

# 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)

**M.ª DOLORES CASAS PLANES**  
**PETRONILA GARCÍA LÓPEZ**  
Profesoras de Derecho Civil  
Universidad de Jaén

## RESUMEN

*La peculiaridad que reviste el Derecho de familia marroquí reside en el hecho de ser un Derecho confesional, e inserto en un ortodoxo Derecho islámico. De tal modo, que la aprobación y entrada en vigor el 5 de marzo de 2004 en Marruecos del nuevo Código de Familia, más conocido como nueva mudawwana, ha supuesto un hito en la evolución y adaptación de la ley musulmana a criterios internacionales, a través de los principios de equidad e igualdad entre los sexos, y en la lectura más liberal de los textos sagrados en el intento de comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla del Derecho.*

*En atención a dicha realidad, este trabajo se centra en el estudio, desde una visión comparativa del derecho marroquí y español, de la regulación de dos instituciones jurídicas al servicio de la protección del menor de edad: por un lado de la filiación jurídica materna y paterna. Y de otro, de la patria potestad o autoridad parental (wīlaya o tutela del padre marroquí), incluyendo a este respecto como afecta a la misma las crisis matrimoniales. A dicho estudio le precede, como complemento necesario y desde la misma visión comparativa, el análisis de la capacidad del menor de edad, sobre todo en lo que concierne a su capacidad para casarse, al ser un supuesto en el que en Marruecos se constata el desfase entre la regulación teórica y la práctica.*

*En definitiva, el presente estudio lo llevamos a cabo con el ánimo de discernir las luces y sobras de las nuevas disposiciones introducidas por la*

*nueva Mudawana en las instituciones apuntadas, en orden a la defensa e interés del menor de edad.*

### PALABRAS CLAVE

*Mudawana, Derecho de familia, capacidad del menor de edad, igualdad, filiación paterna y materna, filiación extramatrimonial, wilaya, patria potestad, custodia, hadana, tutela.*

### ABSTRACT

*The Moroccan family Law's peculiarity lies in the fact of being confessional and inserted in an orthodox Islamic law. So that, the adoption and entry into force on 5 March 2004 in Morocco of the new family Code, better known as new Mudawana, has been a milestone in the evolution and adaptation of the Muslim law to the international criteria, through the principles of equity and equality between the sexes, and in the liberal reading of the sacred texts in an attempt to understand the reality and its transformations at the time of establishing the rule of law.*

*In response to this reality, this work focuses, from a comparative perspective, on the study of two juridical institutions of Moroccan and Spanish family Law in relation to the minor's protection: on the one hand, the maternal and paternal filiation; and the another hand, the parental authority (the Moroccan father's wilaya), including the problematic in the marital crisis. This part is preceded by the study, as a necessary complement and from the same comparative vision, of the minor's capacity, making a special reference to its capacity to marry, to be a case that, in Morocco, it is noted the gap between the theoretical regulation and practice.*

*In short, this study is carried out with the aim to discern the lights and leftovers of the new provisions introduced by the new Mudawana in the quoted institutions, in order to the protection of the better interest of the minor.*

### KEYWORDS

*Mudawana, Family law, minor's capacity, equality, paternal and maternal filiation, extramarital filiation, wilaya, parental authority, custody, hadana, guardianship.*

**SUMARIO:** I. *Introducción:* 1. Delimitación del objeto de estudio. 2. El paradigma de la igualdad en el cambio del Derecho de familia marroquí. La influencia del movimiento femenino en su evolución. 3. Apunte metodológico.-II. *La condición de la minoría de edad:* 1. Marco regulador de la protección del menor de edad. El interés superior del menor. 2. La capacidad del menor de edad. A. Diferencias entre la capacidad del menor de edad español y marroquí. B. En especial, la capacidad para contraer matrimonio. La problemática de la menor de edad marroquí.-III. *La protección del menor durante la vida conyugal de sus padres:* 1. La filiación biológica (matrimonial-extramatrimonial) y adoptiva como fundamento de la patria potestad en el Derecho español, frente al

Derecho marroquí: A. Reforma introducidas por el nuevo Código de Familia marroquí en materia de filiación. Comparativa con el derecho español.—B. Referencia especial a la filiación extramatrimonial en Marruecos como supuesto de desprotección.—C. Apunte acerca del rechazo de la filiación adoptiva en el Derecho marroquí. 2. La representación legal: la patria potestad del Derecho español y la *wilaya* o tutela del padre del Derecho marroquí: A. Idea previa. La situación jurídica de la mujer marroquí en el marco familiar- matrimonial.—B. Referencia comparativa respecto al contenido y significado de la patria potestad-*wilaya*. Las peculiaridades de la tutela subsidiaria de la madre marroquí, y su posible indefensión existiendo tutor testamentario. 3. El derecho de alimentos de los hijos como carga del matrimonio. Prolongación de la situación de dependencia tras su mayoría de edad.—IV. *La protección del menor en las crisis matrimoniales*: 1. Ideas generales. 2. La guarda o custodia. La *hadana* en el Derecho marroquí. A. Notas diferenciales entre el Derecho español y el marroquí. B. El contenido de la custodia o guarda en el Derecho español. C. La *hadana*: referencia especial al derecho a la educación religiosa y al cambio de residencia, y a su comparativa con el derecho español. a) Novedades en la regulación de la *hadana*: su significado. b) Referencia especial a la educación (religiosa) y al cambio de domicilio por la madre marroquí que ostenta la *hadana*. D. La pensión de alimentos, y el deber de alojamiento a los hijos tras la ruptura conyugal.—V. *La protección del menor ante el fallecimiento de sus padres o el abandono del menor. La peculiaridad de la tutela testamentaria y dativa en Marruecos*: 1. La tutela judicial en España. 2 La tutela testamentaria y dativa en el Derecho marroquí. 3. A modo de conclusión comparativa.

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

La necesidad de amparo de todo menor de edad deriva de su propia condición de menor, alcanzando su exponente máximo en los casos en que los padres, bien fallezcan, estén inmersos en alguna crisis matrimonial, o incumplan sus deberes paterno-filiales y provoquen en su hijo una situación de riesgo o desamparo.

