

**El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge**





## RESUMEN

El análisis del fenómeno migratorio de nacionales de Marruecos a España y el posterior desarrollo en nuestro país de sus derechos familiares a través del ejercicio de la reagrupación familiar, pone al descubierto como situaciones familiares producidas al amparo del Derecho de familia marroquí no pueden, sin embargo, encontrar reconocimiento en nuestro Estado, de la misma forma que relaciones jurídicas válidas y eficaces en nuestro territorio no encuentran acomodo posterior en su país de origen. Así, en el caso del cónyuge, figura indiscutida en cuanto a su pertenencia a la familia y a la posibilidad de su reagrupación, origina conflictos en relación a quién debemos considerar incluido bajo esta terminología, pues ¿qué hacer en el caso de que el reagrupante tuviese más de una esposa, o en el supuesto en el que se hubiese dado término a la relación matrimonial por medio del repudio, o en el matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo, o en las relaciones *more uxorio* constituidas en nuestro Estado? Éstas y otras situaciones relacionadas con el cónyuge serán objeto de reflexión en el presente trabajo.

**Palabras clave:** Derecho de familia, Código de familia marroquí, *Mudawana*, extranjería, reagrupación familiar, reunificación familiar, cónyuge.

## ABSTRACT

**The Moroccan model of family and its impact in Spain through the foreign resident's entitlement to a family life: special consideration of the spouse**

The analysis of the migratory phenomenon of Moroccan citizens into Spain and how their family rights are further developed in our country by means of their entitlement to family regrouping reveals that family situations supported by Moroccan Family Law are not always acknowledged in our State. Likewise, fully binding and valid juridical relationships in our territory do not have a counterpart in their country of origin. So, the case of the spouse, whose belonging to the notion of family and possibility of regrouping are unquestionable, is in fact a source of conflict, particularly with respect to the boundaries of term "spouse" and who is to be considered included with its scope. What would happen if the person had more than one partner or the marriage finished by repudiation? What if the case was either that of two people of same sex having got married in Spain or a *more uxorio* relationship? These and other situations linked to the spouse will be the object of reflection throughout the present work.

**Key words:** Family Law, Moroccan Family Code, *Mudawana*, foreign affairs, family regrouping, family reunification, spouse.

POR ELENA LÓPEZ BARBA.  
Profesora Doctora de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Huelva.



## I INTRODUCCIÓN

Es una cualidad común de los diversos Ordenamientos jurídicos estatales, además del Derecho internacional, la regulación del Derecho de familia, o el reconocimiento de instituciones íntimamente relacionadas con ella (matrimonio, parentesco, patria potestad, tutela...). Pero a los interrogantes de qué es familia, quiénes han de entenderse como miembros de la misma o cuál sea el tratamiento jurídico aplicable, no se obtiene una respuesta coincidente, máxime cuando se trata de poner en conexión sistemas jurídicos con una marcada inspiración religiosa con los que no la tienen. Un ejemplo, es lo que sucede con el cónyuge, pues aun cuando no existe polémica entorno a su pertenencia a la familia ni a su necesidad de protección como componente de la misma, sin embargo, genera conflictos en cuanto a quién entendemos englobado bajo esta terminología. Nos estamos refiriendo al hecho de que en España serían cónyuges dos personas que cumpliendo las formalidades legales previstas hubiesen celebrado válidamente el matrimonio, con independencia de que fuesen de distinto o del mismo sexo pero no obtendría la categoría de <sup>1</sup> cónyuge quien se casara con una persona ya casada, unida por un vínculo que no se ha disuelto previamente, dado que no se admiten, por contrarias al orden público español, la poligamia ni la poliandria <sup>2</sup>.

Éstas y otras hipótesis relacionadas con la capacidad y libertad para contraer matrimonio, la disolución del vínculo matrimonial, la tutela de los hijos/as, las parejas de hecho... ponen de manifiesto la dificultad de la empresa que nos ocupa. Y ello, porque la realidad de un mundo cada día más globalizado, donde los matrimonios mixtos son cada vez más frecuentes, se suma la particularidad de que España dejó de ser un país de paso para la inmigración, para ser el lugar donde se asienta de forma definitiva o, al menos, estable. Una evidencia de lo anterior es que el extranjero haga uso de su derecho a la reagrupación familiar de aquellos que quedaron en el país de origen <sup>3</sup> o del

derecho a constituir una nueva familia en el territorio de acogida.

Entre los inmigrantes asentados en nuestro territorio se encuentra la comunidad marroquí <sup>4</sup> que, como las demás, en su deseo de integración y permanencia reagrupan a sus familiares que quedaron en Marruecos o crean nuevos vínculos familiares en nuestro territorio. Cuál sea el régimen jurídico aplicable a las cuestiones de conflicto que surjan en torno a las familias que, viviendo en España, uno o todos sus miembros tengan nacionalidad marroquí es un tema del que se ocupa el Derecho Internacional Privado <sup>5</sup>, y que no será objeto de reflexión en el presente trabajo, pues lo que se pretende es subrayar cómo fórmulas extrañas a nuestro Derecho de familia e incluso contrarias a nuestra Constitución se han instalado en nuestro país vía de facto. O cómo situaciones familiares válidamente constituidas en nuestro Estado no son reconocidas en Marruecos. Pero antes de entrar en estas cuestiones es preciso realizar un pequeño apunte sobre cuál sea el régimen jurídico aplicable en el ejercicio del derecho a la vida en familia y su más clara expresión, el derecho a la reagrupación familiar.

## II RÉGIMEN JURÍDICO APPLICABLE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA

El régimen jurídico aplicable para el ejercicio del derecho a la vida en familia en su más clara manifestación, la unificación familiar, dependerá de la nacionalidad del sujeto que, residente en España, inicie este procedimiento, así:

Si se tratara de un ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, que haciendo uso de su derecho a la libre circulación se instala en España y una vez aquí decide reunirse con uno o varios miembros de su familia nacionales de un tercer Estado, por ejemplo, nacional

**1**

Art. 44.2º Código civil, redactado conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE nº 157, de 2 de julio).

**2**

Impedimento de ligamen, artículo 46.2 Código civil y matrimonios ilegales, artículos 217 a 219 Código Penal.

**3**

De la web del Instituto Nacional de Estadística, los últimos datos del año 2008, relativos a septiembre de 2007, inmigrantes venidos a España por reagrupación familiar: 1.451.950.

**4**

De la web del Instituto Nacional de Estadística, datos de la Revisión del Padrón Municipal de 2009, en el apartado: ámbito nacional, población de ambos sexos con país de nacimiento Marruecos, con independencia de su nacionalidad actual: 737.818.

**5**

RODRÍGUEZ BENOT, A. "Eficacia ante el Ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí", en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*, Volumen I, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 14 a 97.

