junto con los de Argelia y Túnez, a través del examen de sus códigos, así como los problemas que plantea su aplicación al Derecho español, en A. MOTILLA-P. LORENZO, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español* (coord. M. J. Cíaúrriz), Editorial Colex, Madrid 2002; A. MOTILLA, *Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de Familia al ordenamiento español*, "Globalización y Derecho" (coord. Calvo Caravaca-Blanco-Morales Limones), Editorial COLEX, Madrid 2003, págs. 381-405; A. MOTILLA, *La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el Derecho español*, "El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales" (coord. Calvo Caravaca-Castellanos Ruiz), Editorial COLEX, Madrid 2004, págs. 585-601.

y valoración de la última reforma del Derecho de familia marroquí que se ha verificado en los años 2003 y 2004.

2. PRECEDENTES DE LA REFORMA; LA MUDAWANA Y SUS MODIFICACIONES

Apenas un año después de lograr la independencia y a través de cinco decretos reales emanados en 1957 y 1958, el Reino de Marruecos aprueba su Código del Estatuto Personal o *Mudawana*³. La *Mudawana* recibe fielmente el Derecho tradicional observado en Marruecos, el elaborado por la escuela *malekita*, una de las cuatro escuelas doctrinales en las que principalmente se divide el Derecho islámico sunita – *hanefita*, *malekita*, *chafita* y *hanbalita* –. La fidelidad a la *Sharia* tal y como había sido interpretada por la doctrina *malekita* se comprueba, asimismo, en el modo en el que el Código prevé el mecanismo para colmar las lagunas legales: “Todo lo que no se incluya en este Código – reza su art.82 – se someterá a la opinión preponderante y reconocida o a la jurisprudencia de la escuela del Imán Malik”⁴. La *Mudawana*, que pretende unificar las disposiciones referentes a las personas físicas, es aplicable a todos los marroquíes excepto a los de religión judía, a quienes se les respeta su estatuto religioso personal en las cuestiones de familia y sucesiones; el resto de ciudadanos que no profesen la religión musulmana quedan sujetos a las disposiciones del Código, excepto los preceptos referidos a la poligamia, el repudio y el impedimento matrimonial de lactancia.

Hasta septiembre de 1993, y a pesar de las protestas de los sectores reformistas de la sociedad marroquí que clamaban por la modificación de las instituciones islámicas, regidas por los principios de preponderancia absoluta del varón y de la familia patriarcal de la *Sharia*, no se logró una reforma de la *Mudawana*. Un año antes, en 1992, el Rey Hasán II había prometido mejorar la condición de la mujer en el seno de la familia. Dos leyes de 1993 modificaron el Código y el procedimiento civil, fundamentalmente a fin de restringir – que no abolir – la poligamia y el repudio unilateral y extrajudicial del marido. Pero, además del significado de estas instituciones discriminatorias de la mujer, permanecieron otras muchas facetas de la regulación lesivas de la igualdad y los derechos de la mujer y los hijos. Haremos, a continuación, una breva síntesis de las mismas, a fin de poder valorar en su justa medida el alcance de la reciente reforma.

³ En realidad la palabra *Mudawana* significa en árabe recopilación, y coincide con una de las obras básicas de la escuela *malekita*, “*Al mudawana al koubra li Al Iman Malik*”, obra de Ibn Sahanoun.

⁴ Otras remisiones a la doctrina *malekita* se realizan en los arts.172, 216 y 297.

2.1 CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

Los contrayentes han de prestar consentimiento al matrimonio pero, en el caso de la mujer, debe ser representada por su padre o tutor (*wali*). Se conserva, por tanto, la figura tradicional de la *Sharia* del mandato obligatorio en el supuesto del consentimiento de la mujer, aunque se elimina la posibilidad del matrimonio forzado por el padre (*djabr*) al requerir la *Mudawana* el consentimiento público – en el caso de la mujer basta que no exprese su oposición al matrimonio – de los dos contrayentes durante la celebración del mismo.

2.2 IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

La *Mudawana* recibe el impedimento, presente en las fuentes islámicas clásicas, de la prohibición de contraer matrimonio a la mujer musulmana con un no musulmán; impedimento de religión que, sin embargo, en el supuesto del varón se restringe, al vedar el matrimonio entre el hombre musulmán y la mujer no musulmana, cristiana o judía.

El impedimento de edad para contraer es, asimismo, distinto en el caso del varón o de la mujer. Esta última puede celebrar el matrimonio cuando haya alcanzado la edad de quince años, requiriéndose para el hombre que haya cumplido dieciocho años.

Pero sin duda el impedimento que refleja más nítidamente el diferente tratamiento entre hombre y mujer en lo que se refiere a los obstáculos al matrimonio, constituyendo, además, una característica del matrimonio islámico que le separa de la concepción respecto a esta institución en occidente, es la admisión de la poligamia. Como es bien sabido, el Derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón, permitiendo el matrimonio del varón hasta con cuatro esposas a la vez. Es verdad que esta posibilidad es limitada en la propia ley religiosa o *Sharia*, limitaciones que han sido recibidas y acrecentadas en los códigos de familia. En la *Mudawana* marroquí la poligamia puede ser prohibida si el contrato matrimonial incluyera un pacto sobre su exclusión, o si el juez considera que el marido no podrá guardar la igualdad de trato y la equidad entre las mujeres. En todo caso, debe informarse a las esposas presente y futura sobre la subsistencia del vínculo del primer matrimonio, y la primera mujer, si considera que ulteriores nupcias le perjudican, puede pedir al juez el divorcio.

2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

La preeminencia del varón en la sociedad conyugal se pone de relieve en la relación de derechos y obligaciones, distintos para uno u otro cónyuge. La

mujer tiene la obligación de velar por el hogar, debiendo obediencia y fidelidad a su marido, y cuidar del adecuado desarrollo físico de sus hijos. El varón dirige la familia, toma las decisiones en cuanto respecta a la educación de los hijos y la administración de sus bienes, y tiene la obligación de mantener a su mujer e hijos. Las condiciones de la estructura patriarcal que definen a la familia según la *Sharia* eran, una vez más, acogidas en el Código sobre el Estatuto Personal marroquí.

