

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE LA FAMILIA MARROQUÍ INMIGRANTE EN ESPAÑA

IMELDA REGUERA ALONSO

Abogada experta en Derecho de Extranjería y Cooperación al Desarrollo
imara2@hotmail.com

REFEG 8/2020

ISSN: 1698-1006

IMELDA REGUERA ALONSO

Abogada experta en Derecho de Extranjería y Cooperación al Desarrollo
imara2@hotmail.com

CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE LA FAMILIA EN LAS NORMATIVAS MARROQUÍ Y ESPAÑOLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PERMEABILIDAD. III. CUESTIONES DE REFERENCIA. 1. Igualdad jurídica. 2. Consentimiento. 3. Finalidad. 4. Edad para contraer matrimonio. 5.- Disolución del vínculo matrimonial. 6.- Traducción inexacta. 7. La guarda y custodia de los hijos. Manutención. 8. Ascendientes. 9. Filiación y cuidado de la infancia. 10. Derecho sucesorio. 11. Compensación en separación. 12. Ley personal. Matrimonio extranjero. 13. Promesa de matrimonio. 14. Impedimentos. 15. Emancipación. 16. Capacidad. 17. Condición de salud. 18. Acta. 19. Celebración Matrimonio. 20. Apoderamiento. 21. Derechos y deberes de los cónyuges. 22. Nulidad. 23. Perennidad. 24. Coacción o fraude. 25. Adopción. 26. Hadana. 27. Continencia. 28. Mediación. 29. Las relaciones paterno-filiales. 30. Acogimiento Familiar. 31. Dote. 32. Poligamia. 33. Capitulaciones. 34. Parentesco. 35. Kafala. 36. Efectos en España del matrimonio marroquí. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se abordan en este artículo, desde una perspectiva de localización de elementos comunes y de puntos de convergencia, las estructuras normativas marroquí y española en las que se enmarca la institución de la familia.

En una sociedad de información y de comunicación es posible no solo la simultaneidad de la Información, que permite conocer al tiempo las realidades de partida y de llegada, sino la misma interacción de ambas realidades que, en caso de no encontrar el cauce adecuado, pudieran abocar en situaciones de conflicto.

Los elementos que se apuntan en este artículo denotan una profunda interconexión entre ambas realidades, marroquí y española, en lo relativo a la institución familiar, y señalan una ruta análisis y profundización en cada una de ellas a fin de evitar que, acciones aparentemente bienintencionadas, por descontextualizadas, pudieran llevar a realizaciones no pretendidas.

Apuntan asimismo a la necesidad de trabajar en una perspectiva centrada en coincidencias, sincrónicas y diacrónicas, frente a perspectivas al uso centradas en localización y subrayado de diferencias.

PALABRAS CLAVE: Familia, hijos, adopción, kafala, manutención, repudio, separación, dote, poligamia, matrimonio, mediación, parentesco.

ABSTRACT: Talks from the perspective of locating common elements and points of convergence in this article, between the Moroccan and Spanish regulatory structures in which the institution of the family is amended. In an information and communication society, it is possible not only the simultaneity of the Information, that allows to know at the time the realities of departure and arrival, but the same interaction of both realities that, in case of not finding the appropriate channel, could lead to conflict situations.

The elements set out in this article indicate a profound interconnection between the two realities, Moroccan and Spanish, in relation to the family institution, and point out a path of analysis and deepening in each of them in order to prevent actions. Apparently well-intentioned actions, by decontextualized, could lead to unintended achievements. They also point to the need to work in a perspective centered on coincidences, synchronicities and diachronics, versus perspectives to use centered on localization and highlighting differences.

KEYWORDS: Family, children, adoption, kafala, maintenance, repudiation, separation, dowry, polygamy, marriage, mediation, kinship.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien los desplazamientos masivos de población han sido una constante en la historia de la humanidad, la realidad del siglo XXI proporciona a estos desplazamientos de ciertas particularidades como es el caso de la preocupación por estos colectivos en amplias masas de población receptora, el interés de la normativa por contar con un texto legislativo adecuado a esta realidad, o la simultaneidad de la información, que permite conocer al tiempo las realidades de partida y de llegada.

En esta posibilidad del conocimiento simultáneo de ambas realidades, se enmarca el análisis que hemos desarrollado.

España ha sido en los últimos siglos un país de emigración y, durante el siglo XX, estuvo sometida a fuertes procesos migratorios internos, que pueden proporcionar una experiencia reciente en modo alguno desaprovechable.

Por otra parte, cuenta asimismo con la perspectiva de población emigrante en países

de acogida, de la que dan fe numerosos colectivos de emigrantes retornados.

Esta cercanía del hecho migratorio, nos muestra la necesidad de procurar un marco de convivencia centrado en las semejanzas y que haga asumibles las diferencias.

La tendencia a considerar las diferencias entre los grupos, étnicos, culturales, sociales... ocultan con frecuencia las semejanzas individuales que se producen entre las personas de uno y otro grupo, si realizamos un paralelismo entre los mismos, pero que permanecen ocultas cuando se mira al grupo.

Por otra parte, la natural tendencia de una organización a justificar su existencia, a desarrollarse, lleva inevitablemente a remarcar diferencias y, en ocasiones, a forzar la existencia de las mismas, constituyendo en tradiciones y signos de identidad, incluso elementos de reciente incorporación.

La importante significación que la población norteafricana y en especial la marroquí,

tiene en nuestro país, hace necesario un análisis de las realidades que rodean a la institución matrimonial.

Tal como señala Foblets,¹ las disputas académicas relativas a conflictos entre civilizaciones no se adentran generalmente en el día a día de la coexistencia, en la realidad doméstica ordinaria.

Así, los conflictos legislativos que se dan, entre personas procedentes de otros contextos y la tradición occidental, se manifiestan con especial significación en el ámbito del estatuto personal,² en relación al conjunto de cuestiones jurídicas que afectan directamente a la persona y a su situación jurídica dentro de la comunidad.

Pretendemos en estas páginas analizar algunos elementos de esa cultura legal de las realidades española y marroquí que pudieran ser especialmente significativos.

Hemos procurado acercarnos al elemento jurídico en una perspectiva amplia, considerando, con Outman Allouchi³, que es inseparable de la sociedad que lo produce, de la cultura a que pertenece dicha sociedad, y que la perspectiva con la que nos acercamos puede alterar nuestras conclusiones.

Tras un proceso de documentación y revisión bibliográfica, hemos procedido a un estudio en paralelo del Código de Familia marroquí y del Código Civil español en asuntos relacionados con el matrimonio y familia, así como de normativas que puntualmente pudieran afectar a alguno de los asuntos tratados en un artículo concreto de estos Códigos.

¹ Cfr. MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*. Comares, Granada, 2018, p. 1.

² Cfr. FOBLETS, Marie Claire, “El estatuto personal musulmán antes los tribunales europeos: un reconocimiento condicional”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 18, 2006, p. 6.

Nos hemos acercado a cada artículo observando tanto la coincidencia del asunto abordado como las coincidencias o diferencias que se producen en su contenido, así como derivaciones que pudieran resultar de cada desarrollo.

II. PERMEABILIDAD

Afirma Agustín Motilla⁴ que, en ocasiones, en occidente, se extiende la idea, de un Islam fanático, violento y anclado en tradiciones de un pasado remoto. En el mejor de los casos, se tiende a presentarlo como propio de sociedades atrasadas, amarradas a tradiciones arcaicas, que les impide penetrar en sociedades modernas, de “ciencia y cultura”

Esta frecuente “presentación” del mundo islámico parece pretender mostrar el Islam como “grupo-problema”, como un grupo unificado... y se oculta, en este empeño, toda la pluralidad de concepciones políticas y religiosas que se plasman en muy distintas realidades, así como una actualidad sensible a valores democráticos y libertades fundamentales, en la que, sin duda, ha tenido que ver la influencia del Derecho europeo y la codificación de amplios sectores del Derecho que se llevó a cabo tras la descolonización y configuración de Estados-Nación.

Esta perspectiva de permeabilidad normativa, tal como sucede en otros ámbitos, se aleja con frecuencia de las informaciones que proporcionan tanto los medios de comunicación como de la que se trasmite en contextos formativos o educativos.

Encontramos frecuentemente situaciones en las que se remarca la diferencia, en las que

³ Cfr. ALLOUCHI, Outman, *Nociones de derecho marroquí de familia imprescindibles para abordar el estudio de la traducción de sentencias judiciales marroquíes en materia de disolución del matrimonio*. Universidad de Murcia, Murcia, 2016, p. 4.

⁴ Cfr. MOTILLA, Agustín, “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXII. 2006, pp. 436-437.

se insiste y se profundiza en la misma, sin considerar la cercanía de cuanto se ve diferente o las diferencias que se dan en las individualidades del grupo que se aprecia como diferente, como otro. Así, se llega a percibir como problema el que una niña asista con la cabeza cubierta a un centro educativo, y se asume como símbolo religioso ajeno, lo que no hace demasiado tiempo era costumbre generalizada en la población femenina del grupo que ahora considera como elemento ajeno la cabeza femenina cubierta.

Al respecto del velo, Foblets⁵ apunta la frecuente perspectiva sesgada en la que se presenta una mujer musulmana siempre oprimida, a la que se le impone el velo, y donde no queda margen para el uso voluntario del mismo. Apuesta por un momento en el que el velo se vea como algo completamente banal, que pueda ser un complemento ordinario al vestido o un elemento más de la identidad de alguien.

Es necesario considerar que en los conflictos que se dan en relación al velo influye tanto la posible expresión del mismo en quien lo lleva o quien lo impone como la percepción del receptor de la expresión pretendida.

Y el velo, como puede suceder con otras prendas o elementos de vestir femenino o masculinos, pudieran no ser igualmente interpretadas por el emisor y el receptor.