**6**

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE nº 51, de 28 de febrero), que incorpora la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOCE L 158, de 30 de abril; corrección de errores, DOCE L 229/35, de 26 de junio de 2004). Real Decreto 240/2007 que ha sido parcialmente anulado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Contencioso Administrativo, de 1 de junio de 2010 ante el recurso presentado por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía (BOE nº 266, de 3 de noviembre).

**7**

BOE nº 10, de 12 de enero. La Ley Orgánica 4/2000 sufre sucesivas modificaciones: Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 307, de 23 de diciembre). Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 de septiembre). Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia Desleal (BOE nº 279, de



21 de noviembre). Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 299, de 12 de diciembre). En la actualidad se desarrolla por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005). En el momento de elaboración de este artículo está en proceso de aprobación un nuevo Reglamento previsto para el mes de abril de 2011.

**8**

El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, propósito de la solicitud de impugnación de la expresión “otro Estado miembro” contenida en el artículo 2 del RD 240/2007, recoge que *“En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia –de nacionalidad extracomunitaria–, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta (de otro Estado miembro) implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada”*.

**9**

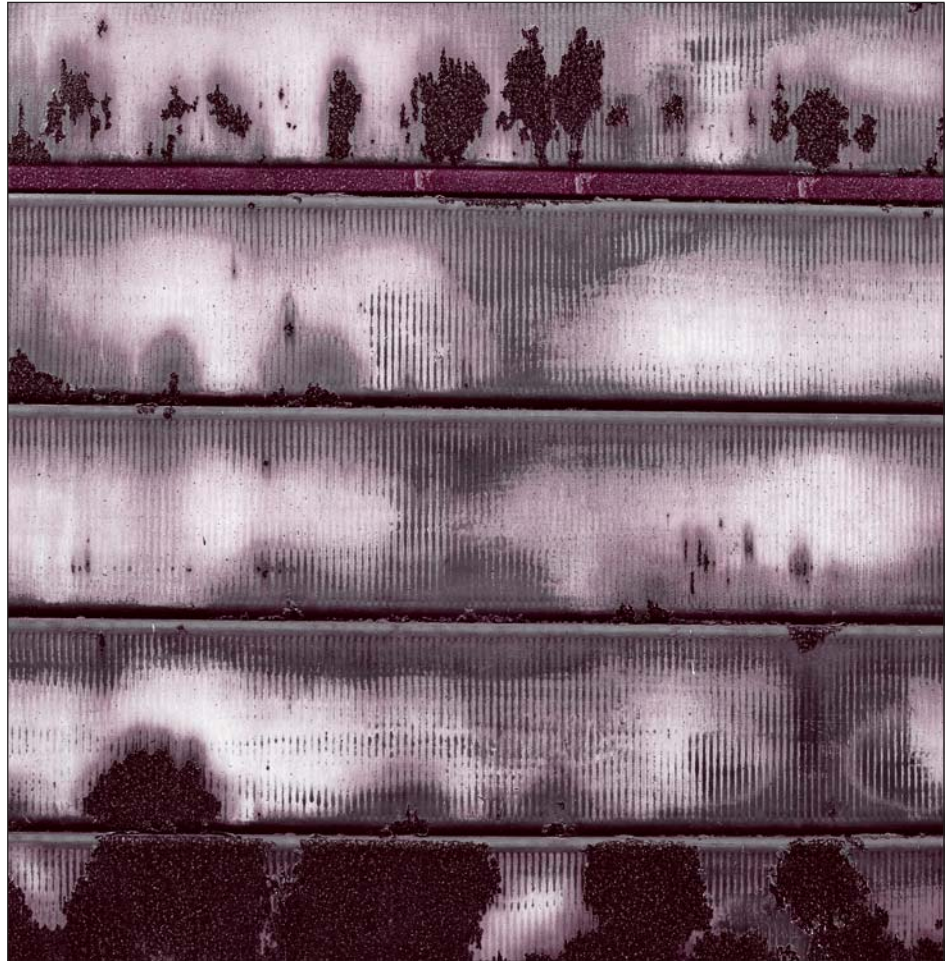
BOE nº 266, de 3 de noviembre de 2010.

**10**

DA Vigésima del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 –incorporada por el RD 240/2007–, sobre “Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

**11**

La Disposición final tercera del RD 240/2007, se refiere a la “Modificación del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre” e incorpora a este texto la Disposición Adicional Vigésima, sobre “Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, disposición anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. Hay que hacer notar que en el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo hay una errata en el punto segundo apartado 1) por el que se deroga la “Disposición Final Tercera, apartado Dos (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)” en lugar de la Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Error que ha sido expresamente corregido en la letra B) del texto publicado en el BOE de 3 de noviembre de 2010.



de Marruecos, en este caso la norma aplicable sería el Real Decreto 240/2007<sup>8</sup>.

Si se tratara de un nacional de un tercer Estado, por ejemplo, nacional marroquí, que desea reagrupar a sus familiares, también nacionales de terceros Estados, sean de Marruecos u otro Estado diverso, en este caso la norma aplicable es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>7</sup>.

Si se tratara de un nacional español que, haciendo uso de su derecho a la libre circulación como ciudadano de la Unión se instala en otro Estado comunitario y allí ha constituido o ha unificado a un familiar nacional marroquí, y luego cuando regresa a España desea hacer uso de su derecho a la vida en familia, lo hará de acuerdo

con el Real Decreto 240/2007<sup>8</sup> según la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 que anula parcialmente esta norma<sup>9</sup>.

Situación más *discutible* es en la que queda el nacional español que permaneciendo en España y sin haber hecho uso de su derecho a la libre circulación desea reagrupar a un familiar no comunitario, por ejemplo, marroquí. Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, se le aplicará el Real Decreto 240/2007, dado que esta sentencia ha declarado nula la disposición adicional vigésima del Real Decreto 2393/2004<sup>10</sup>, incorporada por el Real Decreto 240/2007<sup>11</sup>. En concreto, en el Fundamento de Derecho Decimo Primero de la Sentencia del alto Tribunal se precisa la necesaria aplicación al ciudadano/a español, que no ha hecho uso a la libre circulación, del régimen previsto en la Directiva 2004/38/CE



incorporado en nuestro Derecho por el Real Decreto 240/2007, así afirma la Sentencia que “*Dado el caso, carecería de sentido la situación de discriminación inversa que se produce cuando el reagrupante es nacional del Estado en el que reside y pretende llevar a cabo la reagrupación familiar, puesto que por encima de su derecho al ejercicio a la libre circulación ostenta un estatus superior, que es el que le confiere la condición de ser un ciudadano de la Unión*”. Sin embargo, el Tribunal olvida, como ha puesto de manifiesto el voto particular, que la Directiva se refiere al “*ciudadano de la Unión que se traslade o resida en un Estado distinto del Estado del que tenga la nacionalidad y a los miembros de su familia como los que le acompañen o se reúnan con él. Lo que pone de manifiesto, de un lado, que el objeto de la Directiva no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales, sino los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión*