2.4 LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Otra característica de los ordenamientos inspirados en los principios o en la regulación religiosa islámica, que los separa de la concepción del matrimonio en occidente, es su admisión del repudio o desvinculación unilateral del marido (*talak*). No obstante, frente a la concepción tradicional del repudio que hace de la decisión extintiva del marido – sin necesidad de justificación o motivación alguna, o incluso en ausencia de la mujer – un medio de desvinculación incontrolado y peligroso cara a los derechos de la mujer y los hijos, y la estabilidad del vínculo matrimonial, los códigos de familia de los países islámicos han reaccionado, aunque permitiéndolo por tradición, restringiendo las condiciones requeridas para su validez y judicializando el acto del repudio del varón. La *Mudawana* marroquí exige el cumplimiento de ciertas formalidades: que sea registrado ante dos notarios y la inscripción del acto de homologación del juez en el registro del tribunal. Antes del último acto mencionado, los dos cónyuges deben comparecer ante el juez, el cual interviene no tanto para examinar la procedencia del repudio, que sigue regulándose como una prerrogativa del varón a la que puede acudir aun sin motivo, sino para intentar la conciliación y fijar una indemnización o dote de consolación a favor de la mujer ante la falta de causa, u ordenar y asegurar el pago de la dote diferida. En general, la presencia de las dos partes en el procedimiento y la necesidad de autorización del repudio por el juez son medidas que pretenden garantizar los derechos de defensa y los intereses económicos de la mujer.

Asimismo se permite a la mujer beneficiarse de la rapidez ínsita a la facultad de repudio unilateral del marido, bien pactando en el contrato matrimonial que aquélla pueda también decidir el repudio – derecho de opción que, en definitiva, representa una delegación del derecho de repudio del marido a la mujer –, o que pueda conseguir la desvinculación por decisión de su marido mediante una compensación económica que le entregue –repudio por compensación o *khol*–.

El divorcio judicial en sentido estricto, es decir, aquel declarado por el juez conforme a una causa legal, es considerado como el medio ordinario de

desvinculación abierto para la mujer. De ahí que la *Mudawana* sólo enumere causas que tienen relación con perjuicios ocasionados a la mujer: enfermedad grave del esposo, ausencia prolongada de éste, incumplimiento del marido de la obligación de mantenerla, o, en general, daños ocasionados a la mujer que hacen imposible la vida conyugal.

2.5 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN; LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

Tras la disolución, el marido tiene la obligación legal de mantener a la mujer durante el período de continencia que debe observar ésta después de la nulidad o disolución del matrimonio – alrededor de tres meses (*idda*) – o, si estuviera embarazada, hasta que diera a luz. Más allá de ese tiempo, la mujer no posee derecho a reclamar pensión por alimentos al marido.

Respecto a los hijos, ya mencionamos la distinción establecida en el Derecho islámico tradicional entre la patria potestad – que en Derecho islámico se identifica a la tutela – atribuida al varón y la guarda o custodia de la mujer. La primera, la patria potestad (*wilaya*), confiere al varón el derecho-deber de la educación y corrección de los mismos, así como la administración de sus bienes hasta que llegan a la pubertad. La guarda o *hadana* de la mujer entraña, a su vez, el derecho-deber de cuidar de los hijos menores y alimentarlos. Tras la disolución del matrimonio la mujer conserva la *hadana*, pero sometida al libre ejercicio de las facultades del padre como tutor. De ahí que la mayor parte de los códigos de los Estados musulmanes – y, entre ellos, de la *Mudawana* marroquí – prescriban, como causas de extinción del derecho de custodia de la madre, aquéllas que dificulten el deber de vigilancia de la educación de los hijos por parte del padre; por ejemplo, el cambio de domicilio o el subsiguiente matrimonio de la madre. Además la custodia de la madre se somete a un final muy temprano en razón de la edad de los hijos: a partir de los doce años del hijo, o quince de la hija, estos pueden elegir con quien vivirán.

La situación de la mujer en lo que se refiere a la conservación de la *hadana* es más precaria si su religión fuera la cristiana o la judía; bajo el principio, asentado en todas las legislaciones islámicas, de que los hijos deben seguir la religión del padre, basta que se demuestre una mala influencia sobre el menor, ámbito donde se incluye cualquier intento de cambiar la religión del niño, para que se retire automáticamente la guarda o custodia de la madre.

2.6 LA FILIACIÓN

La *Mudawana* no varía sustancialmente la concepción de la *Sharia* sobre la filiación, presidida por el principio de que el parentesco se transmite por

línea masculina. La filiación paterna se funda en tres factores: la presunción de legitimidad si el hijo nace durante el matrimonio o en un tiempo posterior a su disolución que permita deducir que su concepción fue matrimonial; en el reconocimiento del varón siempre que existan hechos que lo confirmen o, por lo menos, no impidan la paternidad; o en el testimonio establecido por dos testigos ante los cuales el padre reconozca, expresa o tácitamente, la filiación. La filiación descansa, pues, en los vínculos de sangre entre un hombre y un niño, que hacen nacer un parentesco directo el cual introduce al niño en la familia agnaticia. La filiación ilegítima, a tenor de la *Mudawana*, no produce efecto alguno; situación la del hijo ilegítimo de carencia de derechos respecto de su progenitor que se perpetúa al no contemplarse la posibilidad de que el juez investigue, a instancias del hijo o de la madre, la paternidad, o la admisión de pruebas biológicas a tal fin. La filiación materna, por el contrario, produce los mismos efectos que la filiación legítima respecto a la progenitora.

La exclusiva trascendencia de los vínculos de sangre que guía el tratamiento de la filiación en la *Sharia* y, consecuentemente, en la mayor parte de los códigos de familia de los Estados musulmanes, explica, a su vez, la prohibición de la institución de la adopción. Para la *Mudawana* marroquí la adopción no tiene valor jurídico alguno ni entraña ninguno de los efectos de la filiación. Sí, en cambio, se admite que un menor sea alimentado y educado en el seno de la familia; por la institución de la *kafala* nace la obligación personal de atender a las necesidades materiales y morales del menor, sin que, a efectos matrimoniales, sucesorios o de cualquier otro tipo, surja una relación de parentesco entre la familia que acoge y el acogido.

2.7 LA TUTELA

Nos referiremos exclusivamente a la tutela de los menores de edad. En el Derecho islámico tradicional, la institución de la tutela sobre los menores tiene un alcance mayor que en la tradición romano-canónica. No se concibe como un mecanismo subsidiario a la patria potestad para suplir o completar la capacidad de obrar del menor o incapaz, sino que, en realidad, abarca tanto las facultades de la patria potestad, como, en ausencia de ésta por desaparición del padre, de la persona designada para representar al menor. No obstante lo dicho, la *Sharia* y las distintas escuelas jurídicas distinguen las facultades y potestades de la tutela según sean del padre o de un tutor nombrado *ad hoc*. Las del padre coinciden y se confunden con las de la patria potestad y las amplias facultades personales y patrimoniales sobre los hijos inherentes a aquélla, de tal manera que la tutela, ensanchada por la potestad atribuida al padre, adquiere una gran extensión en su ejercicio y apenas queda limitada por la ley.