En esta vorágine diferenciadora en que nos hallamos, resulta difícil mantener una dinámica de valoración de las semejanzas, de búsqueda de elementos comunes entre distintas comunidades o culturas.

Algunos autores han destacado⁶ la necesidad de valorar elementos que, si bien pueden parecer en principio generadores de barreras,

pudiera resultar que negarles eficacia resulte más perjudicial que reconocerla. Realidades que, en una primera mirada, parecen a todas luces discriminatorias y rechazables, podrían estar generando respuestas que, de ignorarse, perjudicarían notablemente, precisamente a la parte más vulnerable. Es preciso considerar que estas disposiciones, aparentemente discriminatorias, se dan en el marco de unas estructuras sociales determinadas, que han podido generar sustratos equilibradores, de tal manera que, al actuar parcialmente y sin una visión holística, de conjunto, se pueden producir efectos no deseados.

Una línea de trabajo adecuada, podría requerir desprenderse en cierto modo de la mirada plenamente occidental y occidentalizadora y procurar ubicarse en perspectivas propias de una cultura diferente para, desde ahí, trabajar en resolución de conflictos y búsqueda de soluciones.

Procuramos en nuestro análisis la localización de elementos comunes, de proximidad o de paralelismo, o de diferentes respuestas a un mismo hecho.

Dice Motilla⁷ que elementos tradicionales relativos al ámbito penal o mercantil se eliminaron sin especial resistencia, no siendo este el caso del Derecho de familia, en el que señala la tensión entre una concepción de Derecho divino, fijado de manera definitiva, y una concepción del Derecho como modificable por circunstancias.

En esta última línea de pensamiento, y en relación al Derecho de familia, la perspectiva reformista, busca apoyo en el propio Corán y en sus Aleyas para fundamentar los cambios que propone, de cara a proporcionar respuesta adecuada a la presión internacional en

⁵ *Ibidem*.

⁶ CERVILLA GARZÓN, María Dolores “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (La Mudawana) que regulan el divorcio en España: el

filtro constitucional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 1, 2018, p. 162.

⁷MOTILLA, Agustín., *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 7.

el marco del respeto a los derechos humanos y la igualdad de derechos.

Se percibe así cierta permeabilidad a dinámicas que se dan en contextos alejados del Islam también en los ámbitos de la familia.

Ante la gran diversidad de las realidades que se dan en el ámbito del Islam, hemos creído necesario centrar nuestro trabajo en una realidad concreta, el caso marroquí.

En el convencimiento de que ambas normativas, española y marroquí, tienen importantes puntos de interrelación, hemos seleccionado elementos, rasgos, de una y otra, y analizado en que aspectos se relacionan o pueden relacionar.

Es nuestro objetivo localizar los rasgos más significativos en los que se produce o se puede producir confluencia de las normativas española y marroquí.

III. CUESTIONES DE REFERENCIA

1. Igualdad Jurídica

La referencia a la igualdad hombre mujer y a los menores es un recurrente continuado en la bibliografía trabajada, que se nos presenta reiteradamente como indicador de la modernidad del Derecho marroquí, cuyo Código de Familia de 2004, realizado en el marco de la ortodoxia islámica, actualiza el Derecho divino a las condiciones modernas de la mujer o de los menores de edad en la sociedad contemporánea.⁸

Estos elementos constituyen asimismo eje vertebrador del tema que nos ocupa.

Vemos en el Artículo 32 de la Constitución Española (en adelante CE) que hombre y mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y el artículo 44 del Código Civil⁹ español establece que ambos tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones que se establecen en el mismo.¹⁰

La percepción actual de la familia, en lo que se entendemos como ámbito cultural occidental, contrasta con la concepción islámica tradicional de la familia, aunque no cabe duda de que se encuentran abundantes elementos comunes en un estudio diacrónico de ambas perspectivas.

No son ajenos a nuestra historia las diferencias de derechos entre varón y mujer o la primacía del varón que se presentan hoy característicos de la tradición musulmana. Agustín Motilla¹¹ resalta también una concepción colectiva en la familia musulmana frente a un carácter individualista en el Derecho de familia occidental. Diferencias que plantea, sin duda, desde una perspectiva sincrónica y actual de ambas realidades, pero que tampoco se mantienen en una perspectiva histórica más amplia.

La reforma de 2004 del Código de Familia marroquí abre una línea de igualdad varón mujer que no estaba en normativas anteriores. Todo indica que la presencia del wali o representante forzoso de la mujer en la negociación del contrato matrimonial ya no es obligatoria, que la mujer habrá de consentir por sí misma, si bien puede optar por hacerlo a través de representante, pero esta opción es un derecho y no una obligación, con lo que se produce de facto, equiparación de la situación

⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁹ Artículo 44 del Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultado: 19 de septiembre de 2020.

¹⁰ Se añade el segundo párrafo por el art. único.1 de la Ley 13/2005, de 1 de julio. BOE, de 2 de julio de 2005: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo."

¹¹ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 6.

de varón y mujer en el acto de consentimiento matrimonial. Tanto Agustín Motilla¹² como María Dolores Cervilla Garzón¹³ perciben, en esta reforma, acercamiento a los parámetros occidentales del Derecho de familia y, más en concreto, de igualdad entre los sexos y entre los miembros de la familia.

Agustín Motilla¹⁴, percibe también, en los principios de esta reforma, la tendencia a un islam tolerante y, en el marco de la igualdad hombre-mujer, a dificultar la poligamia.

Resalta especialmente la consideración por el legislador de los tratados internacionales ratificados por el Reino de Marruecos.

Otro elemento a considerar en cuanto a igualdad jurídica es la equiparación de la edad para contraer matrimonio, que en el caso de la mujer se eleva a dieciocho años, igualando así el momento en el que tanto el varón como la mujer alcanzan la mayoría de edad.¹⁵

El Código de Familia marroquí se acerca, como hemos visto, a parámetros de igualdad de sexos acorde tanto con los tratados internacionales, de los que el Reino de Marruecos es firmante, como con las dinámicas internas de la propia sociedad marroquí. Podemos pues percibir que el Código de familia marroquí se impregna asimismo de las dinámicas de igualdad que se dan en la sociedad occidental.

2. Consentimiento

Un elemento esencial de la igualdad jurídica es la capacidad de la mujer para consentir su matrimonio. Dice el artículo 25 del Código

de Familia marroquí (en adelante CM) que la mujer mayor de edad puede contraer matrimonio; y puede consentir por sí misma o bien delegar en su padre o alguno de sus parientes.¹⁶

En el Código Civil español el consentimiento es también elemento esencial. Dice el artículo 45 que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

Ahora bien, el artículo 4 (CM) ahonda en el consentimiento y plantea objetivos a la unión matrimonial: pureza, castidad, familia estable, cuidado mutuo...

En la misma línea, el artículo 67.4 (CM) recoge, ahora al respecto del acta del matrimonio, la necesidad de que esta acta precise referencia al consentimiento mutuo de los dos contrayentes, capacidad de los mismos, así como discernimiento y libertad de elegir.

Acorde todo ello a una concepción del matrimonio islámico como realidad natural, no sagrada, como un contrato formal o solemne.

Esta perspectiva de contrato se enmarca perfectamente en lo previsto por el art. 221 del Código de Obligaciones y Contratos de 1914,¹⁷ que plantea como requisitos del contrato, la existencia de consentimiento entre las partes, en este caso contrayentes, así como la necesidad de objeto que sea materia del contrato y del establecimiento de obligaciones.

¹² Ibidem, p. 21.

¹³ CERVILLA GARZÓN, María Dolores "La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (*La Mudawana*) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional", cit., p. 162.

¹⁴ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 16.

¹⁵ Ibidem, p. 21.

¹⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, Sevilla, 2009.

¹⁷ Código de Obligaciones y Contratos. Imprenta del Ministerio de Estado, Madrid, 1914. Anexo núm. 3 al Boletín oficial de la zona de influencia española en Marruecos, correspondiente al 10 de junio de 1914.

Este mismo código aborda el tema matrimonial en el art. 247¹⁸, al respecto de la eficacia de los contratos con relación a su forma, la necesidad de que consten en documento publico las particularidades del mismo, dote, derechos hereditarios, sociedad conyugal...

En el código (CM) anterior a 2004, si bien se eliminaba el matrimonio forzado, la mujer debía ser representada por su padre o tutor.

Se produce pues un cambio fundamental con el CM de 2004 y la figura del representante legal de la mujer ya no es obligada.¹⁹

El consentimiento aparece como elemento fundamental en ambas normativas, española y marroquí, que se relaciona fuertemente con el concepto de igualdad antes referido. No hay matrimonio sin consentimiento y ambos contrayentes deben consentir.

3. Finalidad

El canon 1096 § 1 del Código de Derecho Canónico²⁰ recoge referencia a finalidad del matrimonio. Lo define como consorcio permanente y le asigna función de procreación y cooperación sexual.

Le asigna, asimismo, el canon 1055 § 1, finalidad y permanencia. Se trata pues de un consorcio para toda la vida, con finalidad de generación y educación de la descendencia y el bien de los conyuges.

El Código marroquí (CM) en su artículo 4 recoge también la referencia a finalidad, así como a permanencia (unión duradera) y a pureza y castidad.²¹

El Código Civil español (Cc) no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, aunque sí contiene una «determinación legal» de los derechos y deberes de los esposos. Los derechos y deberes de los esposos se abordan en el capítulo V, artículos 66 a 71, del Código Civil.²²

Aunque los derechos y deberes de los esposos perfilen de alguna manera el marco de la unión matrimonial, no se percibe en la normativa civil española actual el matiz de empresa común que sí recoge el código marroquí y que están, de alguna manera, presentes en el código canónico, que define al matrimonio como consorcio.

4. Edad para contraer matrimonio

Conforme al art.19 del Código marroquí de 2004, se sitúa en dieciocho años la edad necesaria para contraer matrimonio, tanto en el caso del hombre como en el de la mujer.