Al respecto, en un primer momento, este trabajo se dirige a abordar la situación jurídica de la minoría de edad, en especial su capacidad, tanto en el Derecho español como en el marroquí, haciendo especial referencia a la capacidad del menor para casarse, al ser un supuesto en el que se constata el desfase entre la regulación teórica y la práctica (II). Para dar paso, en una segunda parte, a indagar en la institución jurídica base que ambos derechos han creado para proteger al menor de edad, ya sea la patria potestad del

Derecho español, como la *wilaya* o tutela del padre en el Derecho marroquí; precedido del estudio del *prius* lógico en el que se basa dicha representación legal, la filiación paterna y materna. En este apartado destacaremos las diferencias que existen en ambos Ordenamientos jurídicos, sobre todo, en lo que a la protección del menor extramatrimonial se refiere (III). En esta materia, y por seguir una división sistemática que nos ayude a ir analizando todos los mecanismos de protección, diferenciamos, por un lado, los derechos o la protección del menor durante la vida conyugal de sus progenitores (III.1). Y, por otro, los derechos de aquél, y a veces los de la madre, cuando dicha vida conyugal se rompe, en concreto las peculiaridades que va a revestir, tanto la custodia como la *hadana*, respectivamente, del Derecho español y marroquí, como la pensión de alimentos en ambas regulaciones (III.2).

Asimismo, y en último lugar, trataremos la protección del menor ante el fallecimiento y abandono de los padres del menor de edad y del menor emancipado, a través de la tutela del Derecho español, y la tutela testamentaria y dativa del Derecho marroquí (IV); dejando al margen del objeto de este trabajo, por su extensión, el estudio de la protección del menor abandonado, en riesgo o desamparo, a través de la figura, entre otras, del desamparo en el Derecho español y de la *Kafala* en el Derecho marroquí.

Una vez delimitado el objeto del estudio, queremos poner de manifiesto, además del difícil acceso a la legislación, jurisprudencia y doctrina marroquí junto a la dificultad del idioma para llevar a cabo el análisis comparativo descrito, que el análisis que acometemos del Derecho marroquí lo intentamos llevar a cabo con el ánimo de poder comprender mejor, o discernir las luces y sobras, de las nuevas disposiciones introducidas en el Derecho marroquí respecto a la capacidad del menor, y a la filiación jurídica y autoridad parental, abarcando, por tanto, el presente estudio parcelas del Derecho privado de la persona y de la familia.

## I.2 EL PARADIGMA DE LA LIBERTAD EN EL CAMBIO DEL DERECHO DE FAMILIA MARROQUÍ. LA IMPORTANCIA DEL MOVIMIENTO FEMENINO EN SU EVOLUCIÓN

En relación a la materia de estudio apuntada en el epígrafe anterior, se ha de precisar, desde el marco más general que encuadra el mismo, que a nivel internacional, la igualdad entre hombres y mujeres ante el matrimonio quedó reconocida con meridiana claridad en el artículo 16 de la *Declaración Universal de los*

*Derechos Humanos* de 1948; derecho que deberá ser garantizado por los Estados, tal y como establece el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, firmado por Marruecos el 3 de mayo de 1979.

Incluso de una forma específica y refiriéndose a las mujeres, el artículo 1.f de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979 reza que: «*Los Estados asegurarán (...), en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y responsabilidades respecto a la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos*». Al respecto, y aunque Marruecos accediera a la Convención como Estado parte (22 de junio de 1993), hay que precisar que aquél deja constancia de una serie de reservas a dicho pacto; en concreto, las referidas a la igualdad entre hombres y mujeres ante sus derechos y responsabilidades en el matrimonio y en el ejercicio de la autoridad parental, sobre la base del respeto a la Sharía o Ley islámica, mandato divino que deben seguir los buenos musulmanes<sup>1</sup>, y de la influencia de la estructura patriarcal enraizada en la cultura marroquí que otorga distintas funciones al hombre y a la mujer en la sociedad<sup>2</sup>.

Es oportuno, por tanto, recoger desde el inicio del trabajo que la peculiaridad que reviste la normativa marroquí sobre la materia reside en el hecho de que sus normas se enraízan o se basan, tanto en el *Corán* y la *Sunna*, esto es, respectivamente, en la palabra divina y su interpretación o precisión por las palabras del profeta<sup>3</sup>; como en la *Idjimà* (o las fuentes auxiliares de los textos de los jurisconsultos musulmanes o *ulemas* que interpretan aquéllas y que pertenecen a las cuatro Escuelas Malékita, Hanafite, Chafeite y Hanbalite); y en la *Qiyas* que es el razonamiento lógico individual o analogía por el cual puede deducir una regla religiosa, moral o jurídica a partir de otra planteada por el Corán o la *Sunna*. Al respecto, es la doctrina malekita (perteneciente a los sunnita) la que rige en Marruecos (fundada por Malik ibn Anas Ibn Shafí, y exten-

<sup>1</sup> La Sura: 2, 228 (Corán) reza: «*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están en un grado por encima de ellas*»

<sup>2</sup> COBANO-DELGADO, V.: «Repercusiones socioeducativas de las reformas del Código de Familia en Marruecos», *Foro de Educación*, nº 10, 2008, p. 403, que nos explica que con la pretensión de conservar la unión sagrada que supone todo matrimonio, esta ley divina garantiza a cada uno de los esposos derechos y responsabilidades dentro de un marco de relaciones complementario y equilibrado.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 405. El Corán es el libro sagrado del Islam donde se recogen las reglas y directrices del Profeta. Es una transcripción literal de la Revelación divina realizada por Alá al Profeta Mohamed, a través del Ángel Gabriel. Consta de 114 suras o capítulos que nunca han sido modificados. Y la Sunna, son los relatos tradicionales sobre la vida del Profeta, designa lo que haya dicho, hecho o corroborado el Profeta.

dida en los países del oeste de África)<sup>4</sup>, tal y como lo atestigua el tenor literal del artículo 400 CFM al rezar: «*en todo lo que no sea objeto de regulación expresa en un texto de la presente Mudawana, hay que referirse a la doctrina malekita*»<sup>5</sup>; lo que ha sido objeto de crítica por la propia doctrina del país teniendo en cuenta que dicho rito data de una antigüedad de quince siglos.