*en el espacio común y no en su país de origen. Y, de otro, se exige la necesidad de movimiento o desplazamiento, que comporta la libre circulación, para su inclusión, como beneficiario, en el ámbito de aplicación de la Directiva. Se precisa, por tanto, que se hayan ejercitado los derechos de libre circulación y residencia para que a los miembros de su familia, que no son europeos o comunitarios, les sea de aplicación el RD impugnado*”<sup>12</sup>. De ahí que se calificara al inicio de este párrafo de *discutible* la solución actual para los nacionales españoles/as, pues aún cuando tras la Sentencia del Tribunal Supremo no hay duda de que el régimen jurídico aplicable es el previsto para los/las ciudadanos de la Unión Europea que han hecho uso de la libre circulación, no es menos cierto que esta solución no es la más adecuada tal y como queda de manifiesto en el voto particular, que compartimos plenamente. Además, entendemos que el poder judicial parece, en esta ocasión, que al

12

Opinión manifestada en el Voto Particular formulado por la Magistrada María del Pilar Teso Gamella, en el punto segundo relativo a los “*apartados declarados nulos por la sentencia de los que disiento*”, punto primero. En el que insiste sobre el tema afirmando “*En definitiva, se trata de crear un espacio sin fronteras, no de interferir en las relaciones entre el Estado y sus nacionales, toda vez que ésta es una cuestión propia de nuestro derecho interno pero ajena al derecho comunitario*”.

13

Sobre este particular puede consultarse la obra de MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación Familiar en el Régimen Comunitario. Problemas de discriminación inversa*. Bosch Editores, Barcelona, 2010, en especial, pp. 99 y ss.

14

En adelante *Mudawana*. La traducción a este texto que se transcriba en lo sucesivo es la correspondiente a la obra AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*. Volumen II, FIIAPP, Madrid, 2009. Al no contar con una traducción oficial del texto legal marroquí puede cotejarse la traducción utilizada con la realizada bajo la dirección de ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Junta de Andalucía, 2009.

15

Preámbulo de la Ley 70-03 relativa al Código de familia “*Este proyecto persigue, además de la equidad hacia la mujer, la protección de los derechos de los menores y la preservación de la dignidad del hombre, respetando fielmente los designios de tolerancia en materia de justicia, igualdad, solidaridad que preconiza el Islam. Asimismo reserva un lugar destacado al esfuerzo de innovación jurisprudencial (Ijtihad), (... ) sin olvidar las exigencias del espíritu de los tiempos y del desarrollo y los compromisos suscritos por el Reino en materia de Derechos Humanos, universalmente reconocidos*”. Es preciso señalar que en el momento de realización de este texto se están viviendo en el norte de África unos cambios socio-políticos muy significativos, fruto de las revueltas populares. Ante esta nueva realidad vivida en países vecinos el Monarca marroquí ha anunciado reformas constitucionales y ha apuntado la necesidad de avanzar en el campo de una mayor consideración de la mujer y en la búsqueda de la igualdad en el ámbito del Derecho de familia.

16

Según la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n° 65, de 16 de marzo). Artículo 5 “*Efectos*. 1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. 2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (...)”.





17

De acuerdo con la nueva redacción dada a la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, el artículo 17.4 permite reagrupar a “La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España (...)”.

18

Artículo 2, b) del Real Decreto 240/2007 “A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro (...)”.

19

FREIRE CORREURA DE GUSMÃO, A. C., “El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español comunitario”, *Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 23, 2010, pp. 113-160, esp. pp. 128-129.

20

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE n° 263, de 31 de octubre).

21

Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de Registros y Notariado, Sobre los matrimonios de complacencia (BOE n° 41, de 17 de febrero).

22

OLARTE ENCABO, S., “Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La Ley*, Madrid, 2010, pp. 345-420, esp. pp. 392-393.

23

Vid. artículos 12.3; 49 y 50 del Código Civil español.

24

Tal y como se recoge en CERVILLA GARZÓN, M. D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 48-53, esp. p. 48.

tomar esta decisión, se ha arrogado una competencia propia del legislador, pues es a la legislación de cada Estado a la que corresponde decidir qué hacer con respecto a sus nacionales. Y ello sin perjuicio, de que la solución adoptada por la anterior redacción del Real Decreto 240/2007 genere situaciones conocidas como de discriminación negativa<sup>17</sup>.

### III ESPECIAL SITUACIÓN DEL CÓNYUGE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Volviendo al análisis de las situaciones familiares presentes en nuestro territorio que parecen no entenderse entre los dos Estados (España y Marruecos) es preciso señalar las diversas peculiaridades relacionadas con el/la cónyuge, fruto de la diferentes concepciones, de una parte, el marcado carácter religioso del Derecho marroquí, de otra, las desigualdades que se predicen de su regulación entre hombres y mujeres, además de la no siempre fácil conexión con los Derechos y Libertades Fundamentales que se deducen de nuestra Constitución y de Tratados y Acuerdos Internacionales. Si bien, es cierto que no podemos dejar de valorar el esfuerzo realizado en la aprobación de la Ley N° 70-03 relativa al Código de Familia<sup>14</sup>, promulgada por el Dahir n° 1-04-22 de 12 de Hija de 1424 (3 de febrero de 2004) puesto de manifiesto en su preámbulo<sup>15</sup>.

Como ya se ha indicado, en nuestro Estado, desde la reforma del Código civil introducida por la Ley 13/2005, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio que carece de reconocimiento en el Estado Marroquí, de suerte que si un/una nacional marroquí residente en España contrae matrimonio en nuestro país con una persona del mismo sexo, este matrimonio no tendría validez en su país, no se generarían efectos jurídicos del mismo.