Anteriormente, al igual que en otras normativas occidentales, se podía contraer matrimonio con edades inferiores y se consideraba distinta edad para el varón o la mujer. Ahora bien, los artículos 20 y 21 del código marroquí consideran la posibilidad de matrimonio con menor edad.

En el caso de España, el Código Civil aborda el tema desde la perspectiva de impedimento y no pueden contraer matrimonio

¹⁸ *Ibidem*, arts. 247.3; 247.4 y 247.5.

¹⁹ MOTILLA, Agustín “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos” *cit.*, p. 449.

²⁰ Código de Derecho Canónico https://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3X.HTM. Consultado: 23 de septiembre de 2020.

²¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí*, *cit.*, p. 46.

²² BOE, “Código de Derecho matrimonial” Edición actualizada a 17 de agosto de 2020 p.142 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=261_Codigo_de_Derecho_Matrimonial&tipo=C&modo=2. Consultada: 12 de septiembre de 2020.

los menores de edad no emancipados. (Artículo 46.)²³

Los artículos 317 y 318 del Código Civil español tratan de la emancipación, por lo que cabe hablar también de una anticipación de la mayoría de edad necesaria.

Se ha producido en el tema de la edad una evolución similar en ambas normativas, aumentando a dieciocho años la mayoría de edad e igualando en hombres y mujeres la edad para contraer matrimonio.

Esta notable similitud de los procesos no se refleja en los autores a los que hemos tenido acceso y que comentan el tema de la edad remarcando la diferencia entre la normativa española y la marroquí.

5. Disolución del vínculo matrimonial

En toda la gran diversidad de variedades y situaciones que rodean al hecho de la disolución del vínculo matrimonial, afirma Motilla Agustín²⁴ que con la normativa de 2004 (CM) se intensifica la intervención judicial.

Y precisa también este autor que se pone término a las dinámicas de disolución unilateral por el marido.

El camino judicial emprendido por la normativa marroquí en el caso de la disolución matrimonial, establece una clara línea de contacto con la normativa española. El Código Civil español establece en su artículo 81 cuando se decretará judicialmente la separación, como es en el caso de la existencia de hijos menores o no emancipados, a petición de uno o de ambos cónyuges...

²³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultada: 11 de septiembre de 2020.

²⁴MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 28.

Por otra parte, es preciso considerar que es en este campo del Derecho de familia donde, con frecuencia, confluyen o entran en contacto en la realidad cotidiana ambas normativas. El Artículo 14 del Código Marroquí (CM) considera en el contrato matrimonial medidas administrativas propias del país en el que residan los afectados.

La normativa marroquí ha evolucionado hacia una judicialización de la disolución matrimonial, eliminando así el uso unilateral de la misma atribuido al varón, en línea en cuanto a judicialización respecta, con la normativa española.

6. Traducción inexacta

La percepción que llega hasta nosotros del concepto de disolución matrimonial correspondiente al marco jurídico del Islam pudiera estar perfilado por una traducción inexacta de los términos. Traducción inexacta, pero habitual, tal como apuntan algunos autores²⁵, al considerar que el concepto islámico “Talaq” se traduce generalmente por repudio, dando un matiz negativo al mismo, cuando pudiera tener un matiz positivo si se traduce por soltar o dejar ir.

Idéntica perspectiva observamos en Outman Allouchi,²⁶ cuando refiere que el legislador marroquí optó por traducir *ṭalāq* y *taṭlīq* por *divorce* y *divorce judiciaire* obviando el término *répudiation* por su carácter peyorativo.

Considerando lo apuntado por Outman Allouchi y por M^a Dolores Ortiz Vidal al respecto de traducciones de términos jurídicos

²⁵ ORTIZ VIDAL, M^a Dolores, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N^o 2, 2014, p. 210.

²⁶ ALLOUCHI, Outman. *Nociones de derecho marroquí de familia imprescindibles para abordar el estudio de la traducción de sentencias judiciales marroquíes en materia de disolución del matrimonio*, cit., p. 13.

del derecho marroquí se hace preciso un estudio amplio de los mismos, analizando sus ramificaciones a fin de conocer y precisar el concepto.

7. La guarda y custodia de los hijos. Manutención

No aprecia Agustín Motilla²⁷ cambio sustancial respecto de regulaciones anteriores en lo que se refiere a las obligaciones a prestar por el padre una vez disuelto el matrimonio. Resalta este autor que la nueva normativa plantea la contibución de la madre si tiene bienes suficientes.

Ahora bien, la judicialización que se ha producido en el ámbito de la disolución matrimonial afecta, como no puede ser de otro modo, a la guardia y custodia de los hijos y manutención de los mismos.

Vemos en el artículo 236 que el tutor natural de los hijos sigue siendo el padre, pero la guardia y custodia, se atribuye en primer lugar a la madre (art. 171), y ambas figuras se podrían alterar o flexibilizar en la intervención judicial.²⁸

No hay pues atribución cerrada o definitiva, ya que la intervención judicial podría alterar las atribuciones previstas inicialmente, lo que nos acerca a parámetros occidentales.

Ahora bien, persiste discriminación clara en función de la religión que profesa como nos deja patente el artículo 173.3 dejando en situación precaria a la mujer judía o cristiana a la hora de conservar la guarda.²⁹

El actual Código de Familia de Marruecos de 2004, en los artículos 119 y 187 a 201, recoge con sumo detalle una gran diversidad de situaciones, así como definición de conceptos en relación a las mismas.³⁰ El artículo 189 (CM) aclara que por manutención se entiende no solo alimentos, sino también vestido, cuidados médicos, instrucción ... así como determinar la cuantía de las cargas que resulten de estas obligaciones.

El artículo 93 del Código Civil español plantea que el juez determinará la contibucion de cada progenitor para asegurar efectividad y acomodación a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos.

El artículo 142 de Cc indica que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educación e instrucción.

El Código Civil Español (Cc) aborda el tema de la guardia y custodia de los hijos en el artículo 92 y se plantea con una importante intervención del juez.³¹

También en este apartado se percibe en el CM un incremento de la intervención judicial. Se acerca así a parámetros occidentales. Destaca sin embargo la discriminación en razón de la fe cuando la madre no es musulmana.

No cabe duda del carácter común de los conceptos que se barajan en ambos sistemas. El actual Código de Familia marroquí también prevé intervención de la madre en línea al acercamiento a los códigos occidentales

²⁷MOTILLA, Agustín. "La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos", *cit.*, p. 453.

²⁸ *Ibidem*, p. 453.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, *cit.* Artículo 189, pp. 155-156.

³¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> Consultada 6 de septiembre de 2020.

que viene asumiendo, si bien mantiene la discriminación cuando la madre no es musulmana.

8. Ascendientes

El CM prevé en su artículo 203 la manutención a los ascendientes, el reparto de esta responsabilidad en función de sus recursos y no según su parte en la sucesión. El artículo 193 CM establece prioridades cuando no se cuente con recursos suficientes para atender a todas las obligaciones. Se prioriza la atención a la esposa y después a hijos menores. Después a las hijas y continuación hijos varones. Vendrían a continuación las obligaciones para con su madre y después para con su padre.

Este tema se aborda en el Código Civil español en los artículos 142 a 153. Se establece una obligación de proporcionar alimentos (art. 143) entendiendo este concepto en un amplio sentido de sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142).

Ambas normativas se plantean la atención a ascendientes. En el caso marroquí se establecen prioridades en caso de precariedad. La normativa española hace referencia también a hermanos cuando se trate de auxilios necesarios para la vida. (art.143 Cc)

9. Filiación y cuidado de la infancia

De acuerdo a lo previsto en los tratados internacionales ratificados por Marruecos y, en particular, en relación con la Declaración sobre derechos del niño adoptada por la ONU, el nuevo código de familia marroquí, aborda en su desarrollo la atención a la infancia. El artículo 54 (CM) detalla los deberes de

los padres respecto a sus hijos. Agustín Motilla³² percibe una novedad normativa en estas referencias y la relaciona específicamente con la Declaración sobre derechos del niño adoptada por la ONU, que Marruecos ha ratificado. Se trata de una especial atención al interés del menor en este artículo 54 que no aparecía en normativas anteriores.

No percibimos esta relación en Martínez Almira³³ que considera este artículo enmarcado en la tradición musulmana de la hadana o el derecho a la custodia del niño.

Se aborda el tema de filiación a partir del artículo 108 (108 a 141) del Código Civil español recogiendo una amplia diversidad de las situaciones posibles.

El artículo 108 (Cc) aborda filiación por naturaleza y por adopción, matrimonial o no matrimonial y con los mismos efectos.

Estableciendo pues una diferencia esencial con el Código marroquí, que no reconoce la adopción.

Recoge el Código Marroquí el tema de filiación materna y paterna en los artículos 143 y 144 y prevé la intervención judicial en el artículo 145.

La filiación puede ser determinada judicialmente según el art. 111 2º del Código Civil español.

El cuidado de los hijos aparece ya en el código español (art. 155.1) en su versión de 1881³⁴ manifestando obligaciones con los mismos. El artículo 154 del código actual hace

³²MOTILLA, Agustín, “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *cit.*, p. 454.

³³MARTÍNEZ ALMIRA Mª Magdalena. “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico”. *Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales Feminismo* / s, 8, (2006), pp. 87-113.

³⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> Consultada 30 de septiembre de 2020.

además referencia a la patria potestad para con los hijos no emancipados.

El art. 156 del CC establece que, en caso de desacuerdo entre las partes, se podrá acudir a la vía judicial.

El Código de la Familia, en el caso marroquí, acentúa las referencias al control y supervisión judicial.³⁵

Tanto en la normativa española como en la marroquí se percibe el efecto de los tratados internacionales de los que ambos países son firmantes. Ambas normativas consideran con muy importante peso la intervención judicial. Se establece una diferencia fundamental en el caso de la adopción, que no es admitida en el derecho marroquí y sí en el español.