En concreto, dicha doctrina o derecho de familia en el Islam no es ni más ni menos, nos dice Mounir, que el conjunto de costumbres aplicadas en el seno de la tribu Koreichite (tribu del Profeta) y que el Corán ha humanizado<sup>6</sup>, por motivos tales como la importancia de la familia en la transmisión de los valores religiosos, la carga moral que desde siempre han tenido las relaciones sexuales y su traslado a la determinación paterno-filial. Es cierto, entonces, que a diferencia de otras religiones, el Islam no ha sufrido una gran evolución, especialmente, en lo referente al fuerte vínculo que une al poder civil con el religioso, el cual llega hasta tal punto que, en múltiples ocasiones, las limitaciones entre uno y otro no llegan a distinguirse nítidamente<sup>7</sup>. Tal y como explicita el artículo 6 de la Constitución del reino marroquí, el Estado alauí posee un carácter teocrático dado que: *el Islam es la religión del Estado que garantiza a todos el libre ejercicio de los cultos*. Motivo, éste, por el que el propio Derecho de Familia es confesional, inserto en un ortodoxo Derecho islámico.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 406, que nos aclara que el Islam no conforma un grupo completamente homogéneo. Tras la muerte del Profeta, el pueblo empezó a cuestionarse su sucesión, motivo que originó una división en el seno del Islam, conformándose dos grandes ramas islámicas: la chiita que reconocieron a Alí, primo y yerno de Mahoma que se autoproclamó califa, y la sunnita o mayoritaria que consideraron que los lazos de sangre no era suficiente motivo para proclamarlo como califa, basándose en la Sunna y el Corán como las directrices que guían su práctica religiosa. Aunque en el seno de los sunnitas aparecieron varias escuelas jurídicas musulmanas, fundadas por eminentes estudiosos del Islam, de las cuales hoy sólo perduran cuatro: a) *Hanafi*, que se trata de la escuela más antigua y una de las más tolerantes, liberales y flexibles, fundada por Abu Hanifa Numán ibn Tabit; b) *Maliki*, rama que acepta también los hechos ocurridos en tiempos del Profeta que fueron interpretados por el mismo; c) *Shaf'i*, instituida por un alumno de Malik, que conforma uno de los grupos menos rígidos, admite el razonamiento lógico y el consenso de los sabios como fuentes del derecho; y d) *Hanbali*, discípulo del anterior, y al contrario que su escuela, es considerada como la más rígida, e intolerante del Islam sunnita. Abogan por una interpretación y una aplicación literalista del Islam.

<sup>5</sup> Traducción propia del texto en francés recogido en MOUNIR, Omar, *Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger*, ed., Cheminements, París, 2005, p.185: artículo 400 CFM: «*por tout ce qui ne fait pas l'objet d'un texte dans la présente Moudawana, il faut se référer au rite malékite (...)*».

<sup>6</sup> MOUNIR, Omar., *ob. cit.*, p. 187, el cual indica que la vigencia de dicha doctrina malekita (que nunca ha sido publicada) implica la falta de poder de resolución de la generación actual a sus problemas cotidianos, desconocidos, sin embargo, hace quince siglos.

<sup>7</sup> Ref. GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 163, en COBANO-DELGADO, V.: *ob. cit.*, np. 11, p. 404.

En consecuencia, como nos explica Quiñones Escámez, a pesar de que los textos constitucionales se proclame la igualdad política entre hombres y mujeres, la mujer continúa en una situación de clara desventaja, fundamentalmente en lo que respecta a la institución familiar<sup>8</sup>.

No obstante lo dicho hasta ahora, creemos con parte de la doctrina que de lo que se trata es de encontrar el equilibrio entre la tutela de ciertos derechos fundamentales presentes en materia de protección de menores, filiación, etc., y el derecho a preservar la identidad cultural marroquí, teniendo en cuenta, por un lado la posición ambivalente que los propios sistemas jurídicos islámicos mantienen en lo que concierne a los derechos humanos<sup>9</sup> y, por otro, que la universalidad de los derechos humanos no se revela contraria al derecho a ser diferente o al reconocimiento de derechos humanos diferenciados para determinados individuos, grupos o comunidades. Si se parte de la existencia de un núcleo intangible de derechos humanos fundamentales vinculantes *erga omnes*, inderogables por la Comunidad Internacional y que se configuran *ius cogens*, éstos deben reconocerse y garantizarse independientemente de las diversas creencias culturales o tradicionales.

En otras palabras, la profundización en valores como la dignidad humana, la libertad o la igualdad han convertido a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento internacional como un *estándar* mínimo para el libre desarrollo de la personalidad humana. Hoy son parte de la ética universal en un mundo globalizado<sup>10</sup>; lo que no obsta para que, como apunta Esteban de la Rosa, la interculturalidad ponga de relieve el surgimiento de afinidades entre los sistemas de Derecho Internacional privado de los países de origen y de destino de las personas que migran, de forma que puedan también tomarse en consideración sus peculiaridades (así cabría reconocer la indemnización que corresponde a la mujer marroquí en determinados supuestos de disolución del matrimonio o podría

<sup>8</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América Latina*, ed., Atelier, Barcelona, 2006, p. 47.

<sup>9</sup> Ref. MAYER, A.E.: *Islam and Human Rights. Tradition and Politics* (3ª edic.), Boulder & San Francisco, Westview Press, 1999, p. 8, en Tesis presentado por D<sup>a</sup>. Carmen Ruíz Sútíl, dirigida por el Prof. Dr. D. Sixto Alfonso Sánchez, *La determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí*, ed., Universidad de Granada, 2009, disponible en [http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti\\_docs/tesisdetermdelafiliacionpdfnum1](http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti_docs/tesisdetermdelafiliacionpdfnum1), np.27, p. 30, que nos explica que al no existir un acuerdo unánime de la doctrina musulmana en torno al contenido de la *Sharia* (revelación coránica), y la naturaleza de sus reglas imperativo o meramente orientativa—, la determinación del papel que juega la ley religiosa, como límite de los derechos humanos, queda irremediamente afectada por la posición teórica de las distintas escuelas y tendencias.