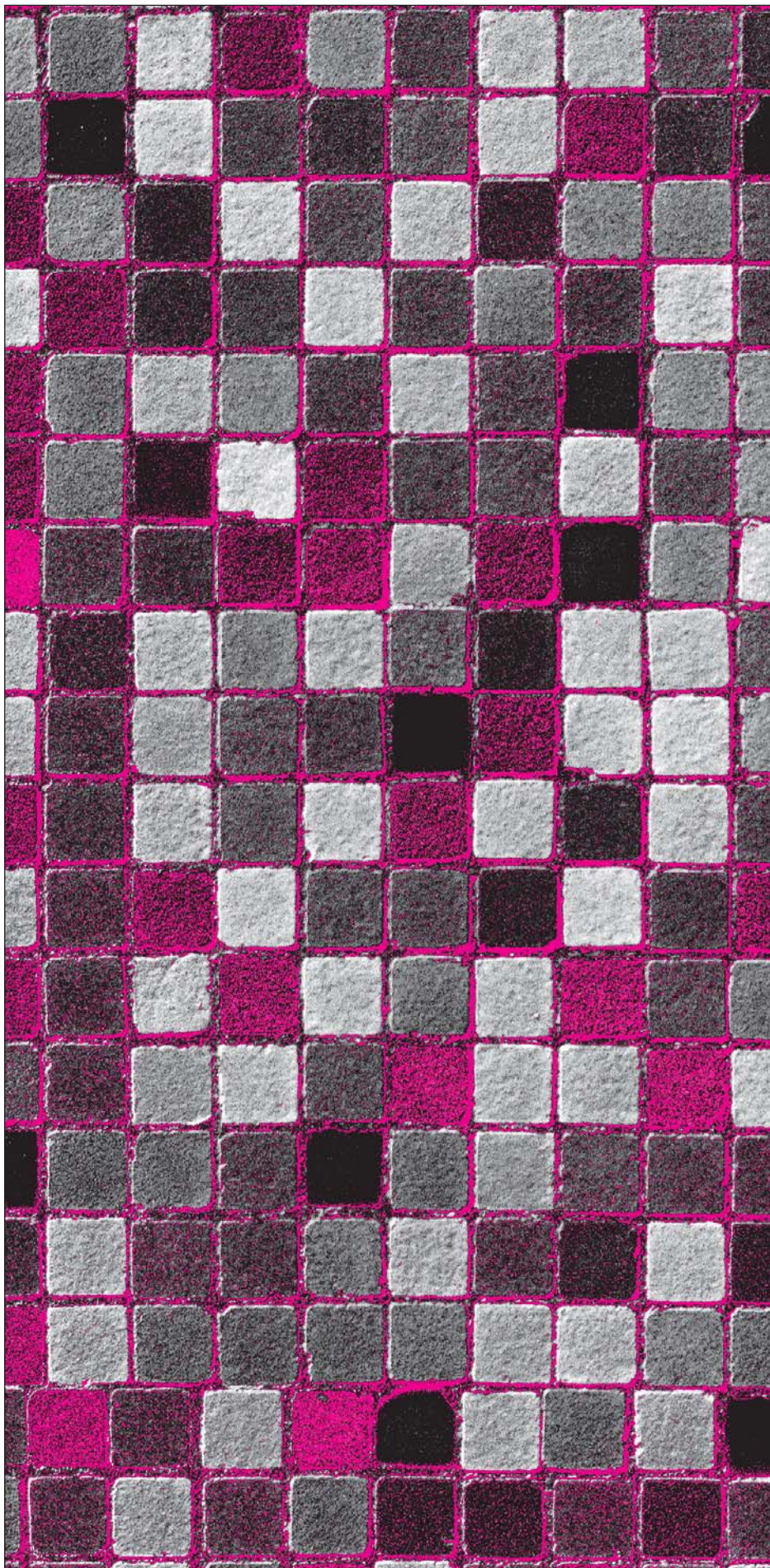
En el caso de los matrimonios de parejas mixtas en la que uno de los cónyuges se ha sometido a una inter-

vención quirúrgica de corrección del sexo o proceso de reasignación de sexo<sup>16</sup>, esto es, el fenómeno de la transexualidad, tampoco tendría reconocimiento alguno en el país vecino.

Tampoco se da reconocimiento en el país vecino a las relaciones *more uxorio*, si bien, la pareja de hecho de nacionalidad marroquí sería reagrupable en España, esto es, sí tendría plena validez en nuestro Derecho, tanto si quien la reagrupara fuese un nacional marroquí<sup>17</sup> como un nacional español, de la UE, del EEE o de Suiza<sup>18</sup>. Al no reconocerse eficacia a las parejas de hecho en Marruecos no es posible que las personas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio en un país que así lo permita encuentren después acomodo legal en Marruecos por la vía de este tipo de relaciones de hecho. Es preciso hacer notar la inseguridad que encierra la admisión de la reagrupación familiar de la pareja de hecho, que aun siendo una decisión de justicia<sup>19</sup> por la eficacia ya reconocida para los españoles, los nacionales de la UE, EEE y Suiza o los/las refugiados<sup>20</sup>, en todos los casos encierra el peligro del fraude de ley materializado en las relaciones de conveniencia –como ya sucedía en los matrimonios de complacencia<sup>21</sup>–, sin perjuicio de la dificultad añadida de cómo probar la existencia de una situación jurídica de hecho, basada en la convivencia, cuando para reagrupar a la pareja ésta debe de quedar en el país de origen y permanecer separados, al menos, el tiempo necesario para que el reagrupante obtenga la renovación de su autorización de residencia en España<sup>22</sup>.

Situación diversa es la de los matrimonios que siendo válidos en el país de origen no pueden ser considerados como tal en nuestro Estado, ese es el supuesto de la poligamia<sup>23</sup>, prevista en la regulación marroquí entre los impedimentos temporales y que tras la reforma de 2004 se hacen necesarias una serie de prevenciones tendentes, si no a *erradicar la institución, sí a restringirla fuertemente*<sup>24</sup>. De ahí que se precise de la autorización judicial (artículo 42), el consentimiento





25

Preámbulo de la Ley 70-03 relativa al Código de familia que reproduce las palabras del Monarca pronunciadas en un discurso en el que resume el espíritu que habría de seguirse en la reforma y que se transcribe por recoger con claridad qué prevé finalmente la normativa en el caso de poligamia “Respecto a la poligamia, hemos procurado que se tenga en cuenta los designios del Islam tolerante en su deseo de justicia, en tanto en cuanto el Todopoderoso permite la poligamia sometiéndola a una serie de restricciones severas *si teméis ser injustos, casaros con una sola mujer*. Pero el Altísimo ha descartado la hipótesis de la perfecta equidad, al decir: *no podéis tratar a todas vuestras mujeres por igual, incluso aunque lo deseéis*, lo que hace la poligamia legalmente casi imposible. De ese modo, hemos respetado la sabiduría notable del Islam, al permitir que el hombre tome una segunda esposa, de forma legal por razones de fuerza mayor, según estrictos criterios draconianos y, además, con autorización del juez. Por el contrario, en el supuesto de prohibición formal de la poligamia, el hombre podría tener la tentación de recurrir a una poligamia de hecho, pero ilícita. Así pues, únicamente se autorizará la poligamia en los siguientes casos y condiciones legales:

- El juez únicamente autorizará la poligamia tras comprobar que el marido está en condiciones de proporcionar a la segunda esposa y a sus hijos/as un trato justo e igualitario respecto a la primera, garantizándoles las mismas condiciones de vida, y siempre y cuando disponga de un motivo objetivo y excepcional para justificar su recurso a la poligamia.
- La mujer podrá imponer como condición al marido en el contrato matrimonial, el compromiso de abstenerse de tomar otras esposas. De hecho, esa condición puede asimilarse a un derecho que le corresponde.

Omar Ibn Khattab, que Dios esté satisfecho de él, señaló al respecto: *el valor de los derechos se halla únicamente en las condiciones que conllevan, los contratos tienen fuerza de ley para las partes* (Pacta sunt Servanda). Cuando no existe tal condición, deberá convocar a la primera esposa y solicitar su consentimiento, comunicar a la segunda esposa el primer matrimonio de su cónyuge, y obtener, también, su consentimiento. Asimismo, cuando el marido tome una segunda esposa, la primera esposa debería tener el derecho de solicitar el divorcio por perjuicio causado?.