Por el contrario, el tutor legal tiene un marco de actuación más restringido, sometido en todo momento a la vigilancia y control del juez decretados por la ley.

Aparte del supuesto de la tutela “natural” del padre, y ante la ausencia o incapacidad de éste, la tutela es ejercida por el tutor nombrado por el padre en su testamento – *wasi* –. A falta de tutor testamentario, el juez ejercerá la tutela, aunque las tareas propias de la administración del patrimonio puede a su vez encomendarlas a terceras personas: o nombrará un tutor.

La *Mudawana* marroquí seguía en sus líneas generales la regulación del Derecho tradicional, concediendo la tutela de los hijos – lo que en el Derecho español serían las facultades ínsitas a la patria potestad – exclusivamente al padre, otorgando a la madre la tutela legal en caso de fallecimiento o incapacidad sobrevenida del padre. En este último supuesto, el de la tutela de la madre, el Código establece una limitación *ad cautelam* al ejercicio de la madre de la patria potestad que no existe para el padre: la madre no puede vender los bienes del menor sin la autorización del juez. A falta del padre y de la madre, y en el tercer lugar en el orden designado por la ley para ostentar la representación legal del menor, se encuentra el tutor testamentario. La *Mudawana*, en el mismo sentido que el Derecho islámico tradicional, entiende que la designación de aquél es una prerrogativa ínsita a la patria potestad cuya exclusiva titularidad es del padre. Será, por tanto, éste quien lo designe en su testamento, pudiendo también revocar la designación a su entera voluntad. En todo caso, la regulación legal de la tutela en la *Mudawana* marroquí sigue la línea, ya marcada en los preceptos de la *Sharia* – especialmente respecto al tutor testamentario y al tutor dativo –, de intensificar la intervención judicial en la constitución, desenvolvimiento y extinción de la misma.

2.8 DERECHO SUCESORIO

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, los principios por los que se rige el Derecho sucesorio en la ley islámica, que eran fielmente seguidos en la *Mudawana* marroquí al igual que en la mayor parte de los códigos de los países musulmanes. El Derecho sucesorio en la *Sharia* es una compleja materia, regulada prolijamente y que da lugar a una intrincada casuística, que difiere, en cuanto a sus fundamentos y prescripciones, del Derecho romano-canónico. La sucesión, el modo de reparto del caudal hereditario del difunto, se concibe bajo la finalidad principal de la salvaguarda de la unidad del grupo familiar; lo cual, dada la estructura patriarcal de la familia musulmana, tiene como consecuencia favorecer la sucesión agnaticia sobre la conyugal. Se considera que el reparto de la herencia, en esas coordenadas, debe seguir la ley religiosa. Ésta prescribe

una complicada serie de fracciones o porcentajes a distribuir entre las distintas clases de herederos, que se imponen, por su naturaleza de *ius cogens*, a la voluntad del causante. Podría afirmarse, con razón, que en Derecho islámico toda la sucesión es legal o *ab intestato* y viene regulada por la ley religiosa. De ahí la escasa relevancia de la sucesión testamentaria. La ley permite la expresión de la voluntad del causante sobre sus bienes y derechos en un testamento, válido si es otorgado ante dos testigos. Pero limita su alcance al establecimiento de legados hasta un máximo de un tercio del valor de la herencia – si sobrepasase ese porcentaje, se reducirán *ex lege* los legados y se distribuirán proporcionalmente entre los dispuestos – y nunca a favor de los herederos legales.

En el sistema de Derecho sucesorio de la *Sharia* cabe destacar dos aspectos especialmente contrastantes con los derechos a la libertad religiosa y a la igualdad por razón de sexo que inspiran los Derechos occidentales en esta y otras materias del Derecho de familia.

El primero se refiere a los requisitos para suceder. La ley islámica prohíbe suceder a un musulmán a una persona de religión distinta, también incluida en éstas las religiones del Libro, cristianos y judíos; y, viceversa, un musulmán tampoco puede ser heredero de un no musulmán. Tal inhabilidad para heredar derivada de la religión de la persona era recogida en la *Mudawana*, la cual, sin embargo, sí permitía a los no musulmanes recibir legados de un no musulmán y, a su vez, realizar testamento.

Una vez garantizada la capacidad para suceder de la persona, el Derecho islámico regula un orden rígido entre ellos para el reparto de la herencia. Los herederos se dividen en dos grupos: los que tienen una cuota o parte fija de la herencia establecida por la ley, variando según concurren o no con otros herederos –herederos *fard*–, y los herederos *asab*, que tienen derecho a la sucesión si resta algo de la herencia después del reparto de las cuotas fijas a los *fard*. Los *asab* poseen, por tanto, una vocación universal a la herencia, pero supeditada al reparto previo de las partes que corresponden a los *fard*. Pues bien. Una de las reglas para suceder que rige tanto para los herederos *fard* como para los *asab* del Derecho tradicional, y recibida en la *Mudawana* marroquí, es que, a igualdad de grado y de vínculo en cada clase, a los varones les corresponde el doble que a las mujeres. A igualdad de sexo se reparte por cabezas. Esta última regla, que impone que las hijas hereden la mitad que los hijos o que, en ausencia de estos y en general en cada grado, las mujeres la mitad que los varones, es una manifestación más de la estructura patriarcal tradicional de la familia musulmana.