<sup>10</sup> Ref. BANDRÉS, M.: «Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad», *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, pp. 221-280, en Tesis presentado por D.<sup>a</sup> Carmen Ruiz Sútíl, *ob. cit.*, np.27, p. 30.

considerarse el caso de la mujer que solicita la devolución de la dote, por tratarse de una peculiaridad de dicho ordenamiento)<sup>11</sup>.

Tras lo expuesto hasta ahora se puede afirmar que, los derechos humanos se erigen como punto de encuentro en ordenamientos enfrentados a culturas diferentes, tal y como lo refleja el que aquéllos estén generando una reinterpretación de la ley religiosa en sentido favorable a la igualdad de derechos y obligaciones entre los dos sexos, así como en la protección del la mujer y los hijos.

Así se constata (en lo que a nuestro ámbito de estudio, el Derecho marroquí se refiere) en la evolución que ha experimentado la normativa del Derecho de familia, desde el derecho musulmán clásico, *fiqh*, que regulaba esencialmente las relaciones en el seno familiar, hasta el Código del Estatuto Personal de 1957 (un año después de la independencia de Marruecos, bajo el reinado de Mohamed V), y sus sucesivas modificaciones en 1993 y, en último lugar, en 2004, conocida como la *nueva Mudawana*. En esta evolución se ha ido produciendo, poco a poco, una adaptación de la ley musulmana a los criterios internacionales, a través de los principios de equidad, igualdad entre los sexos; como acometiendo una lectura más liberal de los textos sagrados en el intento de comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla del Derecho.

Esta reinterpretación de la *Mudawana* en sentido favorable a la igualdad es lo que va a ser objeto de estudio a lo largo del trabajo, dejando constancia de sus logros, así como de sus lagunas o deficiencias, en lo que se refiere al ámbito jurídico de la filiación y la autoridad parental; teniendo presente, al respecto, que si las reformas en Derecho de familia son difíciles en las sociedades occidentales, aún lo son más, por las razones expuestas, en las sociedades árabes, en cuya consecución ha tenido un papel de todo punto relevante el movimiento femenino.

De modo sucinto, y según nos explica Fatiha Benlabbah, los logros conseguidos en Marruecos, hoy en día, son el fruto de una lucha constante, contra viento y marea; pero también de la voluntad política de los dirigentes desde la emancipación del país en 1956. En concreto, el movimiento para la emancipación de la mujer marroquí en sus albores se inscribió en el marco general del gran movimiento para la liberación del país yugo del protectorado y de la colonización, en los años cuarenta. Más aún, el estudio del discurso feminista reformista de la época, parece realmente muy adelantado con respecto a su época. Las militantes de los años cua-

---

<sup>11</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G.: «La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de Derecho Internacional Privado, en *Inmigración, familia y Derecho* (coord., Julio V. Gavidia Sánchez), ed., Marcial Pons, Madrid, 2011, p.156.

renta, denunciaban las formas de discriminación contra ellas y reivindicaban derechos sociales, tales como la escolarización, la preservación de la dignidad de la mujer, una protección social y condenaban la poligamia; y tuvieron el valor en cierta ocasión de dirigirse a los Ulemas reclamando igualdad con el hombre y argumentando que, si el Islam ha instituido una Constitución con derechos de la mujer para todas las épocas y sociedades, garantizándole dignidad y rango social, ¿por qué entonces se la discrimina respecto al hombre?

A pesar del retroceso que supuso la promulgación en 1957 del Código de Estatuto Personal en 1957, basado en una interpretación muy rígida de la Ley islámica, las aspiraciones de la mujeres se mantuvieron vivas y firmes, sobre todo en la llamada década de las mujeres (1975-1985) en la que aparecieron mujeres progresistas y sindicalistas con un compromiso ideológico. Se puede sintetizar que en un primer momento el giro decisivo se produjo por un importante componente de *reflexión* (de un importante número de colectivos de la sociedad, universitarios, ONGs, grupos de investigación universitarios, periódicos, revistas especializadas, etc.,) acompañado de la *acción*<sup>12</sup> en orden a demostrar y justificar que El Código de Estatuto Personal, redactado en los años cincuenta, constituía un freno a una verdadera emancipación femenina. Las mujeres respaldadas por hombres, organizaron desde los años ochenta su acción con el fin de lograr la reforma de ese texto que parecía anacrónico (en 1992 se lanza una acción denominada «un millón de firmas» con un gran apoyo popular y una violenta reacción de los conservadores), lo que se consigue, en un primer momento, con la reforma en 1993 en tiempos de Hassan II del Código de Estatuto Personal<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> BENLABBAH, F.: «Islam y derechos de la mujer en Marruecos», *Cadernos pagu*, janeiro-junho, 2008, pp. 95-106, que es Vice-Directora do Instituto de Estudos Hispano-Lusos da Universidade Mohammed V Agdal, Rabat, Marruecos, <http://iea:um5s.ac.ma>, quién nos explica que desde los comienzos de la lucha por la independencia, los partidos políticos crearon, en su seno, células femeninas paralelas: el partido comunista creó la Unión de las Mujeres marroquíes; el partido del *istiqal*, la Sección femenina (1944); en 1947 apareció la primera asociación femenina, «las hermanas de la pureza».