26

Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, que repite la argumentación de la Sentencia de 14 de julio de 2004 del mismo Tribunal, según la cual “No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Dicho esto, la solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la citada STS de 14 de julio de 2004 y en el fondo, por la misma razón: la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incontestable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone





la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un suficiente grado de integración en la sociedad española”. En idéntico sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010; 14 de julio de 2009. Asimismo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010; 9 de junio de 2010; 6 de mayo de 2010; 17 de diciembre de 2009; 4 de junio de 2009; 7 de abril de 2009; 17 de marzo de 2009 y 15 de julio de 2008... Circunstancia diversa es la planteada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2010 cuando la solicitud de adquisición de la nacionalidad española la plantea una mujer (senegalesa) que al contraer matrimonio en su país de origen acepta el régimen de la poligamia.

**27**

Artículo 17, 1, a) de la Ley Orgánica de Extranjería "...En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...".

**28**

FREIRE CORREURA DE GUSMÃO, A. C., "El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español comunitario", *op. cit.*, p. 129.

**29**

Artículo 42.2.f) del Reglamento de la Ley de extranjería (RD 2393/2004) "En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge".

**30**

Esta primera esposa reagrupada cuyo vínculo matrimonial ha sido disuelto podría seguir viviendo en España de acuerdo con el contenido del artículo 9 RD 240/ 2007, si el reagrupante hubiese obtenido la nacionalidad española o la de alguno de los Estados de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza. En el caso de que el reagrupante con el que se hubiese roto el vínculo fuera de nacionalidad de un tercer Estado, la Ley Orgánica de Extranjería prevé situaciones de mantenimiento del derecho de residencia en España a desarrollar por el Reglamento (art. 16.3 LOEx) o en los casos de violencia de género (art. 19.2 LOEx) lo que le conferiría una autorización de residencia independiente del que fuera su reagrupante, art. 19 LOEx.

**31**

CERVILLA GARZÓN, M. D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 48-53.

**32**

*Apud thema vid:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de octubre; de 30 de junio; 16 de junio; 23 de abril; 21 de abril de 2009; 29 de julio de 2002; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003. Especial atención merece el supuesto planteado por las clases pasivas militares resueltas por el Convenio firmado entre España y Marruecos de 13 de octubre de 1982 –art. 23 viudas saharauis–.

de la primera esposa (artículos 43 a 45), es además factible que antes de la celebración del primer matrimonio sea excluida una segunda o posteriores nupcias (artículo 40 *in fine*), o que de no ser excluida esta posibilidad sea motivo para la solicitud de divorcio por parte de la primera esposa por los perjuicios causados<sup>25</sup>.

Esta situación, no sólo es extraña a nuestro Derecho, sino que es totalmente contraria al orden público<sup>26</sup>, pues vulnera principios constitucionales tales como la igualdad entre los sexos y la dignidad de las personas. Sin embargo, esta situación tiene un reconocimiento, marginal, pero cierto, en el mecanismo para la reagrupación familiar del cónyuge en el Derecho español, porque el marroquí que reside regularmente en España que esté casado con más de una esposa disfruta del derecho a la reagrupación familiar con aquella de las esposas que él desea<sup>27</sup>, a su libre elección, en lugar de habilitarlo, como sería lo correcto en orden a nuestro sistema jurídico, únicamente, con la primera de las esposas, pues los sucesivos vínculos son nulos en Derecho español.

De ahí que al contemplar la facultad de elección entre las diferentes esposas le está reconociendo un valor en pie de igualdad a todos estos matrimonios, considerando a todos como válidos, esto es, está aceptando la realidad jurídica de la poligamia, cuando según el impedimento de ligamen son nulas las segundas o posteriores nupcias.

En puridad, para nuestro Derecho, el que contrae matrimonio por segunda vez, sin haber disuelto el primer vínculo matrimonial, no puede decirse que haya adquirido el estado de casado con esa segunda esposa, por ello, siendo consecuentes, sólo debería poder reagrupar a la primera y única esposa según el Derecho español<sup>28</sup>. En el momento de la reagrupación de la esposa que elija está obligado a realizar una declaración jurada de que no habita con él ya otra esposa<sup>29</sup>, lo que no impide que otra de las esposas venga a vivir con él de

forma irregular. O que se produzca la boda en Marruecos con posterioridad y esta nueva esposa venga a vivir a nuestro Estados por otras vías distintas a la reagrupación familiar, esto es, existencia de propios recursos económicos que justifiquen la obtención de la autorización de residencia ajena a la reagrupación familiar, una demanda de trabajo, búsqueda de empleo, estudios, prácticas no remuneradas, servicios de voluntariado, investigación, profesional altamente cualificado o, simplemente, entrando como turista y vencido el plazo previsto permanecer de forma irregular.

También podría plantearse la hipótesis de que reagrupada una de las esposas y una vez en España se disuelva el vínculo –por muerte, declaración de fallecimiento o divorcio, en este último caso con las garantías legales previstas en el Derecho español para la ex-esposa<sup>30</sup> y sus descendientes– desde ese momento no parece que hubiera inconveniente legal en que una vez realizada la declaración jurada de no convivir en España con otra esposa pueda reagruparse a otra distinta de aquella con la que ya ha disuelto el vínculo.

La cuestión de la poligamia se afirma en muchas ocasiones que es más anecdótica que real, además de que el Derecho de familia marroquí ha incorporado, como hemos visto, importantes límites a la misma<sup>31</sup>, y algo de cierto tienen estas afirmaciones, pues los matrimonios polígamos en Marruecos no son tantos como parecen y no siempre agotan el límite de las esposas permitidas (cuatro), cuestiones, ambas, que no restan importancia al choque que esta institución supone para el ordenamiento español. Pero por encima de estos comentarios, la realidad es que cada vez con más frecuencia llegan a los Tribunales españoles cuestiones relacionadas con la poligamia, fruto del reparto de la pensión entre las diferentes esposas, residentes en España o el país de origen tras el fallecimiento del esposo marroquí –u otro Estado de régimen jurídico musulmán– trabajador en nuestro territorio<sup>32</sup>.





Otra cuestión que afecta a la capacidad para contraer matrimonio<sup>33</sup> es la figura de la *Wilaya*<sup>34</sup>, la tutela, que es reconocida en la actualidad como un derecho de la mujer que ejercita libremente pero cuya sola presencia, aun cuando sólo sea opcional, denota una visión no igualitaria entre hombres y mujeres. Además de la autorización para los matrimonios de menores de edad<sup>35</sup>, donde la aprobación de su representante legal es preceptiva<sup>36</sup>, sin olvidar la tradición de los matrimonios concertados cuya práctica, qué duda cabe, es odiosa para nuestro Derecho, e invalidaría el matrimonio, de no estar conformes los contrayentes, por falta de consentimiento matrimonial, el problema es la prueba de la falta del mismo<sup>37</sup> lo que unido a la interiorización de las tradiciones, permite que matrimonios concertados puedan instalarse en nuestro Estado. Un freno a esta práctica podría deducirse de la actual elevación a 18 años de la edad necesaria para poder contraer matrimonio, unido al carácter voluntario de la *Wilaya*, cosa distinta es su eficacia real por la fuerza de la costumbre o el desconocimiento de la norma y las novedades por ella introducidas<sup>38</sup>.