3. LÍNEAS GENERALES DE REGULACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE LA FAMILIA MARROQUÍ

La reforma de la *Mudawana* no se ha realizado exenta de polémicas y tensiones sociales, por otro lado habituales en la sociedad de los países de mayoría musulmana, entre los partidarios de introducir las modificaciones necesarias a fin de reflejar el papel de la mujer en el mundo moderno, y de los defensores de la aplicación estricta de la *Sharia* al Derecho de familia tal y como sustancialmente fue expuesta en los siglos IX y X de nuestra era. Tras el anuncio en 1999 del Primer Ministro Yusufi de llevar a cabo la reforma, manifestaciones multitudinarias, a favor y en contra, ocuparon las calles. En la continuación del proceso de reforma fue esencial la intervención del Rey, Mohammed VI, quien constitucionalmente tiene atribuidas las funciones de velar por el respeto del Islam y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, grupos sociales y demás colectivos ⁵. En el 2001 el Rey encargó a una comisión de expertos la preparación de un proyecto que, bajo el respeto de la ley religiosa o *Sharia*, consolidara una mejor protección de la mujer y de los hijos, y avanzara en la igualdad de derechos entre los cónyuges unidos por el contrato matrimonial. El proyecto fue debatido y enmendado en las cámaras baja y alta del Parlamento marroquí y, a pesar de la oposición de los partidos tradicionalistas, el nuevo Código de la Familia –que sustituye al anterior Código del Estatuto Personal– logró su promulgación en enero del 2004 ⁶.

El Código, como el anterior, es de aplicación a todo ciudadano marroquí, excepto a los de religión judía, a los cuales les seguirán siendo aplicables las reglas del estatuto personal hebreo.

Una importante novedad del Código de la Familia es que, por primera vez, se dispone y facilita el reconocimiento del matrimonio entre nacionales marroquíes en el extranjero. Según sus arts.14 y 15, será válido el matrimonio conforme a las normas del Derecho extranjero en donde se celebre el matrimonio siempre que cumplan los requisitos de consentimiento y dote del matrimonio marroquí, así como la presencia de dos testigos musulmanes; a continuación el acta matrimonial deberá entregarse en la oficina consular, que, a su vez, la enviará a la oficina del estado civil para su inscripción. Sin duda esta regulación favorecerá a los numerosos emigrantes marroquíes en España, quienes contrayendo bajo la forma prevista en el art.7,1 del Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España, y asegurando el requisito, no contemplado

⁵ Art.19 de la Constitución del Reino de Marruecos.

⁶ El Código fue finalmente aprobado por el *Dahiri* n° 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, que promulga la Ley n° 70.03 del Código de la Familia. Se seguirá la versión francesa del texto que aparece en la *web* de la Embajada de Marruecos en España.

en el ordenamiento español, de la constitución de la dote matrimonial, verán reconocido también su matrimonio en Marruecos con el simple requisito de la entrega del acta matrimonial en el consulado.

Junto con la reforma del Derecho sustantivo, hay que destacar la creación de unos tribunales de familia especializados en tales causas, con el fin de acelerar los procesos y facilitar el mejor conocimiento y solución de los asuntos – a la luz de la aplicación del nuevo Código – que se planteen en el ámbito del Derecho de familia.

4. INNOVACIONES PARTICULARES INTRODUCIDAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE LA FAMILIA

Como ya ha quedado señalado a lo largo del trabajo, el fin principal de la reforma es avanzar en la protección de la mujer en el seno de la familia musulmana, lo cual conlleva igualar, en lo que cabe, los derechos y deberes del marido y de la esposa y, correlativamente, reformar aquellas instituciones del Derecho tradicional que suponen claras discriminaciones por razón de género – tales como la poligamia y el repudio –, así como garantizar una mejor tutela de los hijos bajo el principio del interés del menor, principio que en la *Sharia* queda claramente subordinado a la patria potestad cuasi ilimitada ejercida por el padre.

En el discurso que Mohammed VI pronunció en la apertura del XII Año Legislativo – y que luego sería incluido en el Preámbulo del Código de la Familia – el Rey se refiere a las fuentes del Derecho de familia que se tendrán en cuenta y a los principios inspiradores de la reforma.

En cuanto a las primeras, a las fuentes, el Monarca afirma la fidelidad de la reforma con los valores del Islam, o, más concretamente, con lo que denomina “el Islam tolerante”, realizando una interpretación de las fuentes clásicas de la *Sharia*, a través de la hermenéutica de la doctrina islámica (*ijtihad*), a fin de adecuar los preceptos legales al espíritu de la época. Constituye asimismo una fuente legal que complementa la anterior la regulación de los derechos humanos y la obligación del Estado de Marruecos de aplicar los compromisos internacionales contraídos por la ratificación de convenios internacionales para la protección de los derechos humanos relacionados con el específico campo del Derecho de familia.

Los principios en que se inspira la reforma son enumerados por el Rey de manera precisa, subrayando en cada uno de ellos el estricto respeto que la nueva regulación observará para con los preceptos de la *Sharia*, en su versión más flexible del “Islam tolerante”: la consecución de la igualdad entre el hom-

bre y la mujer; preservar los derechos de la mujer mayor de edad en la tutela de los hijos; fijar la edad nupcial en la mayoría de edad legal – dieciocho años – en igualdad para hombre y mujer; restringir y condicionar el ejercicio de la poligamia salvaguardando los derechos de las mujeres y de los hijos; la simplificación del reconocimiento de los matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero; el sometimiento del repudio del varón a la autorización del juez velando por los derechos de la mujer y de los hijos; la ampliación de las causas por las que la mujer puede pedir el divorcio judicial; preservar los derechos de los niños en el seno de la familia; y aceptar cualquier medio de prueba legal en la determinación de la filiación de los hijos.

La reforma que ha dado lugar a la promulgación del Código de la Familia se realiza, en coherencia con la confesionalidad islámica del Estado proclamada en el art.6 de la Constitución del Reino de Marruecos, dentro de las coordenadas de la ley religiosa, la *Sharia*. Esto es, la pretensión de los impulsores de la misma es adaptar el Derecho musulmán clásico, dentro de la fidelidad al Corán y según las fuentes de la escuela *malekita* tradicional en el país, a los nuevos condicionamientos sociales. La justificación de los aspectos reformados suele realizarse mediante argumentos que se encuentran en el propio Corán o en otros materiales considerados inspirados por Dios ⁷. Se presenta, pues, como una reforma dentro de la ortodoxia islámica, que actualiza el Derecho divino a las condiciones modernas de la mujer o de los menores de edad en la sociedad contemporánea. Lo cual no impide que también el legislador haya tenido en cuenta los tratados internacionales en torno a la protección de los derechos fundamentales, especialmente los relacionados con los dos colectivos mencionados, ratificados por el Reino de Marruecos.

A fin de facilitar una mejor comprensión sobre el alcance de las reformas en materia de Derecho de familia, se seguirán los mismos epígrafes ya utilizados en la exposición de la regulación de la *Mudawana* vigente antes de la reforma de 2004.