El cuidado de los descendientes está presente en las normativas actuales y en normativas anteriores tanto española como marroquí.

En ambos códigos se aprecia una fuerte importancia de la intervención judicial en el ámbito familiar, lo que en el caso marroquí es especialmente significativo con respecto a realidades anteriores.

10. Derecho sucesorio

El artículo 334 del CM nos sitúa ante diferentes categorías de herederos.

En Esteban de la Rosa y otros (2009) se nos proporciona explicación de cada una de estas categorías³⁶. Encontramos pues, herederos de parte fija (*fard*); herederos agnaticios (*asab*) herederos por ambas categorías y herederos por una sola de ellas.

Aprecia Agustín Motilla pocos cambios en el Derecho sucesorio³⁷ y percibe que se mantienen los esquemas tradicionales de reparto de la herencia por cuotas y las limitaciones por razón de sexo o religión.

Así, podemos ver como el artículo 332 del CM nos dice que no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no-musulmán y el artículo 351.3 dice al respecto de herederos *asaba* que la parte del heredero sea el doble que la parte de la heredera.

Agustín Motilla³⁸ apunta notables diferencias con la tradición normativa “romano canónica”. Se trata de una materia regulada al detalle en la *Sharia* y deja poco margen para la voluntad del difunto. Refiere también este autor³⁹ que esta normativa islámica podría tener importantes repercusiones en España, ya que podría ser, en algunos supuestos, de aplicación en nuestro país conforme a lo previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

El Código español trata el tema sucesorio en el capítulo II y si bien recoge diversidad de situaciones, presenta un menor cierre de las posibilidades. El artículo 807 recoge líneas de herencia de los denominados herederos forzosos. El artículo 765 establece que los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Así, aunque cabe concluir que el Código marroquí entra en corrientes de equidad de los herederos y herederas, acordes con las líneas normativas del código español, y europeo, vemos también que mantiene situaciones de notable diferencia, en las que al heredero le co-

³⁵MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del derecho de familia islámico*, cit., p. 45.

³⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jaimila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 215.

³⁷ MOTILLA, Agustín. “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, cit., p. 457.

³⁸ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 47.

³⁹ *Ibidem*, p. 145.

responde el doble que a la heredera y mantiene relación entre religión y herencia. Como hemos visto, la normativa marroquí, podría adquirir efectos en España.

11. Compensación en separación

Dispone el Código Civil español en su artículo 97 que en caso de que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico entre la situación de ambos conyuges, se toma como referencia la situación anterior al matrimonio, y en caso de empeoramiento con respecto a ésta se tendrá derecho a compensación.

En el Código marroquí, en su artículo 114 plantea, conforme a la perspectiva de contrato, que el matrimonio puede disolverse sin condiciones o con condiciones acordes a lo establecido en el citado Código, pero se puntualiza en este artículo el que no perjudiquen a los hijos y el que el tribunal procurará la reconciliación.

En caso de desacuerdo, se recurrirá a la vía judicial.

En el discurso del Rey Mohammed VI⁴⁰ que pronunció con motivo de la apertura del segundo año legislativo de la séptima legislatura se recogía que tanto el hombre como la mujer puedan disolver el matrimonio y evitar así el uso tradicional y abusivo de este derecho solo por el hombre. Perspectiva ésta en la que se desarrolla la normativa de 2004.

⁴⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudanwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 37.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> Consultada 24 de septiembre de 2020.

El artículo 49 (CM) establece que cada cónyuge dispone de un patrimonio distinto del otro, pero en la perspectiva de contrato desde la que se plantea esta relación, se considera que también se han podido adquirir o producir bienes conjuntos durante el matrimonio, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer acuerdos de reparto. La norma prevé la intervención del juez en caso de desacuerdo y se podría entrar a valorar la contribución de cada conyuge en la fructificación de los bienes de la familia.⁴¹

La compensación en la separación está prevista en la normativa española y en la marroquí. En ambos casos se plantea la intervención judicial en caso de desacuerdo. En el caso marroquí se aprecia la reiterada referencia a reconciliación que no aparece en la normativa española.

La referencia en la norma española a la situación de los cónyuges anterior al matrimonio (art. 97)⁴² nos sitúa en un concepto individual del mismo. El marroquí, sujeto a la ley de contratos, Código de las obligaciones y contratos, de 13 de agosto de 1913⁴³ (*BORM núm. 46, de 12 de septiembre de 1913*), pudiera tener carácter de empresa conjunta.

12. Ley Personal. Matrimonio extranjero

Establece el artículo 9.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴⁴ que los efectos del matrimonio se registrarán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, pero

⁴³ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudanwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 44.

⁴⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultada 24 de septiembre de 2020.

también admite que, en defecto de ésta, se podrá recurrir a la ley personal o de la residencia habitual, o a la del lugar de celebración del matrimonio.

Nos encontramos así ante una situación de relativismo cultural, de aceptación de otra normativa que nos sitúa en una perspectiva multicultural y ante una posición relativista con respecto de las culturas.⁴⁵

Apuntaba Foblets⁴⁶ en 1996 que poblaciones inmigradas planteaban a los juristas problemas complejos, a los que se daba solución distinta según el país.

En el caso de España, nos dice el artículo 50 del Código Civil⁴⁷ que si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o bien cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos ahondando así en la línea que se anotaba al respecto del artículo 9.2.

Una importante novedad del Código de la Familia marroquí es que plantea el reconocimiento del matrimonio entre nacionales marroquíes realizado en el extranjero (artículos 14 y 15)⁴⁸ y establece las condiciones para su reconocimiento.

El Rey Mohammed VI⁴⁹ abordaba este tema en el discurso de apertura del segundo

año legislativo de la séptima legislatura planteando asimismo la necesidad de simplificación de los procedimientos.

Como vemos, estas normativas nos presentan un campo de fuerte interacción entre ellas, de amplia repercusión en la población musulmana de España y de Europa.

13. Promesa de matrimonio

Se dispone en el artículo 42 del Cc que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo y el artículo 43 delimita las obligaciones de resarcir a la parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en la promesa realizada.

En la misma línea, el Código de Familia Marroquí dice en su artículo 7 que, aunque la ruptura del compromiso matrimonial, no da derecho a indemnización, si una de las partes ocasiona un perjuicio a la otra, ésta podrá solicitarla.

El Código de Derecho Canónico 1062 § 2⁵⁰ plantea también que la promesa no genera obligación de celebración del matrimonio, pero que si hubiera generado daños, estos deberían resarcirse.

Se aprecia pues, en los tres casos, normativa similar; se mantiene la misma línea en los tres códigos, canónico, español y marroquí. Se prevé indemnización en caso de haber ocasionado perjuicio.

⁴⁵ CALVO CUESTA, R. et al. *Materiales para una educación antirracista*, Talasa ediciones, Madrid, 1996.

⁴⁶ FOBLETS, M. C. (dir) "Familles, Islam, Europe. Le droit confronté au changement", *Les cahiers du GRIF* 1996, p. 198 https://www.persee.fr/doc/grif_0770-6081_1996_hos_2_1_2477_t1_0198_0000_2 consultado 30 de septiembre de 2020

⁴⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> Consultada 24 de septiembre de 2020, artículo 50.

⁴⁸ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 15.

⁴⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 37.

⁵⁰ Código de Derecho Canónico https://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P3T.HTM Consultado: 20 de septiembre de 2020.

14. Impedimentos

Los impedimentos se convierten en una y otra normativa en “condiciones para”. En el caso español se abordan en los artículos 46 y 47 del Código Civil. Dice el artículo 46 que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados ni quienes estén ligados con vínculo matrimonial.

Y, conforme al artículo 47, tampoco pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

El Código Marroquí entra a detallar parentescos; considera la lactancia como parentesco y diferencia impedimentos temporales (artículo 39) y perpetuos absolutos (artículos 36 a 38).

En ambas normativas se percibe la línea exogámica, que apunta tanto a consanguinidad como a relaciones familiares resultantes de ésta. Así, el Código Español excluye parientes en línea recta por consanguinidad o adopción hasta tercer grado; el código marroquí además de la consanguinidad considera el parentesco por lactancia.

La exogamia lleva a la interrelación de los grupos, establece relaciones extratribales y aleja conflictos. Tal como vemos en Federico J. Paladino, la exogamia implica el reconocimiento del otro.⁵¹ En ella se encuadran las sociedades islámicas y las occidentales.

15. Emancipación

Es un tema importante en ambas normativas. El artículo 321 del Código Civil español establece que sería el Juez, previo informe del

Ministerio Fiscal, quien podría conceder la emancipación del mayor de dieciséis años que lo solicitare,⁵² si bien el artículo 319 plantea una emancipación de hecho cuando el hijo mayor de dieciséis años vive independientemente con el consentimiento de sus padres. Ahora bien, esta emancipación puede ser revocada, por lo que no tiene el carácter definitivo de la declarada judicialmente.

En el caso marroquí también se opta por la intervención del juez a la hora de emancipar. Tratan este tema los artículos 18, 20 y 21 del Código marroquí.⁵³ Se hace referencia en los mismos a que exista interés o motivo para esta emancipación, así como que la persona que se pretende emancipar cuente con capacidad acreditada.

En ambas normativas se trata de un asunto con marcada intervención judicial.

16. Capacidad

Viene definida en ambas normativas por la ausencia de los impedimentos, aunque en la redacción de la capacitación se adopte una perspectiva positiva: “tiene capacidad para”. Ahora bien, se trata de una conclusión “como resultado” del acta/expediente instruido al efecto.