<sup>13</sup> ZAHRA TAMOUH, F.: «Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos», en *Mujeres, Democracia y Desarrollo del Magreb* (dir. G. Martín Muñoz), ed., Pablo Iglesias, Madrid, p. 65 que nos explica que los dos partidos políticos más importantes de la oposición, el Partido *Istiqal*, de la Independencia, y la Unión Socialista de Fuerzas Populares (USFP) presentaron en 1992, al Rey Hassan II, sus iniciativas y sugerencias para que se tuvieran en cuenta en la inminente reforma. En 1992, se crearon unos foros de discusión sobre las contradicciones del texto de la *Mudawana* y la cambiante realidad social. En estos debates participaron organizaciones feministas, investigadores y juristas, y se constituyó una Comisión Nacional para la Modificación del Código de Estatuto Personal y la Defensa de los Derechos de la mujer. Entre tantas confrontaciones, el Rey sorprendió a gran parte de la población mostrando su apoyo a las

La timidez de los logros de la reforma (entre otros, se consiguió que se necesitara la firma de la mujer en el acta matrimonial indicando su consentimiento; se prohíbe la imposición paterna del matrimonio; se puede prescindir de la figura del *wali* en caso de que la mujer sea mayor de edad y huérfana; en caso de disolución del matrimonio la prioridad para la custodia es la madre; se mantiene la poligamia aunque con premisas a respetar, etc.) hicieron que las mujeres continuaran en una segunda fase con la lucha por la igualdad en el marco del Derecho de familia (siendo el detonante de este salto cualitativo, donde la expresión pública alcanzó un gran protagonismo, el «*Plan de Acción para la Integración de la Mujer en el Desarrollo*»), basando ahora su estrategia, no tanto en los foros de discusión, sino, en las manifestaciones en las calles, que se llevaron a cabo en la capital política y económica del país, Rabat y Casablanca respectivamente, durante tres años consecutivos («primavera de la igualdad: 2001-2003»); lo que llevó a que, finalmente, el Rey Mohamed VI tomara la iniciativa histórica de reformar el texto de la *Mudawana*, creando para ello una comisión consultiva, formada por hombres y mujeres de distintas tendencias y especialidades. El arbitraje del Rey, nos ilustra Fatiha Benlabbah, práctica genuina y particular en Marruecos, permitió sacar el debate fuera del enfrentamiento obtuso entre progresistas y conservadores y así avanzar hacia la reforma deseada, siendo la Ley 7/2003, *Portant Code de la Famille* aprobada por unanimidad por la cámara de representantes del Parlamento el 16 de enero de 2004<sup>14</sup>.

En definitiva, la nueva *Mudawana* de 2004 intenta eliminar los términos que degradaban a la mujer, tratando de mostrarse igualitario a la hora de conceder derechos y obligaciones, y otorgándole la misma categoría que al hombre: así, se utiliza la expresión de corresponsabilidad; la poligamia se restringe a casi lo imposible; el repudio es para ambos; la edad para el matrimonio se sitúa para el hombre y la mujer en dieciocho años; la figura del *wali* y de la dote se reduce a un carácter simbólico; y se introduce la novedad de la

---

reivindicaciones feministas, proclamando que escucharía a las mujeres mientras no se mezclara la *Mudawana con las elecciones y la política*.

Con el fin de que la democracia llegara al ámbito familiar, estas reivindicaciones adquirieron una matiz eminentemente social y con la campaña realizada se consiguió que el Rey encargara al Consejo Superior de Ulemas la revisión de la *Mudawana* (Vid. COBAN-DELGADO P, V., *ob. cit.*, p. 410.)

<sup>14</sup> *Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) (Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426, 6 octobre 2005)*. BENLABBAH, F.: *ob. cit.*, p. 101; y COBAN-DELGADO PALMA, V., *ob. cit.*, p- 416, que nos explica que el monarca Mohamed VI realizó una apuesta no exenta de riesgo, al llevar a la vida pública y parlamentaria, una cuestión primordial para la sociedad, que hasta ahora había tratado únicamente desde el punto de vista religioso. De este modo, el monarca se convirtió en el adalid de la puesta en marcha de medidas tendentes a conseguir una mayor modernización de la sociedad marroquí, circunstancia que le ha conferido una gran popularidad.

intervención de oficio del ministerio público al que se define como parte principal en todos los procesos relativos al estatuto personal, y del juez de menores que antes no aparecía<sup>15</sup>.

Por otra parte y de modo complementario, hay que resaltar que los esfuerzos para la puesta en práctica y aplicación de esta normativa han sido múltiples, como la creación de 60 juzgados de familia, y el acompañamiento y seguimiento por parte de la sociedad civil mediante investigaciones en el terreno que han dado lugar a informes edificantes. Es loable como la dinámica generada por la reforma reflejó el grado de responsabilidad de todos los actores implicados, de modo que para hacerla efectiva, la sociedad civil la ha acompañado de instrumentos didácticos de difusión, sobre todo, entre los menores de edad y las nuevas generaciones, a pesar de que, la dificultad también se encuentra en la aplicación de la reforma por las instancias judiciales, cuya mentalidad, de igual modo, ha de asumir el cambio<sup>16</sup>. En otras palabras, para que se produzca la implantación de la nueva *Mudawana*, se han de llevar a cabo unas complementarias y necesarias medidas de carácter socioeducativo.

A pesar del ahínco descrito brevemente en las líneas que anteceden, se puede afirmar que, aún, hay sombras que superar en la consecución de la igualdad en el seno de las relaciones marroquíes familiares, reflejo de los lastres socio-culturales del país: entre otras, en la prohibición de la mujer musulmana para que se case con un hombre no musulmán; en la cuestión sucesoria (la mujer hereda la mitad que el hombre); en la autoridad parental, dado que la *wilaya*, nuestra patria potestad, se atribuye al hombre y, sólo subsidiariamente, a la mujer; y en la falta de protección del hijo adulterino, tal y como se estudiará en las líneas que siguen.

La reforma descrita, no obstante, es una piedra angular de la modernización social y símbolo del cambio que conoce Marruecos, pues por primera vez se habla de derechos humanos y del derecho del individuo en el marco familiar. Dicha renovación,

---

<sup>15</sup> Ref. Portal Nacional de Marruecos. Gobierno del Reino de Marruecos: <http://www.maroc.ma/PortailInst/Es/home>, en COBAN-DELGADO PALMA, V., ob, cit, np. 56, p. 416. Y, por otra parte, como resumen de los cambios de la nueva *Mudawana*, Vid. RUIZ ALMODÓVAR, C.: «El nuevo Código Marroquí de la Familia», *Meah, sección árabe-islam*, 52, 2004, pp. 209-272), y en MULERO GARCÍA, J.S.: «Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships». *International Journal of Business and Social Science*, vol. 3, nº 13, july, 2012, pp. 44-51.