4.1 CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

La figura del *wali* o representante forzoso de la mujer en la negociación del contrato matrimonial y, durante la celebración del matrimonio, que presta consentimiento en su nombre, ya no es obligada. Es un derecho de la mujer, dice el art.24 del Código de la Familia, elegir un tutor matrimonial – no-

⁷ Ejemplo de la importancia del Derecho religioso es la proclamación, realizada en el art.400 del Código de la Familia marroquí, de la *Sharia* y de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la misma de la Escuela *malekita* como fuente supletoria en la resolución de los casos no contemplados a lo largo de los preceptos del texto legal.

malmente es su padre – según su propio interés. Así, en la celebración del matrimonio habrá de consentir por sí misma o, en el caso de optar por la representación del padre o de otro pariente próximo, a través de éste (art.25). Se equipara, de esta forma, la situación de la mujer y la del varón en el acto de emisión del consentimiento matrimonial. Una de las razones que han aconsejado tal equiparación es, como veremos a continuación, el elevar la edad para contraer matrimonio de la mujer a dieciocho años, momento en el que tanto el varón como la mujer alcanzan la mayoría de edad.

4.2 IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Efectivamente, el art.19 del Código determina que la edad matrimonial será de dieciocho años, la misma para el hombre y la mujer, acabando, así, con la anterior diferenciación de la mujer, que podía contraer con tan sólo quince años. La madurez mental que, normalmente, acompaña a la mayoría de edad dificultará que el padre imponga a su hija “matrimonios de conveniencia” no deseados por ésta, fáciles de concertar a la baja edad de quince años. No obstante, el juez podrá autorizar matrimonios de personas antes de que hayan cumplido la edad legal, siempre que exista un interés o motivo para ello, quede acreditada su capacidad y conste la aprobación del representante legal del menor (arts.20 y 21).

Continúa admitiéndose la poligamia del varón – en el límite de la *Sharia* de cuatro matrimonios sin disolución del vínculo precedente –, sin que el Código de la Familia vigente se haya atrevido, tal y como hace la Ley del Estatuto Personal de Túnez, a su prohibición absoluta. No obstante, se incrementan las restricciones, de manera que su ejercicio efectivo se hace depender tanto de su aceptación por la esposa como de la autorización del juez. Subsiste la posibilidad de prohibición previa en el contrato matrimonial. Pero la novedad del Código es el completo sometimiento judicial del derecho del varón a un segundo o ulterior matrimonio. Se perfila un procedimiento en el cual los esposos deben comparecer ante el tribunal, que realizará un intento de conciliación, informará del hecho de la situación polígama a la futura esposa y, finalmente, autorizará o no el matrimonio. La autorización se hace depender de condiciones tasadas: además de la ya tradicional de que el juez se convenza de que el marido guardará la igualdad de trato y la equidad entre las esposas, aquél deberá demostrar que existe una justificación objetiva y excepcional para el matrimonio, y que posee recursos suficientes para el mantenimiento de la familia actual y futura (art.41). Observamos, pues, que el ordenamiento marroquí ha querido subrayar el carácter anómalo y excepcional del matrimonio polígamo, garantizando los derechos de la primera mujer y de los hijos ya nacidos, y sometiendo la autori-

zación a la apreciación, marcadamente discrecional por los términos en que se expresan los requisitos legales, del juez. La previsión es que si ya la poligamia es infrecuente en la sociedad marroquí, dado el coste económico de la misma y la facilidad de los medios de desvinculación del matrimonio, la actual regulación del Código de la Familia hará que sólo se produzca en supuestos puntuales. En todo caso, para la primera mujer continúa abierta la puerta del divorcio judicial alegando que la convivencia es imposible, debiendo el marido, tras la demanda, depositar el dinero suficiente para el pago de la manutención de la mujer y las pensiones por alimentos de los hijos, depósito del que hablaremos en el epígrafe dedicado a la disolución del matrimonio.

Continúa vigente en el nuevo Código el impedimento matrimonial por razón de religión, que prohíbe el matrimonio entre el varón musulmán y la mujer no musulmana, cristiana o judía, y el de la mujer musulmana con un varón no musulmán (art.39, 4). Impedimento que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales reconocidos en las convenciones internacionales, atenta contra el derecho a la no discriminación por razón de sexo, el derecho a contraer matrimonio y a la libertad religiosa.

4.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

Una de las novedades más sobresalientes del Código de la Familia de Marruecos es la equiparación entre hombre y mujer cara a las responsabilidades familiares y a los derechos y deberes del matrimonio. Efectivamente, desaparece esa dualidad de facultades que otorgaba al varón la dirección de la familia y a la mujer el cuidado – se entiende que material – del hogar, por lo menos mientras subsista el matrimonio. Asimismo, ya no se mencionan las obligaciones de la mujer de guardar obediencia y fidelidad hacia su marido, expresión de la preeminencia del varón en el ámbito familiar. El art.51 enumera los derechos y deberes conjuntos de los cónyuges, cuyo incumplimiento será causa legítima para solicitar el divorcio judicial: a la cohabitación, a ser tratados correctamente, a la gestión de los asuntos del hogar y a la educación de los hijos, a la buena relación con los parientes y a los derechos sucesorios recíprocos. Igualdad entre ambos cónyuges que tendrá importantes efectos en el régimen de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos en caso de disolución del matrimonio, tema que será tratado en posteriores líneas. Se mantiene, eso sí, el deber del marido de mantener a la mujer y a los hijos; pero también la madre compartirá esta obligación si tiene bienes.

El Código de la Familia recientemente promulgado en Marruecos da, en esta cuestión de los derechos y deberes de los cónyuges, un importante paso en aras de introducir en el ordenamiento del país vecino las disposiciones in-

ternacionales sobre igualdad y no discriminación entre hombre y mujer en la relación jurídica matrimonial.

4.4 LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

El Código marroquí intensifica el sometimiento al juez de todo tipo de divorcio del matrimonio, incluido el repudio del marido o *talak*. Se podría afirmar que hoy sólo se reconoce el divorcio judicial, con distintas condiciones y procedimiento si es el marido quien lo insta o la mujer. Acaba, así, con la facultad de disolución unilateral e incontrolada del matrimonio concedida al marido por la *Sharia*, aunque sigue persistiendo el divorcio sin alegación de causa del varón – si se cumplen ciertos requisitos de los que ya hablaremos – frente al divorcio causal de la mujer.