Una realidad de intercambio de expedientes matrimoniales, casos de divorcio, separaciones... entre los reinos de Marruecos y España hace cotidiano este trámite y por ahí una confluencia de los documentos que deja patente el artículo 50 de nuestro Código Civil ya que, si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España

⁵¹PALADINO, Federico J., “La función *sacrificial* de la cultura: ‘desnaturalizar las semejanzas’. Lévi-Strauss reconsiderado desde una antropología de la violencia”, *Gazeta de Antropología*, 27 (1), 2011, https://www.ugr.es/~pwlac/G27_12Federico_Paladino.html Consultado: 12 de septiembre de 2020.

⁵² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de

julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> Consultado: 24 de septiembre de 2020.

⁵³ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit.

con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

17. Condición de Salud

El Código Marroquí precisa la capacidad para el matrimonio. El artículo 19 considera edad y facultades mentales.

El artículo 213 considera limitaciones ligadas a prodigalidad o a la falta de capacidad mental, o de discernimiento propios de la mayoría de edad.

El Código Civil español aborda el tema de la capacidad en su artículo 56 y lo hace desde una perspectiva inclusiva, donde el impedimento es la excepción y se plantea como cuestión de salud.⁵⁴ A este respecto se ha modificado una redacción anterior en la que se hablaba de deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales. Tanto en la nueva redacción como en la anterior se habla de dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento.

Al igual que en la normativa española, conforme al artículo 23 del Código marroquí se requiere informe sobre la minusvalía emitido por uno o varios médicos especialistas. Se exige asimismo que la otra parte consienta expresamente al respecto de la minusvalía.

En la normativa española serán el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, quienes podrán recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recep-

ción del consentimiento del o los contrayentes y sería una condición de salud el posible impedimento.

Se intenta minimizar, en el caso español, la condición de salud como impedimento para contraer matrimonio. Marruecos aborda directamente la consideración de las facultades mentales.

3.18. Acta

El Código Marroquí establece en su artículo 16 que el acta de matrimonio se considera el medio aceptado de prueba del mismo. El artículo 51 del código español situa en el acta el cumplimiento de los requisitos precisos para contraer matrimonio.

El acta se concibe como elemento esencial tanto en el código marroquí (el acta de matrimonio se considera el medio aceptado de prueba del matrimonio) como en el español, al constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio.

3.19. Celebración matrimonio

En ambas normativas resulta esencial el acta de matrimonio que refleja la celebración del mismo. Es preciso el consentimiento, que en caso de la mujer, es de reciente incorporación a la norma marroquí.

En la tradición católica, si bien se establecen condiciones de lugar y de oficiante, así como testigos y adecuación a determinadas

⁵⁴ Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE 158 de 3 de julio de 2015.

normas⁵⁵, también es cierto que se prevé la realización de matrimonios secretos.⁵⁶

La secularización del hecho matrimonial en el occidente europeo conlleva un acercamiento a la perspectiva contractual que nos señala Olmos Ortega, María Elena al respecto del matrimonio marroquí.⁵⁷

20. Apoderamiento

Se prevé el apoderamiento en ambas normativas. El artículo 55 del Código español prevé que se pueda establecer el compromiso matrimonial mediante apoderado, y requiere la presencia del otro contrayente.

El Código marroquí en su artículo 17 establece la presencialidad de las partes, pero recoge que será posible el apoderamiento para su celebración.

Percibimos tanto en la normativa española como en la marroquí la referencia al apoderamiento, al “matrimonio por poderes” que posibilita la realización del matrimonio en ausencia de uno de los contrayentes. En el caso de ciudadanos españoles fue un frecuente en momentos de emigración y dificultades de comunicación.

21. Derechos y deberes de los cónyuges

Es clara la afirmación en el código español cuando establece que los cónyuges son iguales en derechos y deberes (artículo 66).

El artículo 51 del código marroquí parece apuntar en esta línea al plantear la reciprocidad de los derechos y deberes de los conyuges y, si bien entra a puntualizar detalles de la convivencia, como el trato a las esposas, pureza y fidelidad, responsabilidad en la gestión del hogar... esta misma prolijidad de detalle deja margen para la no reciprocidad en aspectos no relacionados.

Así, probablemente en este margen, se apunta en Gloria Esteban y otros⁵⁸ al respecto de este artículo 51 (CM) que la versión en árabe va en otra dirección y que el esposo conserva en todo caso el estatuto de jefe de la familia, atribuyendo a la esposa cierto papel de consulta o de consejo para ayudar al marido en sus funciones.

Agustín Motilla⁵⁹ señala que la línea de equiparación se ve clara en el artículo 51.4 (versión castellana) que considera la consulta mutua para la toma de decisiones relativas a la gestión de los asuntos de la familia, los hijos y la planificación familiar y que supone la supresión de la obediencia debida de la esposa al esposo, que recogía la antigua normativa y que se utilizó –en algunos casos- de forma abusiva para ejercer los malos tratos.⁶⁰

Podemos, en todo caso, concluir que se percibe una cierta tendencia hacia la igualdad de los cónyuges en la normativa marroquí que, como hemos visto, está sujeta a matizaciones.

⁵⁵ Código de Derecho Canónico 1108 (§ 1130-1133) https://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P40.HTM Consultado: 20 de septiembre de 2020.

⁵⁶ *Ibidem*. Capítulo VII (§ 1130-1133) https://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P40.HTM Consultado: 20 de septiembre de 2020.

⁵⁷ OLMOS ORTEGA, María Elena “Mujer, matrimonio e Islam”, *cit.*, p. 497

⁵⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, *cit.*, p. 70.

⁵⁹ MOTILLA, Agustín, “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *cit.*, p. 451.

⁶⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, *cit.*, p. 27.

22. Nulidad

En ambas normativas se admite la posibilidad de nulidad. En el caso español, cabe esta posibilidad cualquiera que sea la forma de su celebración, tal como nos dice el artículo 73 del Código Civil.

El artículo 58 del Código marroquí establece que el Tribunal declarará nulidad al tener conocimiento de la existencia de causas para la misma, o a petición de la persona interesada. Redacción muy semejante a la española, en la que puede pedir nulidad cualquier persona con interés directo.

Estableciéndose como vemos una notable confluencia de ambas normativas, si bien la normativa marroquí resulta más determinante y definitiva. El artículo 57 (CM) determina nulidad cuando faltan requisitos esenciales, cuando se detecta que había impedimentos para la realización del matrimonio o cuando no hay concordancia en los consentimientos realizados. El artículo 76 del Código español se establece que la acción de nulidad pretendida caducaría si los conyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haberse interrumpido la fuerza o el miedo si esta fuera la causa en la que se fundamenta la nulidad.

23. Perennidad

Es preciso resaltar la concepción de perennidad del matrimonio musulmán.

El vínculo matrimonial en el Código de Familia es, en principio, perpetuo. El art. 4 del CM, se plantea con una previsión de duración, como también se plantea en la práctica generalidad de los códigos de los países islámicos a este respecto. No obstante, el vínculo matrimonial es susceptible de ser disuelto, tanto por *ṭalāq* como por *taṭliq*, como vemos en ALLOUCHI, Outman (2016)⁶¹

⁶¹ Cfr. ALLOUCHI, Outman, *Nociones de derecho marroquí de familia imprescindibles para abordar el estudio*

El legislador marroquí, conforme a lo establecido en el artículo 70 del CM, procura disuadir a los cónyuges de recurrir a la disolución del vínculo matrimonial salvo en casos excepcionales, teniendo en cuenta la regla del “mal menor”, dado que conduce a la desintegración de la familia y perjudica a los hijos, sobre todo si son menores.

Esta perspectiva de perennidad tradicional que fue, también en occidente, y que decae, de algún modo, con la secularización occidental, podría tomar impulso con la potenciación de los procesos de mediación. En el código marroquí encontramos referencias a intervención reconciliadora en los artículos 82, 114 o 120 en diferentes contextos.

24. Coacción o fraude

El Código Civil español establece en su artículo 76 supuestos de nulidad en casos de error, coacción o miedo. Solamente podrá iniciar esta acción de nulidad el cónyuge perjudicado. El artículo 79 del mismo texto normativo establece, tal como hemos visto anteriormente, que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes que actuaron de buena fe. En esta perspectiva de que “La buena fe se presume” se percibe esta normativa.

Dispone el artículo 80 que las declaraciones de nulidad dictadas por tribunales eclesiásticos tendrán validez civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución de Juez civil competente.

El Código Marroquí considera en su artículo 66 la realización de maniobras fraudulentas con el fin de obtener autorizaciones o certificados como razones de nulidad. Se plantea además reparación del perjuicio sufrido.

de la traducción de sentencias judiciales marroquíes en materia de disolución del matrimonio, cit., p. 11.

El artículo 63 recoge la coacción o el engaño y también plantea la declaración de indemnizaciones.

Ambas normativas recogen la referencia a fraude y a coacción. El código marroquí recoge referencia a indemnización. En el código español ha caído la referencia a que “el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales” que estaba en la versión de 1889 en el artículo 72 y en 1958. Este artículo ya aparece suprimido en 1981. El artículo 98 del código civil español admite derecho a indemnización en caso de nulidad si ha existido convivencia conyugal.

25. Adopción

Los vínculos establecidos por la adopción en España⁶² tienen carácter permanente. El artículo 180 del Cc establece que la adopción es irrevocable y el artículo 178 que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.

El Código Marroquí no admite la adopción. Dice en su artículo 148 que la adopción (tabanni) se considera nula y por ello sin efectos en la filiación parental. Tampoco la adopción de recompensa o la asimilación al rango de hijo alteran la filiación parental.

Esta concepción de la adopción abre campo a la Kafala que consiste en el cuidado que una persona presta a otra y que es especialmente importante en el caso de los niños abandonados. Mediante la kafala una persona, se hace cargo de un menor, limitándose a garantizar su mantenimiento y educación.

El menor no adquiere el apellido de la familia de acogida, y tampoco goza de ningún derecho a heredar de ella.