<sup>16</sup> Entre otros, el CDRom Trilingüe, árabe, Amazig y francés –Vid. <http://www.conaistesdroits.tanmia.ma->; Seis tebeos «*Racontez moi le nouveau code de la famille*», realizado por el partenariado entre Leadership feminine, la Assosiation Cadre y el Réseau des associations de développement (RADEV), redactados en árabe dialectal y en francés, que están destinados, en primer lugar, a los jóvenes arabófonos y francófonos con menos de 12 años de edad – BENLABBAH, F.: ob, cit, p. 104–.

junto, quizás, con la que ha acometido Túnez, es ajena al resto de los países árabes, y de ahí que se hayan escuchado voces deseando para sí también una reforma similar<sup>17</sup>.

### I.3 APUNTE METODOLÓGICO

Por último, no queremos dejar de aprovechar estas líneas previas o introductorias para manifestar que nuestro propósito de acometer el estudio comparativo de protección del menor de ambos ordenamientos lleva aparejado un riesgo lingüístico, dado que, en ocasiones el término español utilizado para la traducción de algún vocablo árabe tiene tras de sí una realidad diferente a la contenida en la expresión árabe, tal es el caso del término *istilhak o iqrar*, traducido al español como «reconocimiento voluntario de la filiación», institución que en los países del entorno europeo constituye el medio para determinar la paternidad o maternidad no matrimonial frente a lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de tradición islámica, en los que el reconocimiento es un medio para establecer la filiación legítima. Asimismo, la traducción de un término del árabe clásico al español no consiste en una mera transposición lingüística, como sucede, por ejemplo, en los términos *al firach* o *shubba*, traducidos por «hijos de la cama» o «relaciones sexuales por error», incomprensibles desde el punto de vista del Derecho español<sup>18</sup>.

En realidad, no debemos olvidar que cualquier institución jurídica es tributaria de la cultura donde se inserta, y como tal, patrimonio espiritual de un pueblo, el conocimiento del mismo es de gran importancia para comprender sus normas jurídicas.

## II. LA CONDICIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD

### II.1 MARCO REGULADOR DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En España se ha producido un progresivo e importante cambio en la consideración jurídica del menor, que ha pasado de ser visto de un sujeto necesitado de protección, a un sujeto cuya autonomía debe ser reconocida y protegida. La muestra más importante de

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>18</sup> RUIZ SÚTIL, C.: *ob. cit.*, p. 27.

este nuevo planteamiento está constituida por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 (LOPJM), cuya exposición de motivos recoge claramente la idea de que «*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos*»; en esta línea, la Ley reconoce con amplitud a los menores determinados derechos (información, libertad ideológica, religiosa, participación, asociación y reunión, libertad de expresión), algunos de ellos con repercusiones evidentes en la capacidad de obrar.

En este camino de progresiva ampliación de la capacidad de obrar del menor, nuestro Derecho se vale de distintos mecanismos que producen un incremento de las posibilidades de actuación eficaz del menor, ya sea estableciendo capacidades especiales a través de la edad, ya sea ampliando la capacidad de obrar del menor en función de su capacidad natural de autogobierno. En este sentido, el artículo 162.2 CC exceptúa de la representación legal «*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Aunque lo que la letra del precepto establece son algunos actos excluidos de la representación legal, la doctrina fundamenta en este artículo una importante ampliación de la capacidad de obrar del menor, en estrecha dependencia con su capacidad natural de conocer y querer.

Por otra parte es reseñable el hecho de que la normativa reguladora del menor de edad y su protección gira en torno a la cláusula general del «interés superior del menor», «*the best interest of the child*», o «*le bien de l'enfant*» (art. 3 de la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y por Marruecos el 21 de junio de 2003). Al respecto, la visión interdisciplinar con la que creemos ha de aprehenderse dicho concepto, y siguiendo a la doctrina que ha estudiado la materia, nos lleva a afirmar que: a) no es razonable encorsetar el interés del menor en una definición, pues lo importante es considerar su *función de contrapeso* (protección del menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y su *función de control* (ante todo peligro o amenaza que le afecte), pues el bien o interés de un niño sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular, tal y como lo destaca la doctrina anglosajona muy crítica con el principio del *best interest of the child* en cuanto principio general y abstracto<sup>19</sup>. b) defender que el interés superior del menor

<sup>19</sup> Ref. GERNHUBER, D., y COESTER-WALTJEN, D.: *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, 57, IV, en TORRES PEREA, JM., *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed., Iustel, 2008, np.12, p. 21. Matiza esta idea, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª edición Madrid, 2007, pp. 109 y ss, en np. 16, p. 25.

se ha configurado hoy en día, frente a la situación de antaño<sup>20</sup>, como auténtico eje del Derecho de familia no significa que ahora sea el menor quién decida. Ya la doctrina española y europea se hace eco del peligro del «endiosamiento» del principio del interés superior del menor interpretado como un elenco de derechos carentes de obligaciones; a la vez que los especialistas nos informan que los modelos educativos indulgentes están hoy superados porque educar implica controlar. En otras palabras, el problema se encuentra cuando se confunden los deseos del niño con su interés, de modo que, teniendo en cuenta que dicho interés exige que el menor reciba pautas de autoridad y criterios que le ayuden a valorar y valorarse, el afecto debe venir acompañado de una cierta noción de responsabilidad y mucha dedicación, se debe negociar con el menor pero sin transigir en determinadas materias, porque no se trata de doblegarse al capricho del niño, sino de guiarle para que pueda llegar a ser, con madurez, responsable de sus decisiones (se ha pasado de la imposición a la negociación autorizativa de los padres).