El repudio del varón, registrado ante dos notarios, necesita la autorización judicial para que obtenga eficacia. Se abre, entonces, un procedimiento ante el tribunal en el que el órgano judicial intenta la reconciliación de los esposos y, lo que es más importante para la mujer, fija la dote de consolación si falta la causa o de ésta no se deduce la culpabilidad de la mujer. La novedad de la reforma es que obliga al marido a depositar cautelarmente, en un plazo de treinta días, el dinero correspondiente a las deudas que contrae con la mujer y los hijos por la disolución del matrimonio: por la dote diferida, la dote de consolación que aprecie el juez, la manutención de la mujer durante el periodo de *idda* o de continencia de la mujer – unos tres meses – y las pensiones alimenticias a favor de los hijos durante el tiempo que el juez determine (art.83). Si el marido deposita estas cantidades, el juez autorizará el divorcio y lo registrará. En caso contrario, se entenderá que renuncia a su intención de repudiar. No cabe duda que el depósito ordenado en el Código representa un importante freno ante repudios poco reflexivos o inmotivados.

Sigue reconociéndose el repudio por compensación de la mujer o *khole*, por el cual ambas partes pactan que, previa satisfacción de una cantidad determinada de la mujer a su marido, éste otorgará el repudio, que en todo caso y para la definitiva disolución del matrimonio, igualmente requiere el depósito judicial constituido por el marido (art.115). Ahora bien. La esposa tendrá derecho a la restitución de lo entregado si se establece que la causa del divorcio la constituye un perjuicio que el marido ocasiona a su mujer (art.117).

El divorcio judicial causal continúa reservándose a la mujer, ya que las causas que expone el Código – las ya tradicionales de enfermedad o ausencia del marido, incumplimiento del contrato matrimonial, falta de mantenimiento, malos tratos, etc. – se refieren sustancialmente a incumplimientos o perjuicios ocasionados a la esposa.

Junto a estos dos tipos de divorcios presentes en las fuentes clásicas de Derecho islámico, el Código de la Familia introduce una tercera modalidad, el divorcio por mutuo acuerdo, en el que no es necesario alegar causa legal alguna –siempre que no sea en perjuicio directo de los hijos–; tras un intento de reconciliación de los esposos ante el tribunal, el juez acordará sin más trámite la disolución del matrimonio (art.114). Cabe apreciar la influencia del Derecho occidental en este tercer tipo, expresión de los valores de autonomía de la voluntad y libertad en la desvinculación de los cónyuges a la hora de poner fin a su matrimonio, que hoy también se acogen en el Derecho marroquí. Si bien hay que subrayar que el Código de la Familia marroquí no lleva el mutuo consentimiento de las partes, más allá del acuerdo de divorcio, a las condiciones en torno a la vivienda u hogar habitual, el ajuar, las pensiones alimenticias, la custodia de los hijos y el régimen de visitas del otro progenitor ... o, en fin, a las cuestiones objeto del convenio regulador tal y como es regulado por nuestro Código Civil. Todas esas cuestiones serán decididas, previo informe del Fiscal, por los tribunales de familia marroquíes.

4.5 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN; LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

Una vez disuelto el matrimonio por divorcio o repudio, la determinación del derecho a recibir pensión y la obligación de prestarla no cambia sustancialmente respecto de la anterior regulación. Como ya dijimos, el padre debe pensión por alimentos a sus hijos – incurriendo en negligencia si no la paga por más de un mes – y a su mujer durante el período de *idda* o, si estuviera embarazada, hasta que diera a luz (art.196). La única novedad, en cuanto a la pensión de los hijos, es que a ella podrá contribuir la madre si tiene bienes suficientes (art.199).

Sí se aprecian novedades importantes en el régimen de patria potestad y guarda de los hijos tras la disolución del vínculo, como efecto de la declaración del art.51 del nuevo Código del derecho-deber, compartido ahora por ambos cónyuges, del cuidado y educación de los hijos. Lo cual no significa una absoluta igualdad en el reparto de funciones que necesariamente habrá de aplicarse con la separación física de los cónyuges tras la declaración de divorcio o autorización judicial de repudio. El tutor natural de los hijos – quien ejerce la patria potestad – sigue siendo el padre, y sólo en defecto de éste será la madre (art.236). En cambio, la guarda y custodia corresponde en primer lugar a la madre y, si faltara o no tuviera capacidad de desempeñarla, se atribuiría en primer lugar al padre (art.171). Sin embargo, ambas figuras, la tutela y la guarda, se flexibilizan, de tal manera que el juez puede decidir la persona más conveniente – sea el padre, la madre, o un pariente del hijo – en interés del

menor, pudiendo alterar el orden que la ley establece. Y este principio, el tener en cuenta el interés del hijo menor de edad en la determinación de la tutela o la custodia, es precisamente una importante novedad introducida en el Código de la Familia, en coherencia con los compromisos asumidos por el Estado al ratificar las convenciones internacionales sobre salvaguarda de los derechos del niño.

La guarda y custodia de los hijos es una de las materias en la que más cambios se han verificado, bajo el criterio de reforzar la posición de la madre en el cuidado de sus hijos. Subrayaremos los más importantes: la guarda o *hadana* se prolonga hasta la mayoría de edad de los hijos – más allá de los doce años para el varón y quince para la mujer de la anterior regulación –, otorgando a los hijos el derecho a optar el vivir con el padre o con la madre a partir de los quince años (art.166); la guarda de la madre no se extingue automáticamente en caso de que contraiga nuevo matrimonio, o que se aleje del domicilio del padre, siempre que se verifiquen determinadas condiciones – que alguno de los hijos sea menor de siete años o haya contraído una enfermedad grave, que la madre sea tutor legal del hijo, etc. – (art.178); o, en fin, si la madre pierde la guarda por incapacidad para desempeñarla u otra causa sobrevenida, puede recuperarla desapareciendo la causa de incapacidad o el hecho que motivó la pérdida (art.170). Persiste la situación precaria para conservar la guarda de la mujer de religión judía o cristiana, por cuanto uno de los requisitos para ejercerla es la capacidad de la persona para educar al hijo religiosa y moralmente, salvaguardando la fe que profesa (art.173,3) – aunque el Código no lo diga, se sobrentiende que en la religión del padre, el Islam –; no obstante, si la mujer perdiera la custodia por apreciarse unas enseñanzas contrarias a los preceptos islámicos, no sería con carácter irrevocable como en la antigua *Mudawana*.

4.6 LA FILIACIÓN

A los principios tradicionales que inspiran la regulación de la familia en el Derecho marroquí se ha unido uno nuevo, el interés del menor, de especial relevancia en el tema que tratamos en el presente epígrafe, las relaciones paterno-filiales.