26. Hadana

Vemos en el artículo 163 del Código Marroquí que la hadana consiste en preservar al hijo de lo que podría perjudicarlo, educarlo y velar por sus intereses.

La persona que ejerce la hadana debe adoptar en lo posible todas las medidas necesarias para la seguridad, tanto física como moral, del hijo sujeto a esta medida de protección, y velar por sus intereses.

No cabe traducir esta expresión por las más conocidas en el Derecho español de custodia o guarda, dado que ambas implican la representación legal del hijo/a cuya custodia corresponde a uno de sus progenitores. En cambio, la hadana no confiere más facultades que el cuidado en sentido material y físico de los/as hijos, su alimentación, vestido y todo tipo de atenciones que transcurren en el plano de lo que genéricamente puede denominarse crianza.⁶³

Los artículos 164 a 186 del Código marroquí detallan las particularidades de la hadana. Acorde a las líneas internacionales de protección de la infancia, el Rey Mohammed VI abordaba también este tema en el discurso que pronunció con motivo de la apertura del segundo año legislativo de la séptima legislatura.

En el interés del niño se expone que la hadana deberá ser atribuida por determinado orden; primero a la madre, luego al padre y luego a la abuela materna...⁶⁴

⁶² Capítulo V: “De la adopción y otras formas de protección de menores.” Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultada: 24 de septiembre de 2020.

⁶³ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 256.

⁶⁴ Ibidem, p. 38.

27. Continencia

El Código de familia marroquí aborda con detalle tiempos de continencia (artículos 129, 130, 136...) que cabe relacionar con la preocupación por la filiación dada la facilidad con la que la tradición adjudicaba al varón para la ruptura matrimonial, y parece contrastar con una tendencia en la norma española a considerar del hogar los hijos nacidos en el mismo y en una tradición de permanencia del vínculo matrimonial. “La buena fe se presume” nos dice el art. 79 del Código Civil. Con todo, en la normativa marroquí encontramos en cierta manera también esta perspectiva:

Dice el artículo 143 del Código de familia marroquí que la filiación parental respecto al padre y a la madre se considera legítima hasta que se demuestre lo contrario. Y el artículo 151 que la filiación se establece por una presunción fuerte y sólo se negará por decisión judicial.

También los artículos 116 y 117 del Código Civil español abordan los tiempos, ya que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

28. Mediación

La resolución de conflictos mediante mediación es una apuesta clara de ámbito europeo. Vemos en la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid⁶⁵ el creciente interés en el contexto internacional, por la mediación familiar, tal como se manifiesta en la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ella se insta a

los estados miembros, conforme a las experiencias llevadas a cabo por diversos países, a instituir y promoverla, señalando, entre otros beneficios de la mediación familiar, la posibilidad de reducir los conflictos entre las partes en desacuerdo, posibilitar convenios amistosos, mejorar la comunicación entre los miembros de la familia y asegurar el mantenimiento de relaciones personales entre padres e hijos.

Lo que proporciona un fundamento y una perspectiva al desarrollo de diversas normativas autonómicas de mediación⁶⁶:

El Código de Familia Marroquí, desde una perspectiva de perennidad del matrimonio insiste reiteradamente en la mediación. El artículo 94 asigna al Tribunal la función de emprender todos los intentos para que tenga lugar la reconciliación entre los cónyuges. Nos dice el artículo 95 que quienes desempeñen la función de arbitros tratarán de encontrar los motivos de desacuerdo y procurarán poner fin a la situación.

No es ajena pues la mediación a los procesos normativos europeos ni a los islámicos. Referencia al mantenimiento de la estructura conyugal, tras el conflicto, aquí, desde una perspectiva de perdón, se percibe en la tradición canónica. El canon⁶⁷ 1152 § o el 1151 recomiendan el perdón.

29. Las relaciones paterno-filiales

Los artículos 154 y 155 del Código español abordan las relaciones paterno-filiales. El artículo 154 aborda la patria potestad, que se ejercerá en interés de los hijos y de acuerdo a su personalidad e integridad física y mental.

⁶⁵ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. BOE 153, de 27 de junio de 2007.

⁶⁶ <https://psicologomediador.com/legislacionmediacionfamiliar.htm> Consultado: 30 de septiembre de 2020.

⁶⁷ Código de Derecho Canónico art. 2 (1151-1155) https://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P43.HTM y http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.14p1t7.html#a2 Consultado: 30 de septiembre de 2020.

El artículo 155 aborda los deberes de obediencia por parte de los hijos, así como de contribución al levantamiento de las cargas familiares; el artículo 156 establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores si bien puede desempeñarla uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro; y el artículo 54 del Código marroquí recoge los deberes de los padres respecto a sus hijos. Al respecto de la autoridad paterna algunos autores no parecen ver cambio con respecto a normas anteriores ya que el esposo conserva el estatuto de jefe de la familia, atribuyendo a la esposa cierto papel de consulta o de consejo para ayudar al marido en sus funciones.⁶⁸

En ambas normativas corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias con el fin de asegurar la protección de los niños, garantizar y preservar sus derechos de acuerdo con la Ley. El Ministerio Público vela por el control de la ejecución de las disposiciones antes citadas, tal como vemos en los artículos 54 Código marroquí y en el 174 del Código español.

30. Acogimiento familiar

El Acogimiento familiar, que se trata en los arts. 173-174 del Código Civil español, estableciendo que el acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado y que puede adoptar diversas modalidades, conexas fuertemente con el concepto de hadana que hemos abordado anteriormente.

⁶⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jaimila, OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudanmana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 27.

31. Dote

La dote⁶⁹ ha sido algo cotidiano en el matrimonio español. Era una aportación de la esposa, que le sería devuelta en caso de disolución.

Tal como prevé el artículo 26 del Código de Familia, en el caso marroquí, la dote la ofrece el esposo a su esposa, como manifestación del deseo de contraer matrimonio, constituir una familia estable y consolidar las bases del afecto y de la convivencia entre los cónyuges, siendo su fundamento legal su valor moral y simbólico, no su valor material. Y de acuerdo con el artículo 29 CM. la dote es propiedad de la mujer y puede disponer de ella como quiera. El Código español prevé en su artículo 1046 que la dote o donación hecha por ambos cónyuges se considere en la herencia.

32. Poligamia

Tal como recuerda Agustín Motilla, la posibilidad de la poligamia es la característica del matrimonio según el Derecho islámico que más directamente contrasta los ordenamientos occidentales y europeos.⁷⁰ Apunta este autor efectos importantes y significativos en la sociedad europea que pueden afectar a la economía y fiscalidad gravando al sector público con ayudas o pensiones que se multiplican por esposas e hijos.

La tendencia a dificultarla o incluso a hacerla imposible parece clara en las normativas actuales marroquíes. En el discurso del Rey Mohammed VI pronunció con motivo de la apertura del segundo año legislativo de la séptima legislatura se recoge que la poligamia es

⁶⁹ Real Academia Española <https://www.rae.es/> Consultado: 25 de septiembre de 2020.

⁷⁰ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 88.

una posibilidad pero que Allah supeditó a restricciones severas.⁷¹

El legislador se ha planteado que sea difícil, si no imposible, que el tribunal autorice la poligamia, que solo sea posible en casos excepcionales, tal como vemos en los artículos 40 y 46 del Código marroquí.

Se prevé que no se autorice si hay riesgo de que se cometa una injusticia entre las esposas o si la esposa estipula esta condición en el pacto matrimonial. Para que sea posible la poligamia el esposo deberá aportar las causas objetivas y excepcionales que la justifiquen, y tendrá que ir acompañada de una declaración sobre la situación material del solicitante de que puede mantener a ambas familias.⁷²

La situación de poligamia plantea a la normativa europea serias dificultades de encontrar una respuesta adecuada. La doctrina y la jurisprudencia en el Derecho español se aproximan a la línea marcada por el Derecho francés —y por otros ordenamientos continentales europeos— de rechazar el efecto directo del matrimonio polígamo celebrado en el extranjero, pero sí otorgar ciertos efectos indirectos a favor de la mujer y de los hijos.⁷³

Este reconocimiento, dista de ser reciente, al menos para la normativa española, ya que la realidad de la poligamia era considerada en el Derecho español para la provincia del Sahara en la “Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico en la provincia de Sahara”. Esta Ley respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de la provincia. Admitía el matrimonio polígamo entre ellos, cuando

para el resto de los españoles el principio de la monogamia del matrimonio era considerado un aspecto esencial del mismo.⁷⁴

En la actualidad se reconocen alguno de los efectos de la poligamia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 (núm. 121/2018) resuelve la controversia en el sentido de afirmar que la poligamia no impide el reconocimiento de la pensión de viudedad a las clases pasivas del Estado, y procede a declarar el derecho a la pensión de viudedad de todas las mujeres legítimas conforme a su ley personal, y el reparto por igual de aquella entre las esposas.⁷⁵

33. Capitulaciones

La consideración del matrimonio como contrato que plantea Olmos Ortega, María Elena⁷⁶ nos lleva necesariamente a considerar elementos ajenos al hecho matrimonial al comparar ambas normativas. Resalta esta autora que el matrimonio islámico no es un acto religioso ni sacramental, que se considera una realidad natural, no sagrada, constituyendo según su perspectiva un contrato dotado de formalismo y solemnidad.

Al ser el matrimonio un contrato, los contrayentes pueden incluir las cláusulas específicas por las que se quieran regir y que se pueden relacionar con monogamia, domicilio, repudio, educación de los niños, funciones o tareas a desempeñar por cada conyuge, reparto de bienes en caso de separación...

Las capitulaciones relacionan o interseccionan profundamente las concepciones matrimoniales musulmana y española.

⁷¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 36.

⁷² *Ibidem*, p. 26.