Se puede concluir con el sentir general de la doctrina española que el interés superior del menor es el que garantiza a éste el conjunto de condiciones necesarias para proveer al menor de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal<sup>21</sup>. En consecuencia, tanto la actuación de los Jueces, como del Ministerio Fiscal se desarrolla *ex officio*, a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento, destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad.<sup>22</sup>

En lo que al Derecho marroquí se refiere, en la toma de conciencia y promoción de los derechos del menor ha tenido un lugar destacado la ratificación por Marruecos de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 el 14 de junio de 1993, así como la celebración en 1990 del primer Congreso de la Infancia, y la sesión extraordinaria sobre la infancia en la sede de la ONU en septiembre de 2001 en orden a valorar el cumplimiento o progresos reali-

<sup>20</sup> La infancia no ha empezado a ser entendida por algunos limitados sectores culturales y sociales como un período de indulgencia y libertad hasta el siglo XIX (ver. OCHOTORENA, P.: «Diferentes situaciones de desprotección infantil», *Manual de protección infantil* (codirigido por Arrubarrena Madariaga y Paul Ochotorena), Barcelona, 2001, p.5.

<sup>21</sup> SANTOS URBANEJA, F.: «¿Qué es el interés del menor?», *Revista de Derecho de familia*, núm. 15, abril, 2002, pp. 271-274.

<sup>22</sup> El Ministerio Fiscal en España tiene una posición idónea para lograr el equilibrio y armonía en las decisiones que afecten al interés del menor, correspondiéndole una labor primordial para armonizar las decisiones administrativas y las judiciales, impulsando criterios unitarios y coordinados. Pues sus facultades de vigilancia y control de actuación de los entes públicos le permiten trabajar en estrecho contacto con éstos -ver. VARGAS CABRERO: «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», *El menor y la familia: conflictos e implicaciones* (coord., Rodríguez Torrente y Adroher Biosca), Madrid, 1998, pp. 88-93-.

zados por los Estados que ratificaron el Convenio. Estos acuerdos llevaron al Estado de Marruecos a considerar que la puesta en práctica o introducción de los criterios internacionales en las leyes internas, salvaguardando la identidad nacional y la especificidad de la sociedad marroquí en tanto que país árabe teniendo por religión el Islam, pasaba por una fuerte cooperación a nivel gubernamental y a nivel social o del sector privado.

Dicha cooperación ha consistido en una adaptación de la ley musulmana a los criterios internacionales a través de los principios de justicia, equidad, igualdad entre los sexos y la salvaguarda de la dignidad humana, de una lectura más liberal de los textos religiosos a fin de realizar el bienestar de los individuos intentado comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla de derecho<sup>23</sup>.

En virtud de la realidad anterior, destacamos<sup>24</sup> los mecanismos institucionales para proteger a los menores en situación de desamparo como el Observatorio Nacional de los Derechos del Niño, el Parlamento del Niño y la Liga Marroquí para la protección de la infancia; también sus programas nacionales como la Iniciativa Nacional para el Desarrollo Humano (INDH) y *Le Plan d'action national pour un «Maroc digne de ses enfants»*. Asimismo, en cuanto a los mecanismos legales para proteger al menor tenemos que llamar la atención, entre otras, sobre las siguientes modificaciones en la legislación marroquí<sup>25</sup>: la Ley sobre el estado civil modificada el 3 de octubre de 2002; la ley sobre la Kafala y sobre los menores abandonados modificada el 13 de junio de 2002; el Código del trabajo de 11 de septiembre de 2003; el Código procesal penal; y algunos artículos del Código penal; el Código del estatuto personal

---

<sup>23</sup> Es destacable y ha sido un elemento que ha favorecido la reforma apuntada, el que la Constitución marroquí afirme que: «*el Reino de Marruecos se compromete a respetar las convenciones que emanan de los organismos internacionales y los principios, derechos y obligaciones, y afirma su adhesión a los derechos del hombre reconocidos internacionalmente*».

<sup>24</sup> Para analizar las líneas de actuación se recomienda BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., y MOHAMMED NACER, Mtioui Mechkouri: *Los sistemas de protección de la infancia en España y Marruecos*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, 2010, pp. 82 a 136. Igualmente *Rapport National d'évaluation à mi-parcours sur la mise en oeuvre du Plan d'action «Un Monde digne des enfants»*, consultado en: [http://www.unicef.org/worldfitforchildren/files/Morocco\\_WFFC5\\_Report.pdf](http://www.unicef.org/worldfitforchildren/files/Morocco_WFFC5_Report.pdf) (consulta 19/03/2011).

<sup>25</sup> En este sentido para la consulta de la legislación *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOU, Khalid, y TAGMANT, Mohammed: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. II, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009. Se puede consultar en la siguiente dirección: [http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado\\_332/6/id\\_contenido/1142/id\\_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado\\_332](http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/6/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332)

modificado por el Código de la Familia de 2 de febrero de 2004<sup>26</sup>; y el Código de la nacionalidad también modificado por el Código de Familia de 2 de febrero de 2004. Pero han sido, sobre todo, las disposiciones del Código de la familia las que han consagrado una importante protección del menor durante la vida conyugal de sus progenitores y al término de ésta, salvaguardando su posición en el seno de la familia y reglamentando su estatuto jurídico por medio de reglas y procesos minuciosos permitiéndole asegurar la protección necesaria de su persona, sus bienes y sus intereses<sup>27</sup>. Así, de los cuatrocientos artículos del Código de la Familia, más de setenta hacen referencia a los niños con distintos nombres: *enfants, garçon et fille, mineur, interdit, incapable, petit*. Destaca el artículo 54<sup>28</sup>, uno de los más consistentes del Código, que detalla los derechos esenciales de los niños respecto de sus padres; así como el papel que corresponde al Estado en la adopción de medidas para la protección de los menores, la garantía y la preservación de sus derechos en virtud de la ley, subrayando que el Ministerio Fiscal se hará cargo del control de la ejecución de las disposiciones anteriores.