La atención que el legislador presta a tal principio de la salvaguarda del interés del menor se refleja en la inclusión de un artículo, el número 54, sobre los derechos de los niños, inexistente en la anterior redacción de la *Mudawana*. Entre estos se mencionan – en correspondencia con la Declaración sobre derechos del niño adoptada por la ONU, que Marruecos ha ratificado – los derechos a la salud, a su identidad, a su mantenimiento y alimentación, a la educación religiosa, moral y cívica o, entre otros, a su preparación para la vida activa en

la sociedad. No cabe duda que esta asunción de derechos, por los que el Estado debe velar, vincula en primera instancia a los padres. De ahí que también incida el principio del interés del menor en reformas en el marco de la filiación legítima e ilegítima tal y como tradicionalmente son concebidas en la *Sharia* y, siguiendo la ley religiosa, en la regulación de la anterior *Mudawana*.

En cuanto a la filiación legítima paterna, aparte de la presunción de la misma por producirse el nacimiento dentro del matrimonio, los otros dos supuestos clásicos de determinación – el reconocimiento del padre o el testimonio de dos personas ante las cuales aquél haya reconocido la paternidad – descansan en la voluntad del progenitor. Quedaba vedada, pues, la declaración judicial de paternidad, lo cual significa un evidente perjuicio para los derechos del hijo. El interés del menor – en este caso su derecho a ver reconocida su filiación – justifica que el Código de la Familia recientemente promulgado introduzca un nuevo supuesto de reconocimiento de la paternidad: la determinación por el juez mediante cualquier medio de prueba legal sometida al dictamen de un experto judicial (arts. 145 y 158). Con ello se abre la puerta a la investigación de la paternidad y a la admisión de pruebas biológicas bajo la supervisión judicial. Medios y procedimientos extendidos en el mundo occidental, pero raros en los países islámicos, precisamente por la posición de superioridad del varón en las relaciones familiares y el consiguiente exclusivo sometimiento a la voluntad de éste en la determinación de la filiación que impera en la ley religiosa o *Sharia*. El nuevo Código pretende, de igual manera, restringir al máximo los hijos ilegítimos ampliando los medios en que puede ser determinada la filiación materna; además de los supuestos del nacimiento y el reconocimiento de la madre, también se regula la posibilidad de que sea establecida por decisión judicial (art. 147).

En todo caso, continua la ausencia de otorgamiento de efectos a la adopción, en cuanto supone un modo de establecer la filiación expresamente prohibido en la *Sharia*. El art. 149 prescribe, de manera taxativa, que la adopción es nula y no entraña ninguno de los efectos de la filiación legítima. Sí continúa vigente la institución, tradicional en el Derecho islámico, del cuidado de los niños sin familia (*kafala*), estableciéndose entre el varón o mujer mayor de edad que prodiga los cuidados y el menor una relación similar a la de nuestro acogimiento o prohijamiento.

4.7 LA TUTELA

La representación legal de los hijos menores es ejercida por el tutor legal, el tutor testamentario o el tutor judicial o dativo. Si, como ya dijimos, durante el matrimonio el Código de la Familia, innovando el ordenamiento precedente,

proclama la equiparación de los derechos y deberes de los cónyuges respecto de los hijos comunes y, por consiguiente, tanto el padre como la madre tienen la obligación de velar por el cuidado físico y psicológico de los menores, en el momento de la disolución del vínculo matrimonial revive el principio del Derecho islámico clásico que distingue la tutela de los menores (*wilaya*) – en donde se incluyen las facultades de la patria potestad sobre los hijos – que es monopolio del padre, y la guarda (*hadana*) o cuidado material que recae sobre la madre.

Así lo reitera, respecto a la tutela del menor, el Código de la Familia. El padre es el tutor legal de sus hijos y a quien corresponde por Derecho la representación legal de los mismos en primer lugar. Sólo la madre se ocupará de esta función si el padre se hallare ausente, hubiera fallecido o fuera declarado incapaz (arts. 236 y 238). La madre de confesión cristiana o judía puede tener problemas para mantener la tutela si intenta educar a sus hijos en su fe, ya que el art.235 encomienda al representante legal velar por la educación y formación religiosa del menor, siendo las creencias de los hijos, que siguen la religión del padre, las islámicas.

La tutela natural sobre los hijos confiada en primera instancia al varón también se manifiesta en la facultad otorgada al padre prioritariamente de nombrar un tutor testamentario (art.237)⁸. El tutor testamentario ejercerá su tarea en defecto del padre y de la madre, es decir, en el tercer lugar de la prelación establecida en el Código. A falta de tutor legal y testamentario, será el juez quien nombre un tutor dativo (art.244).

Señalábamos líneas atrás cómo en la antigua *Mudawana* se reflejaba una cierta desconfianza hacia el ejercicio de la tutela de la madre imponiendo, *ad cautelam*, la autorización judicial previa a la venta, decidida por la madre, de bienes del menor, limitación que, por contra, no pesaba sobre el ejercicio de la tutela del padre. Pervive esta desconfianza en el Código de la Familia. Si el padre ha designado un tutor testamentario, éste controlará la gestión de la madre, acudiendo al juez en caso de discrepancia con las actuaciones de aquélla, debiendo el juez decidir la controversia (art.238). No cabe duda que en esta especial “tutela” superpuesta a la tutela de la madre late la concepción, presente en el Derecho islámico clásico, de que es el hombre el facultado para ocuparse de los asuntos patrimoniales y de la dirección de la educación de los hijos, relegando a la madre a las tareas del hogar familiar. Desde la perspectiva de los derechos de la mujer, la disposición del Código supone una discriminación por razón del sexo de la persona, lesiva de los derechos y libertades de las mujeres.

⁸ La madre puede, asimismo, designar un tutor testamentario, o revocarlo, pero el ejercicio de su cargo depende de que el padre no haya dispuesto por testamento otro tutor (arts. 231 y 238).

En todo caso, en el nuevo Código de la Familia se acentúa la línea, presente en anteriores reformas del Derecho de familia marroquí, del control y supervisión judicial respecto al ejercicio de la tutela, especialmente acusados en relación a las tutelas testamentaria y dativa. Por citar algunos ejemplos, el juez ha de confirmar al tutor testamentario a la muerte del padre (art.237), ejerce de tutor en defecto del testamentario o elige un tutor dativo (arts.231 y 244 y siguientes), debe autorizar determinados actos que supongan cargas o enajenaciones del patrimonio del menor (arts. 240 y siguientes), designa un administrador en caso de conflicto entre los intereses del tutor y de su pupilo (art.243), supervisa la rendición de cuentas del tutor (arts.226, 240 y 271) y puede revocar la tutela en caso de que el tutor ponga en peligro los bienes del menor (art.270).