Volviendo al tema de los impedimentos, existen en Derecho marroquí impedimentos para el matrimonio catalogados como perpetuos y otros de carácter temporal.

En cuanto a los primeros, impiden la celebración del matrimonio en cualquier caso y están relacionados con el parentesco en diferentes grados, tanto por consanguinidad<sup>39</sup>, afinidad<sup>40</sup> y lactancia<sup>41</sup>.

Los impedimentos temporales se enumeran en el artículo 39 *Mudawana*, entre los que destacaremos el impedimento por disparidad de culto<sup>42</sup> que supondría una discriminación inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico por cuestiones relacionadas con la no igualdad de trato entre hombres y mujeres y su conexión a la imposibi-

lidad de discriminación por motivos religiosos y la intromisión en la libertad religiosa. En atención a estas cuestiones que sitúan a esta figura como contraria al orden público español, el matrimonio que haya de celebrarse en nuestro territorio ha de hacerse respetando nuestro Derecho, de ahí que de acuerdo con la fórmula civil de matrimonio podría darse lugar, una vez más, a matrimonios que se han celebrado válidamente en España, por ejemplo, el que une a una mujer musulmana y a un español de religión católica que, sin embargo, no alcanzarían reconocimiento en el país vecino.

El Código de familia marroquí en su redacción dada en la última reforma de 2004, consciente del hecho de que un gran número de sus nacionales residen fuera del país, incorpora en su normativa preceptos de derecho de familia especialmente destinados para su aplicación a sus nacionales en el extranjero (artículos 14 y 15 *Mudawana*). En atención a lo prevenido por el art. 14, es posible celebrar el matrimonio de nacionales marroquíes de acuerdo con los *procedimientos administrativos* del país de acogida, siempre que cumplan los requisitos de consentimiento, capacidad, presencia del tutor matrimonial (*Wali*), cuando fuera necesaria, ausencia de impedimentos legales y de acuerdo sobre la supresión de la dote (*Sadaq*), todo ello en presencia de dos testigos musulmanes y sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 21 del presente Código y obtener así reconocimiento en Marruecos.

En el caso del Estado español y según lo ordenado en el artículo 59 del Código civil el consentimiento matrimonial podrá prestarse válidamente en la forma establecida en la Ley Islámica<sup>43</sup> y de acuerdo con su contenido, esto es, se admite una forma de celebración del matrimonio que no posibilita a la mujer musulmana casarse con un no musulmán y sí a un musulmán casarse con una mujer no musulmana de religión católica, *ad exemplum*. Situación que no sólo afecta a la disparidad de trato entre hombres y mu-

33

Artículo 19 *Mudawana* “El hombre y la mujer, en plenas facultades mentales, adquieren la capacidad matrimonial al cumplir dieciocho años”. Artículo 46.1 C.c. “No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados”.

34

Artículos 24 y 25 *Mudawana* “La tutela matrimonial (*Wilaya*) es un derecho de la mujer. La mujer mayor de edad ejercerá dicho derecho conforme a su voluntad e intereses”. “La mujer mayor de edad podrá acordar por sí misma su matrimonio, o delegar, al respecto, en su padre o en algún pariente”.

35

Artículos 20, 21, 22 *Mudawana*. Artículo 48 párrafo segundo del Código civil.

36

Artículo 21, párrafo primero *Mudawana* “el matrimonio del menor se subordinará a la aprobación de su representante legal”.

37

Esta problemática se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de diciembre de 2005 en la que se debatía la oportunidad o no de la denegación del visado por reagrupación familiar efectuada por el Consulado General de España en Casablanca a una ciudadana marroquí, alegando la inexistencia del matrimonio por existir indicios de un matrimonio concertado. Finalmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid da la razón al recurrente y anula la resolución que deniega el visado. La cuestión está en que el Abogado del Estado justificó la existencia del matrimonio concertado y, en consecuencia, la denegación del visado por reagrupación familiar, en un supuesto de fraude de ley, esto es, de matrimonio de conveniencia o complacencia, cuando la cuestión no está en la intencionalidad de un resultado antijurídico, definido en el artículo 6.4 C.c., sino en la existencia o no de consentimiento por parte de la esposa para la válida celebración del matrimonio, es en este asunto donde debió centrarse para justificar la denegación del visado, de ahí que el Fundamento de Derecho Tercero recoge que “el hecho de que el matrimonio se haya concertado tampoco priva de validez al mismo, en cuanto no es determinante de la falta de consentimiento de los cónyuges” y se falla el derecho de la esposa al visado por reagrupación familiar para acceder a España.

38

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, op. cit., pp. 43-44.