⁷³ MOTILLA, Agustín, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico*, cit., p. 88.

⁷⁴ *Ult. loc. cit.*, p. 91.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ OLMOS ORTEGA, María Elena, “Mujer, matrimonio e Islam”, *cit.*, pp. 493-523.

Vemos que en el artículo 1315 del Código Civil español se dice que el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales.

34. Parentesco

El establecimiento de parentesco, en ambas normativas tiene consecuencias, tanto para el establecimiento de lazos matrimoniales como para las obligaciones de cuidado.

Vemos en el artículo 55 del Código marroquí que el matrimonio genera efectos sobre los parientes de los cónyuges como los impedimentos (para el matrimonio) por alianza, lactancia o por causa de simultaneidad⁷⁷.

Conforme al artículo 143 del Código español, se establecen obligaciones para los cónyuges y también para con los ascendientes y descendientes.

El CM prevé en su artículo 203 la manutención debida a ascendientes y en caso de pluralidad de hijos, la manutención debida a los padres se repartirá entre sus hijos según sus recursos.

Las cuestiones de parentesco en ambas normativas tienen efectos en impedimentos matrimoniales. El parentesco por lactancia que se aprecia en el Derecho marroquí no se considera en la normativa española.

35. Kafala

Si bien la adopción no está admitida por la normativa marroquí, *hadana*⁷⁸ y *kafala* posibilitan un marco de protección del menor.

En el caso de *Kafala*, una persona, que no es el padre o la madre de un menor, se hace

cargo de éste con el consentimiento de aquellos. Se trata pues de un cuidado que una persona presta a otra, que puede estar o no sometida a su tutela, por lo que se constituye en un recurso importante de protección y cuidados.

El menor en *kafala* se encuentra protegido por la persona que asume el ejercicio de la *kafala*, implicándose por tanto en la educación y protección del menor.

No se regula por el Código de Familia. Se regula por la Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los niños abandonados, de 13 de junio de 2002, cuya promulgación tuvo lugar por Dahir núm. 1-02-172, de 13 de junio.⁷⁹

Aunque en cierta medida pueda recordarnos la adopción, no es equiparable a esta figura del Derecho español, porque entre otras características, la persona sometida a la *kafala*, no adquiere el apellido de la familia ni tampoco entra a ser heredero de dicha familia.⁸⁰

No se adquiere la patria potestad del menor. Por lo tanto, no se le aplica, al menos de manera directa, la ley 54/2007 de 28 de diciembre en cuanto a la adopción internacional.

La *kafala* no genera parentesco ni derecho a herencia; ahora bien, es preciso, en este contexto, hacer referencia a la figura de *tanzil* (arts. 315 y ss. CM) que posibilita proporcionar el mismo trato que a sus familiares, a una persona que es ajena a la familia, a través de una consideración como heredera en el testamento, que recibe el nombre de *tanzil*. En este caso, el *tanzil* se regula por las mismas disposiciones establecidas en el CM para el

⁷⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit., p. 73.

⁷⁸ Ver III.26.

⁷⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, Jamila, OUALD ALI. Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La*

nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad, cit., p. 258.

⁸⁰ RUIZ SUTIL, Carmen, "La mujer *kafala* y la recepción de la *kafala* marroquí en el ordenamiento jurídico español", *Revista Clepsydra*, 16, 2017, p. 160.

testamento en lo no regulado de forma específica como la realizada mediante tafadul o diferencia cuantitativa en el reparto de la herencia reconocida por el Derecho islámico.⁸¹

Se permite la realización de la kafala en matrimonios musulmanes (la mujer tiene que ser musulmana). La regla general es que se pueda asumir la kafala por parte de mayores de edad, permitiéndose a los matrimonios marroquíes, mujer musulmana y en determinados casos un hombre (por ejemplo viudo). Es muy importante destacar que ese menor acogido bajo el régimen de la kafala ha de ser educado en el Islam.

En lo que respecta al reconocimiento de la Kafala en España, se tiene en cuenta el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del Niño, así como los artículos 3.e y 33 de la Convención de la Haya de 1996. El artículo 33 establece la consulta a la autoridad central o a otra autoridad competente cuando la medida se establece en otro Estado. También se tiene en cuenta lo dispuesto en el Convenio Hispano-Marroquí sobre cooperación de 30 de mayo de 1997.

El artículo 20.3 de la Convención sobre los Derechos del niño considera la Kafala entre los cuidados aplicables a los niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar. En España, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional establece en su artículo 19.4 que consideraría po-

sibilidad de adopción en el caso de que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.

El Dictamen 3/2016, de la Fiscalía General del Estado⁸² sobre la incidencia de la reforma de la citada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala plantea que en los casos en los que la legislación nacional del país de referencia no resulte compatible con la adopción, y este es el caso de la normativa marroquí, se operará conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, antes citado, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional,⁸³ que establece en este caso que se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.

En este contexto normativo, y en aras a asegurar la educación en el Islam del menor en kafala, la Circular nº 40 S/2 del Ministerio de Justicia marroquí solicitaba a las autoridades marroquíes competentes la comprobación de si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí y que se negara la Kafala a los extranjeros que no residan habitualmente en Marruecos.

Tras esta circular, el número de personas que han venido a España bajo el régimen de Kafala ha disminuido, aprecia Marchal Escalona⁸⁴. Apunta esta autora que el reconocimiento de la kafala en España es realmente complejo y que es preciso considerar diversas cuestiones, como fecha de establecimiento de la kafala, tipo de kafala (familiar, extrafamiliar...) autoridades intervinientes (notarial,

⁸¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria; OUHIDA, Jamila; OUALD ALI, Karima y SAGHIR, Tijaniya, *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, cit. pp. 136 y 137.

⁸² <http://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2016/08/dictamen-3-2016-fiscal3adaadopcic3b3n-internacional-y-kafala.pdf>. Consultado: 17 de septiembre de 2020.

⁸³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>.

⁸⁴ MARCHAL ESCALONA Nuria, “Problèmes actuels de reconnaissance de la Kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et sécurité internationales: Journal of International Law and International Relations*, 4, 2016, p. 199.

judicial) interpretación judicial del concepto de “decision de justicia” previsto en la norma, finalidad de la solicitud de kafala, que pueden llevar a resoluciones diferentes.

La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales recoge en su artículo Quinto que la kafala pueda considerarse en España un acogimiento familiar

Con todo, se puede decir que las autoridades españolas, aunque no existe un criterio único, pueden inclinarse por reconocer la adopción cuando se cumplen los requisitos del artículo 177 del código civil español y contando con el consentimiento de los padres⁸⁵.

Difiere pues la kafala de concepto de adopción previsto en la normativa española y, el hecho de que se reconozca la kafala, no implica que se otorgue la nacionalidad española de origen a los sometidos a dicha figura.

Así, en sentencia del Tribunal contencioso administrativo nº17 de Barcelona, de julio de 2013, no se reconoce el visado de residencia por reagrupación familiar por motivo de la Kafala.

La más reciente Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 26 de marzo de 2019 (As. C-129/18)⁸⁶ podría aportar directrices de resolución a la diversidad de respuestas que se vienen dando en relación a la Kafala tanto en España como en el resto de Europa.

Hemos de considerar pues que la kafala difiere de los conceptos de adopción, acogida o tutela previstos en la normativa española, pero con ellos se relaciona de uno u otro modo.

En España, las obligaciones parentales en relación a la patria potestad vienen reconocidas en el art. 154 del Cc, que diferencia de las acciones tutelares, que se tratan en el artículo 216 y de la acogida, de la que ocupa el artículo 172.

36. Efectos en España del matrimonio marroquí

Tal como afirma Orejudo⁸⁷, desde junio de 2012, las demandas en materia de separación judicial y divorcio en las que concurren elementos de internacionalidad deben resolverse conforme a nuevas normas de conflicto. La ley aplicable a ciertos aspectos de la separación judicial y al divorcio se determina, en lo sucesivo, por el Reglamento denominado “Roma III.”

La Ley 26/1992 de Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, en su Artículo 7 atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

La norma islámica relativa a la familia, se constituye, como hemos visto, en el Derecho aplicable, por su nacionalidad, a la inmensa mayoría de la población inmigrante de religión musulmana.

⁸⁵ *Ibidem*, p.199.

⁸⁶ MARCHAL ESCALONA, Nuria, *La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo*. Versión Pre-print Publicado La Ley Unión Europea, ISSN-e 2255-551X, número 71, 2019. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/63198/La%20Ley%20Kafala%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁸⁷ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7913, 2012, pp. 1-14.

Vemos en el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁸⁸ al respecto de elección de la ley aplicable por las partes que los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea, la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o la ley del foro.

Por lo que la normativa marroquí tiene importantes implicaciones en territorio español en el marco de las relaciones familiares.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta difícil acercarse a una realidad cultural distinta desde una perspectiva de igualdad y respeto, y así, nos hemos encontrado con que la mayoría de los autores consultados, han trabajado desde una perspectiva etnocentrista, que perciben un mundo caminando a sus planeamientos, considerando que es hacia dónde caminan inevitablemente todas las sociedades.

Hemos intentado otra mirada, procurando una perspectiva de permeabilidad, de interacción, de relación bidireccional localizando elementos, de una y otra realidad cultural, que abordan el mismo hecho.

La evolución no tiene que ser necesariamente la occidentalización. El islam evoluciona, pero puede tener un desarrollo propio. Occidente evoluciona y puede haber elementos de confluencia, de caminos paralelos o de momentos de intersección.

Como no podría ser de otra manera, los acuerdos que emanan de las relaciones internacionales, señalan un amplio campo común en las normativas marroquí y española. Pero hemos percibido, en el rastreo realizado, que son también las dinámicas internas de la sociedad marroquí las que llevan a cambios que se perciben como de occidentalización o de entrada en la modernidad. Cambios que, por otra parte, son también recientes en occidente, por lo que hay una cercanía de hechos que no siempre se refleja claramente en los textos.