4.8 DERECHO SUCESORIO

El Derecho sucesorio es uno de los aspectos en que menos cambios se aprecian en el nuevo Código de la Familia marroquí, tal vez por ser una materia, como ya dijimos, regulada minuciosamente en la *Sharia* y tradicionalmente considerada un pilar esencial de la conservación del patrimonio familiar en una sociedad de estructura patriarcal. Se mantiene, por tanto, a la vez que los mismos esquemas rígidos de división de la herencia por cuotas entre los herederos *fard* y *asab*, las limitaciones por razón de la religión y del sexo de la persona ya presentes en la *Mudawana*.

En el primer aspecto señalado, el Código de la Familia reitera en su art.332 la prohibición, clásica en las fuentes del Derecho islámico, de sucederse recíprocamente personas de distinta religión: no hay sucesión – declara – entre musulmanes y no musulmanes. Sí permite a los no musulmanes, como la antigua *Mudawana*, realizar testamento y recibir legados de un no musulmán.

También subsisten las diferentes cuotas para los hombres y para las mujeres a igualdad de parentesco y de vínculo en el reparto entre los herederos *fard*; las mujeres heredan la mitad que los varones en las condiciones mencionadas. Respecto a los *asab*, desaparece tal regla tradicional, discriminatoria de la mujer, siempre que estén llamados a la sucesión universal directamente. Según el art.350,3 del Código de la Familia, en caso de herederos de la misma clase y grado, y unidos al difunto con igual vínculo, la sucesión se reparte entre ellos en igualdad – no hace, por tanto, mención al sexo para distinguir el reparto entre los herederos y las herederas como en la antigua *Mudawana* –. Sí persiste, entre los herederos *asab*, la regla de que los varones heredan el doble que las mujeres, en igualdad de condiciones, si estos son herederos *asab* en sustitución de otros (art.351).

5. CONSIDERACIONES FINALES

El recorrido que hemos realizado por la reforma llevada a cabo en el Derecho de familia mediante la promulgación del Código de la Familia marroquí nos muestra un ejemplo, que se generaliza desde mediados del siglo pasado entre los Estados islámicos, de vía media en la modificación de la regulación de las instituciones de esa rama del ordenamiento. Es decir, se accede al cambio, en función de la posición en las sociedades modernas de la mujer y la protección de los menores de edad, pero dentro de los principios inspiradores de la ley religiosa tradicional. Lo cual refleja, a su vez, la transformación en la concepción de la *Sharia* que impera en el legislador de Marruecos como en el de otros países de mayoría musulmana: la consideración de la ley religiosa no como una regulación cerrada y rígida, blindada – tal y como quedó en el siglo X – a nuevas interpretaciones, sino como una fuente de principios de orden religioso y moral, que inspiran y, a su vez, son límites del ordenamiento positivo. No cabe duda que esta visión, que se podría llamar reformista, ensancha el campo de juego del legislador humano y de los intérpretes sociales.

Otro factor que destaca, en unión al anterior, como elemento informador del nuevo Código es el deseo de trasladar al ámbito del Derecho de familia, como hemos indicado un tradicional baluarte del Derecho religioso, la protección de los derechos humanos y, en concreto, la salvaguarda de los derechos de igualdad y libertad de las mujeres y de los niños, cumpliendo los compromisos adoptados en el ámbito internacional. No cabe duda que, en este plano, la regulación marroquí muestra un importante avance, aunque persisten ciertas discriminaciones cuya raíz puede encontrarse en las limitaciones directamente impuestas por la obediencia a la *Sharia*. Algunos ejemplos del distinto trato de la mujer, no justificado según los textos internacionales sobre derechos humanos, se han desgranado a lo largo de la exposición.

Claro que, por otro lado, el deseo, encomiable, de mejorar la situación jurídica de la mujer dentro de la familia no se ha equilibrado con la desaparición de instituciones que la favorecen, pero que, en un régimen de igualdad entre hombre y mujer, carecen de sentido. Un ejemplo ⁹. La dote diferida a la disolución es un medio de evitar, en un sistema como el islámico de repudio unilateral e inmotivado del marido hacia la mujer, las disoluciones poco reflexivas o caprichosas. Pero cuando se judicializa el repudio y se le obliga al marido a depositar las cantidades que puedan considerarse deudas suyas frente a la mujer y los hijos devengadas tras la disolución – la manutención de la mujer, las pensiones alimenticias de los hijos, la dote de consolación si no existiera

⁹ Mencionado en N. J. COULSON, *Historia ... cit.*, p. 216

causa del repudio ... –, ¿qué sentido tiene la dote diferida? Sólo acrecentar el monto del depósito judicial.

En todo caso, el realismo impone no pensar – como los ilustrados de los siglos XVIII y XIX – que la ley transformará mágicamente la sociedad y las familias marroquíes. Puede afirmarse, con rigor, que el problema de la mujer marroquí ya no es tanto la ley – menos después de la reforma –, sino, y especialmente en el ámbito rural, su marginación social y su incultura, aceptada como una forma de vida secular. El problema estará, pues, en que se le informe y pueda ejercer efectivamente sus derechos en una sociedad dominada por el varón.

Otro factor que obligará a observar atentamente el desarrollo del Código de la Familia es el de la aplicación en los juzgados y tribunales. En una sociedad, como la marroquí, dividida entre conservadores y reformistas, puede verificarse una apreciable diferencia respecto a la actuación de los jueces. Y no olvidemos que gran parte de las amplias funciones que el Código deja en manos de los jueces – en su inmensa mayoría varones – dependen de la interpretación que hagan de la ley y de la valoración discrecional que realicen de las circunstancias. Esto ya se ha observado en algunos casos; por ejemplo, imponiendo al marido indemnizaciones y pago de pensiones en una cuantía totalmente insuficiente para las necesidades de la madre y de los hijos.

En todo caso, el cambio es signo de vitalidad y el Derecho marroquí, como el de otros Estados islámicos, da muestras evidentes de encontrarse en un momento decisivo en la tensión siempre existente entre el Derecho secular y la ley religiosa.