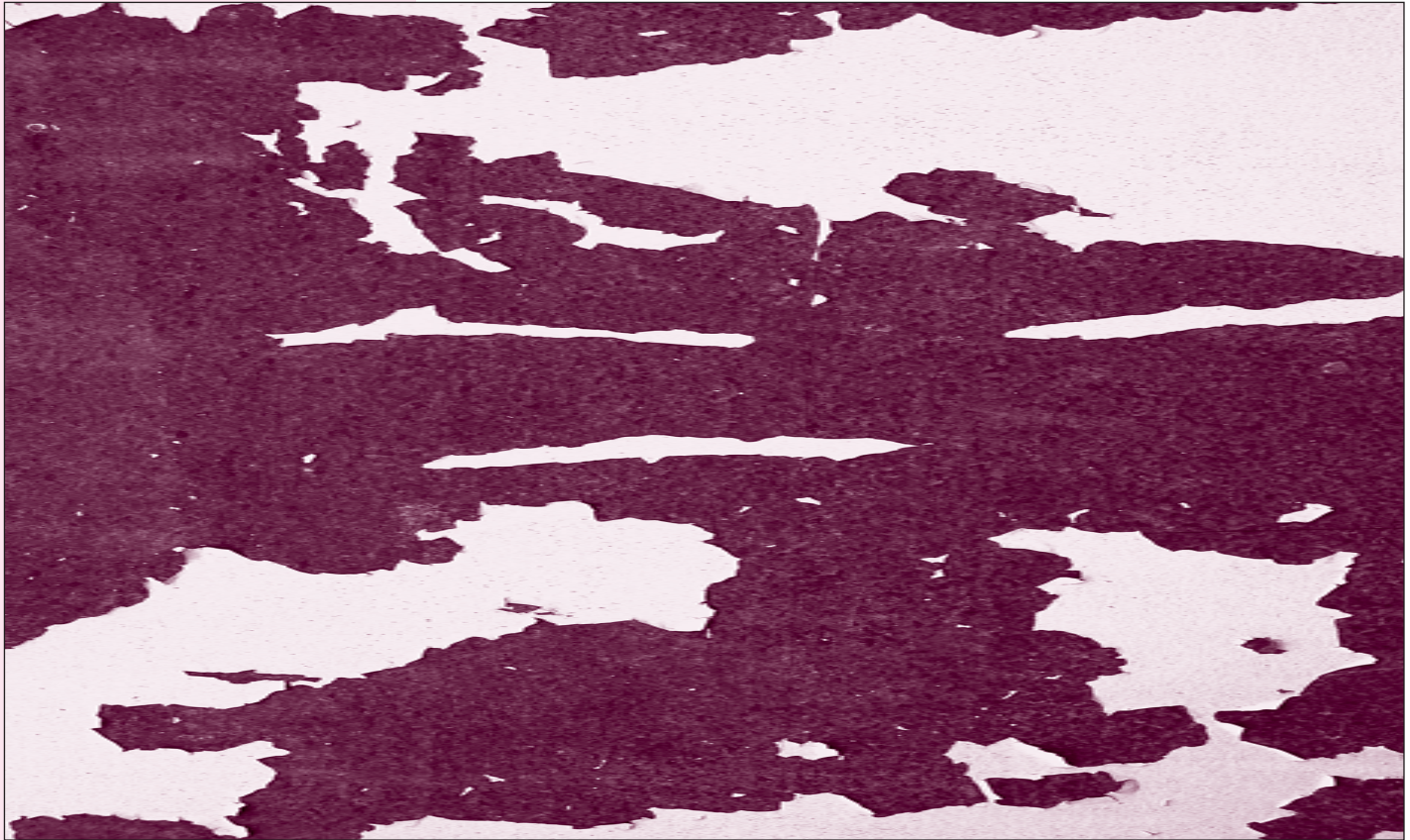
39

Art. 36 *Mudawana* “Es nulo, por consanguinidad, el matrimonio entre el hombre y sus ascendientes o descendientes, las descendientes de sus ascendientes de primer grado, así como las descendientes de primer grado de cada ascendientes hasta el infinito”.

40

Artículo 37 *Mudawana* “Es nulo, por afinidad, el matrimonio del hombre con las ascendientes de su esposa desde la celebración del matrimonio y con las descendientes de ésta, en cualquier grado, siempre y cuando el matrimonio con la madre se haya consumado; con las anteriores mujeres de los ascendientes y descendientes desde la celebración del matrimonio”.




**41**

Artículo 38 *Mudawana* “La lactancia conlleva los mismos impedimentos que la filiación y la afinidad. Sólo el lactante es considerado hijo de la nodriza y su marido, con exclusión de sus hermanos y hermanas. La lactancia dirime el matrimonio celebrado durante los dos años anteriores al destete”.

**42**

Artículo 39 *Mudawana* “...Matrimonio de una musulmana con hombre no musulmán y el matrimonio de un musulmán con una mujer no musulmana, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del Libro (cristiana o judía)”.

**43**

Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del estado con la Comisión Islámica (BOE nº 272, de 12 de noviembre).

**44**

Artículo 63 Código civil. Artículo 7 Ley 26/1992.

**45**

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho Internacional Privado Español”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nº 110, México, 2004, pp. 425-477.

**46**

Artículo 17.1.a) LOEx.

**47**

Según el punto segundo, letras b), c), d), del fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, son nulas las referencias hechas a la separación legal en el artículo 2, apartados a); c); d), el artículo 9, contenida en el enunciado del precepto, en el apartado 1, en el apartado 4 y en el apartado 4, a) y en el artículo 9.4.d).

eres en orden al matrimonio, sino que lleva aparejada otras desigualdades que se derivan de lo anterior, caso de la nacionalidad, la filiación... Para la validez de estos matrimonios y de los celebrados en cualquiera de las formas religiosas reconocidas por nuestro Estado, es preciso que el consentimiento se preste ante la autoridad religiosa competente y dos testigos mayores de edad. Los contrayentes han de cumplir los requisitos de capacidad exigidos conforme al Código civil, además de haber obtenido previamente un Certificado expedido por el Registro Civil de capacidad matrimonial y la posterior inscripción a la celebración del matrimonio en el Registro Civil<sup>44</sup>. Queda ahora el reconocimiento de este matrimonio en el país de origen, para el que faltaría, además de su inscripción en Marruecos, algunos detalles, como la dote, que se determinaría al tiempo de su reconocimiento en Marruecos. Este trato que ofrece el Derecho español al matrimonio celebrado en la forma islámica, no es factible en países de nuestro entorno en los que sólo se reconocen los matrimonios celebra-

dos en la forma civil sin otorgarse validez ni eficacia a los matrimonios celebrados por rito religioso alguno<sup>45</sup>.

Por último, haremos referencia a las situaciones de crisis matrimonial. La Ley Orgánica 4/2000 hace alusión, en atención a la reagrupación del cónyuge<sup>46</sup>, a que éste no esté separado de hecho, de derecho, que el matrimonio no haya sido celebrado en fraude de ley, que no se haya divorciado o que el matrimonio haya sido declarado nulo. En el caso el RD 240/2007 y por virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010<sup>47</sup>, sólo queda excluido del derecho a poder entrar y residir regularmente en España quienes estén divorciados o su matrimonio haya sido declarado nulo, esto es, por las causas de disolución y nulidad del matrimonio. Se genera así una considerable diferencia de trato en atención a la nacionalidad de la persona que resida en España y que desee reunirse con su cónyuge, nacional éste de un tercer Estado, por ejemplo, nacional de Marruecos.





En el primer caso se incorporan tantas trabas, algunas incomprensibles, como que se consiga probar por la Administración la separación de hecho, artículo 17.1.a) LOEx (dado que para iniciar el procedimiento para la reagrupación del cónyuge es preciso haber obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial<sup>48</sup>), además de que el cónyuge reagrupable ha de estar fuera de España, requisitos que sólo se cumplen si la pareja ha estado separada por lo menos un año, separación de hecho, cuyo examen y valoración más allá de estos términos objetivos podría significar una

clara vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar.

Cosa distinta, y entendemos en el otro extremo, es pretender justificada la entrada y permanencia regular en España por reunificación familiar de un cónyuge del que se está separado legalmente, fruto de un procedimiento legal –judicial o no, de acuerdo con la legislación de cada Estado–. Situación inexplicable, porque en este caso sí que falta la base del ejercicio del procedimiento de unificación familiar que es el derecho a la vida en familia, derecho que no parece estar presente cuando los cónyuges están previamente se-

parados formalmente, salvo que exista un proceso de reconciliación *a posteriori*, también formal, que deje sin efecto la anterior separación legal y justifique la existencia del ejercicio del derecho a la vida en familia. Cuestión no menos compleja es saber quién permanece aún casado o si se ha roto ya su vínculo matrimonial o cómo se llega a esta situación o cuáles sean sus consecuencias y la situación en la que queda el ex cónyuge, pues no hay coincidencias claras entre uno y otro Derecho<sup>49</sup>.