Percibimos una evolución confluyente, donde algunos textos reflejan incorporación a modos occidentales, tal es el caso de la igualdad hombre-mujer en el matrimonio o de la mayoría de edad. Hemos observado sin embargo que las relaciones hombre mujer en el matrimonio podrían estar afectadas por las realidades que rodean al hecho matrimonial y que, al ser concebido como contrato, en el caso marroquí, conlleva un acervo de derivaciones cuyo conocimiento es ineludible para extraer verdaderas conclusiones y trabajar con una perspectiva fiable. Se hace, por tanto, necesario un análisis de estos contratos y de su evolución.

Resulta preocupante la referencia a notables diferencias en las versiones de la normativa en una y otra lengua, como es el caso que hemos referido relativo a la autoridad del varón en la familia, pero también resulta que conceptos como el repudio, de uso ordinario en las referencias tradicionales al islam, no están convenientemente reflejados en los constructos que sobre el mismo nos llegan o hemos adquirido. Un estudio de estos elementos en su entorno próximo, en su realidad, analizando los efectos que de él emanan, haría posible conocer de verdad el elemento y analizar de qué manera estos mismos hechos se producen, en su caso, en otro entorno cultural.

⁸⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea* 29.12.2010.

La concepción del matrimonio islámico como contrato lleva a conservar el carácter de empresa común en una sociedad secularizada, y a preservar asimismo finalidad del mismo, elementos que han caído en la sociedad denominada occidental, una vez que se abandona el matrimonio religioso y se convierte el matrimonio en una mera oficialización de determinadas relaciones de elementos individuales.

Así, la mediación, propia también del área empresarial, se realiza entre individuos para procurar una convivencia –caso occidental- y en el caso marroquí mantiene una perspectiva de empresa común.

Prácticamente en la generalidad de los elementos analizados se percibe un incremento de la intervención judicial en el ámbito familiar, tanto en el caso español como en el marroquí, relacionado en el primer caso con el incremento de situaciones de ruptura del vínculo matrimonial y por ahí de los desacuerdos que requieren intervención externa. Y en el caso marroquí relacionado –pensamos- con los intentos de modificación de la tradición de privilegio del varón.

Las referencias a la aplicabilidad de Ley personal, así como las directrices europeas, hacen de aplicación en nuestro sistema elementos del derecho islámico, o realizados en el marco del mismo, matrimonio o separación, reparto de la herencia o poligamia... que, cuando se realizan en territorio europeo, se produce una frecuente interacción con las normativas del país y se crean elementos de relación o puntos de confluencia. El caso de poligamia confluye, por ejemplo, en un reparto de la pensión entre las viudas.

Si bien algunos autores centran el problema en el carácter confesional del estado marroquí, y perciben este hecho como impedimento en el camino a sus propias convicciones, creemos que una dinámica de interrelación e igualdad debe centrarse en evitar las discriminaciones por razón de religión que se dan en la normativa actual, educación de los

hijos, herencia... Ahora bien, somos conscientes de que esta afirmación la hacemos desde una posición no islámica y que, en perspectiva islámica, serían elementos estratégicos fundamentales.

A lo largo de estas páginas hemos apuntado elementos de relación o cuestiones de referencia para una profundización en la conexión de ambos Derechos, español y marroquí. Hemos visto que se trata de un lenguaje común, de una perspectiva común con realizaciones diferentes, con respuestas distintas donde es posible la interrelación. Hay elementos de conexión en esos planos paralelos y hemos detectado también que conviven, tanto en la realidad española como en la marroquí, diferentes tradiciones jurídicas que dan lugar a diferentes realidades de los elementos analizados.

Por otra parte, el Derecho marroquí se encuentra profundamente relacionado con el Derecho europeo, francés o español, hasta el punto que algunos autores dudan de calificarlo de islámico.

Se aprecian así abundantes nexos de conexión en las cuestiones de referencia que hemos analizado. Hemos anotado elementos de conexión entre ambas normativas y elementos de diferencia. Estos elementos suponen el esqueleto de una necesaria profundización en cada uno de ellos.

Es necesario penetrar en cada uno de los elementos analizados y en su evolución en las normativas marroquí y española. Es preciso tener presente en este estudio distintos momentos de la realidad normativa en ambas sociedades a fin de poder detectar elementos comunes que pudieran estar desajustados en el tiempo, idénticos elementos en momentos diferentes, en tiempos distintos.

Asimismo, es necesario que en el occidente de base no islámica se profundice en el conocimiento de las realidades propias de los territorios con predominio del Islam, a fin de que la aplicación de elementos del Derecho

islámico en ámbito europeo no genere situaciones de injusticia que se intentan evitar, pues pudiera darse el caso de que elementos ajenos a la cultura occidental, con efecto equilibrador en una cultura islámica, al alterarse, o al aplicarse de manera descontextualizada, llevaran a situaciones de injusticia. En la misma línea de análisis, se plantearía la introducción de elementos propios de la denominada cultura occidental en territorios o en contextos de predominio islámico.

Cada elemento debe ser analizado en su génesis y en cuanto genera.

De igual manera que el velo femenino ha pasado de ser una prenda generalizada en la mujer, al margen de la religión, a convertirse en un elemento con significación religiosa, y su uso viene generando conflictos, sin que se investiguen o analicen las razones de su desaparición en occidente o su evolución en el tiempo... Es preciso analizar los elementos que hemos destacado, su realidad actual y su evolución en el tiempo, así como la amplitud en su entorno de acción y efecto.

Un conocimiento parcial nos lleva a negar por ejemplo la existencia de la adopción en el islam o en todo caso a relacionarla parcialmente con hanafa o kafala. Hemos visto que también el tanzil aporta otra vertiente que acorta diferencias detectadas con respecto a la adopción. La tutela o la acogida, aportan otros a considerar otras líneas de relación.

Es necesario aprehender la realidad de los elementos que hemos ido seleccionando en toda su amplitud a fin de evitar injusticias que puedan derivar de las interrelaciones que inevitablemente se van produciendo en nuestro entorno más próximo y que se irán incrementando sin duda en una sociedad cada vez más interrelacionada.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALLOUCHI, O., *Nociones de derecho marroquí de familia imprescindibles para abordar el estudio de la traducción de sentencias judiciales marroquíes en*

materia de disolución del matrimonio, Universidad de Murcia, Murcia, 2016.

CALVO CUESTA, R. et al. *Materiales para una educación antirracista*, Talasa ediciones, Madrid, 1996.

CASTRO GARCÍA, S., “Matrimonios interreligiosos y pensiones (nafaqāt) en el derecho islámico. Su reflejo en el Kitāb al-Nafaqāt del andalusí Ibn Rašīq (s. XI). VII, *Congreso virtual sobre Historia de Las Mujeres*, 2015, pp. 95 -112.

CASAS PLANES, M. D., GARCÍA LÓPEZ, P. “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)”, *ADC*, tomo LXVII, fasc. IV, 2014, pp.1253-1337.

CERVILLA GARZÓN, M. D., “La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (la mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 1, 2018, pp. 142-163.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, OUHIDA, J.; OUALD ALI, K. y SAGHIR, T., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, (Traducción comentada del Código de Familia de 2004), Junta de Andalucía. Consejería de Empleo. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. Sevilla, 2009.

FOBLETS, M. C., “El Estatuto Personal ante los tribunales, un reconocimiento condicional”, Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el viernes 24 de febrero de 2006. *Aequilitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 18, 2006, pp. 6-19.

FOBLETS M.C (dir) “Familles, Islam, Europe. Le droit confronté au changement,” (éd. L'Harmattan, *Les cahiers du GRIF*, https://www.persee.fr/doc/grif_0770-6081_1996_hos_2_1_2477_t1_0198_0000_2).

GARCÍA PRESAS, I., *El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil, Actas del I Congreso Ibero-asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo general* (Delhi, 9-12 de noviembre, 2010), ed. Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, España Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, (2011) pp. 237-265 <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20266/1/GarciaPresas.pdf>.

MARCHAL ESCALON, N., “Problèmes actuels de reconnaissance de la Kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et sécurité internationales. Journal of International Law and International Relations*, 4, 2016, pp. 197-230.

MARTÍNEZ ALMIRA, M. M., “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales”, *Feminismo/s*, 8, 2006, pp. 87-113.

MARTINEZ, D., *Mujer plena*, Grijalbo, Barcelona, España, 2013.

MOTILLA, A., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, pp. 681-703.

MOTILLA, Agustín. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, Granada, España Editorial Comares, 2018.

MOTILLA DE LA CALLE, A., “Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio”, *Perspectivas Actuales de las Fuentes del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

----- “La reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXII, 2006, pp. 435-459.

OLMOS ORTEGA, M. E., “Mujer, matrimonio e Islam”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIV, 2008, pp. 493-523.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7913, 2012, pp. 1-14.

OROZCO DE LA TORRE, O. y ALONSO GARCÍA, G. (eds.) *El Islam y los musulmanes hoy Dimensión internacional y relaciones con España*. Madrid, España, Editorial Escuela Diplomática, Casa Árabe, 2013.

ORTIZ VIDAL, M. D., “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, 2, 2014, pp. 201-244.

PALADINO, F. J., “La función *sacrificial* de la cultura: 'desnaturalizar las semejanzas'. Lévi-Strauss reconsiderado desde una antropología de la violencia”, *Gazeta de Antropología*, 27 (1), 2011, https://www.ugr.es/~pwlac/G27_12Federico_Paladino.html Consultado: 12 de septiembre de 2020.

RUIZ SUTIL, C., “La mujer kafila y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Clepsydra*, 16, 2017, pp. 45-166.

RECIBIDO: 1 DE OCTUBRE DE 2020.

ACEPTADO: 9 DE NOVIEMBRE DE 2020.