Una prueba de lo anterior, es que tras la reforma del Derecho de familia marroquí se sigue conservando la





48

Artículo 17.1.a) LOEx.

49

QUINONES ESCÁMEZ, A., “La disolución del matrimonio”, en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*. Volumen I, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 101-223.

50

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I. *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español, op. cit.*, pp. 57 y ss.

51

Sobre esta particular exigencia reflexionan las sentencias de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de marzo de 2009 y de 11 de diciembre; 30 de octubre de 2008.

52

Arts. 142, 143, 144, 145 *Mudawana*. La filiación se establece mediante la procreación del hijo. Puede ser legítima o ilegítima. La filiación respecto al padre y a la madre se considerará legítima salvo prueba al contrario. La filiación respecto al padre será cuando concorra uno de los motivos de filiación paterna y producirá sus mismos efectos legales. En el momento de establecerse la filiación del hijo de origen desconocido, bien por reconocimiento de paternidad o bien por sentencia judicial, aquél será considerado legítimo y seguirá a su padre en el parentesco y en su religión. Heredarán mutuamente el uno del otro, el establecimiento de la filiación conllevará los impedimentos matrimoniales y generarán derechos y deberes paterno-filiales.

53

Artículo 39.2 CE.

54

Artículo 148 *Mudawana* “La filiación ilegítima no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima respecto al padre” Artículo 150 *Mudawana* “La filiación paterna es el vínculo legítimo que une al padre con su hijo y que se transmite de padre a hijo”.

55

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I. *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español, op. cit.*, pp. 123-125.

56

Artículo 146 *Mudawana*.

57

Artículo 164 *Mudawana* “La guarda y custodia del menor recaerá sobre el padre y la madre mientras exista un vínculo conyugal”.

58

Artículo 175 *Mudawana*.

59

Artículo 178 *Mudawana*.

60

Artículo 149 *Mudawana* “La adopción (Attabani) no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima. La llamada adopción compensatoria (*Jaza*) o testamentaria (*Tanzil*), por la que una persona se sitúa al mismo nivel que un heredero de primer grado, no genera ningún parentesco y se atendrá a las normas del testamento (*Wassiyah*)”.

61

Dahir N° 1-02-172 de I Rabii il 1423 (13 de junio de 2002) por el que se promulga la Ley N°15-01 relativa al acogimiento familiar (la *Kafala*) de los menores abandonados.

figura del repudio, aún cuando se intenta compensar su presencia con su judicialización, con la necesidad del pago de un montante económico a la mujer y con la tímida inclusión de otras modalidades de disolución que da cabida a su solicitud por parte de la mujer (arts. 97, 99, 100, 101) o al mutuo acuerdo de los esposos (art. 114). Sin perjuicios de otras fórmulas ajenas a nuestro Derecho en atención a la naturaleza jurídica contractual de la que disfruta el matrimonio en el Derecho marroquí (arts. 61, 63, 64). A la vista de lo anterior, cabe hacer una llamada de atención ante el hecho de que sólo el esposo es quien puede (por el mantenimiento del repudio) poner fin al matrimonio unilateralmente y sin necesidad de causa, y únicamente con el límite del pago de una cantidad a la esposa (arts. 78, 79), sin perjuicio de la capacidad también unilateral para revocar esta situación<sup>60</sup>.

En contraste con esta realidad, la legislación de extranjería española requiere que para reagrupar a un cónyuge, si éste lo es de segundas o posteriores nupcias, se pruebe que se ha seguido un procedimiento jurídico por el que ha quedado fijada la situación en la que queda el anterior cónyuge, los/as hijos/as habidos con éste en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los/as hijos/as menores, o mayores en situación de dependencia<sup>61</sup>. Esto no lo podemos encontrar exactamente así en el derecho marroquí, lo que no ha de hacer nos pensar que la disolución del matrimonio queda exenta de consecuencias personales y patrimoniales, pero éstas son tan diversas y dispares como situaciones hemos visto en la disolución del matrimonio, por ejemplo, en el repudio, siempre del hombre a la mujer, lo que podría plantear trabas para que la mujer marroquí que ha visto disuelto su vínculo matrimonial por el repudio de su esposo y que luego contrae nuevo matrimonio, cuando se traslade a residir en España y solicite la reagrupación de

su esposo en segundas o posteriores nupcias encuentre una respuesta negativa porque la disolución de su primer vínculo matrimonial, hecha de acuerdo con el Derecho marroquí puede no cumplir, sin embargo, con las exigencias previstas en el artículo 17.1.a) LOEx.

Cuestión no menos compleja, pero que por excederse del tema de nuestra reflexión sólo apuntaremos, es en la que quedan los/as hijos/as en la concepción de la familia en el Derecho marroquí.

En primer lugar, se mantiene la distinción entre hijos/as legítimos e ilegítimos<sup>52</sup>, lo que incorpora una discriminación inaceptable en nuestro Derecho en atención al origen<sup>53</sup> y nacimiento, contraria además con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE.

Por otra parte la situación de los/as hijos/as ilegítimos respecto a los padres no supone un *status* inferior, entendido como de peor derecho frente a los/as hijos/as matrimoniales, sino que se sostiene la no derivación de efectos de esta filiación<sup>54</sup>, la inexistencia o la negación misma de la filiación<sup>55</sup>. Cuestión distinta es cuando se trata de determinar la filiación respecto de la madre, en cuyo caso no se pierde el vínculo por ser un hijo habido fuera del matrimonio<sup>56</sup>. Para el caso de los/as hijos/as matrimoniales –legítimos– la tutela corresponde a ambos progenitores<sup>57</sup>, si bien esta igualdad se quiebra cuando se produce el fin del matrimonio, en cuyo caso la tutela corresponde al padre y el cuidado a la madre, siempre que ésta no contraiga nuevo matrimonio<sup>58</sup> o cambie de domicilio<sup>59</sup>. También es distinta la situación de los/as hijos/as adoptados, pues esta institución tal y como la entendemos en España no existe en el Derecho marroquí<sup>60</sup>, cuyo paralelo más próximo se sitúa en la figura de la *Kafala*<sup>61</sup>. Por último, se reconoce el derecho de los hijos/as, varones, a heredar el doble en la herencia paterna que sus hermanas.



A photograph of a rural landscape. In the foreground, a scarecrow stands in a field of dry, light-colored vegetation. The scarecrow is dressed in a red long-sleeved shirt and a red hat with a white band. In the background, there is a line of trees with dense, dark foliage under a cloudy sky. The overall color palette is muted, with a strong red tint on the scarecrow and a desaturated, almost monochromatic feel to the rest of the scene.

**La titularidad compartida:  
un derecho de la mujer rural**