Se puede decir entonces que, junto con Marruecos, en los países árabes-musulmanes se atisba un cambio a través de la percepción diferente del menor en su dimensión más afectiva. Como lo señala Monsier Djamchid Bechnam, Secretario General adjunto del Consejo internacional de Ciencias sociales: *«las cosas comienzan a cambiar bajo la influencia de las políticas gubernamentales: una redefinición del papel y del estatuto del menor se está realizando. Los menores son cada vez menos considerados como el*

<sup>26</sup> El *Código de Familia* es el título atribuido a la nueva Ley n.º 70-03, dahir n.º 1.04.22 du 12 Hija 1424 (3 de febrero de 2004), *Boletín oficial*, n.º 5184 de 5 de febrero de 2004, 417 sq, versión francesa: *Bulletin officiel*, n.º 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octubre 2005), p. 667 y ss.

<sup>27</sup> ALHARR, Zhour: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», en *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol. 11; ed., Société de Législation Comparée, París, 2008, pp. 230-235.

<sup>28</sup> Según el artículo 54 CF, Las obligaciones de los padres respecto a sus hijos son los siguientes: 1. asegurar su protección y velar por su salud desde el momento de la gestación hasta su mayoría de edad; 2. establecer y preservar su identidad, en concreto a través del nombre y apellidos, la nacionalidad y la inscripción en el Registro del estado civil; 3. garantizar la filiación, la custodia y los alimentos, conforme a lo dispuesto en el Libro III del presente Código; 4. velar porque, en la medida de lo posible, sea la madre la que asuma la lactancia; 5. adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el crecimiento normal de los hijos, mediante la preservación de su integridad física y psíquica, y el cuidado de su salud; 6. garantizar la orientación religiosa, la educación basada en la buena conducta, y en nobles ideales que favorezcan la honradez en las palabras y en las acciones, y apartar a los hijos de toda violencia generadora de daños corporales y morales, y abstenerse de realizar cualquier acto contrario a sus intereses; 7. asegurarles una educación y formación que les permita acceder a la vida profesional y resultar útiles para la sociedad. Los padres, además, deberán crear para ellos las condiciones adecuadas para que puedan proseguir sus estudios en función de sus capacidades intelectuales y físicas.

*bien de los padres, sino como seres pertenecientes a la sociedad*»<sup>29</sup>. Reflejo de este cambio es que el nuevo Código de Derecho de Familia de 2004 ha recogido de modo explícito el criterio de la «salvaguarda del interés del menor», sobre todo en lo que respecta al momento de decidir a quién atribuir la guarda o *hadana* tras la ruptura del matrimonio, que durante la guarda, y en el momento de atribuir el derecho de visita. En definitiva, los Jueces deben hacer prevalecer el interés del menor en cada caso en particular<sup>30</sup>.

No obstante lo dicho hasta ahora, tanto la propia realidad como la doctrina marroquí nos advierte que el respeto de este estatuto en los países musulmanes no es siempre la regla, pues a menudo las costumbres locales se sobreponen a los mandatos religiosos y al derecho del menor a ser educado, a la propiedad, a la salud, etc., Las menores son a menudo maltratadas, oprimidas y obligadas a casarse. Es significativo que aún en Marruecos más de 66.000 niñas, las llamadas *petites-bonnes* o pequeñas criadas, trabajen como esclavas en el servicio doméstico, niñas con jornadas de catorce a dieciséis horas sin derecho a la infancia, en familias de nivel económico medio-alto que suelen conocer las disposiciones legales que prohíben el trabajo de menores<sup>31</sup>. Al respecto, las organizaciones locales que luchan contra este fenómeno acusan al Estado de no poner en marcha las medidas necesarias, y advierten que en los últimos cinco años se han puesto de modo los llamados «boys», niños varones que entran a trabajar en los hogares también a edad muy temprana y que son explotados dentro y fuera de las casas<sup>32</sup>.

En definitiva, en palabras de NOKKARI, el retorno al espíritu de la religión que se funda en el amor y protección del débil, y una reflexión moderna sobre el derecho del menor en la sociedad actual es un deseo a realizar en los Países del Medio-Oriente.

---

<sup>29</sup> BENHAM, D.: «L'impact de la modernité sur la famille musulmane», in *Familles musulmanes et Modernité, le défi des traditions*, París, Publisud, 1986, p.51.

<sup>30</sup> ALHARR, Zhour: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», *L'enfant en Droit musulman (Afrique, Moyen- Orient). Actes du colloque du 14 janvier 2008*, Colloque, vol. 11, p. 241.

<sup>31</sup> Vid. <http://www.yosoymadresoltera.com>, que recoge historias sacadas del libro «Bajo techo ajeno», editado por la ONG Save the Children, 2006. De igual modo, y para tener una visión más práctica sobre la aplicación del sistema de protección en la infancia en Marruecos, Vid. AFAILAL, Hafsa.: «El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias», <http://www.humanrights-observatory.net/revista/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>.

<sup>32</sup> Vid. MIERA, M.: «Infancias robadas en Marruecos», en *Efe News Service*, 11 june 2012, en <http://0-search.proquest.com.categ.uoc.edu/docview/1019713914>, que cita entre las medidas: una ley específica que sancione el trabajo de menores de quince años como empleadas domésticas; que se aplique para todos los niños entre 6 y 15 años el derecho a ir a la escuela, que el Gobierno se haga cargo de los gastos escolares de las familias pobres, pongan en marcha centros de acogida y reinserción libre, y lleve a cabo una campaña de sensibilización.

## II.2 LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD: EN ESPECIAL SU CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO

### II.2.A Diferencias entre la capacidad de menor de edad español y marroquí

En el sistema español los dieciocho años sirven de frontera entre la menor<sup>33</sup> y la mayor edad, es decir, entre la capacidad general de obrar (propia del mayor de edad) y la existencia de importantes limitaciones a la capacidad de obrar. Este sistema responde a la idea de que el menor es un sujeto necesitado de protección: para protegerle frente a sí mismo se le limita la capacidad de obrar, y para proveer al cuidado de su persona y bienes se establece un mecanismo de guarda (patria potestad, tutela) de carácter sustitutorio: los padres o el tutor son los representantes legales del menor.

La limitación de la capacidad de obrar del menor se organiza en dos fases. Durante la primera, la carencia o limitación de capacidad natural de autogobierno en el menor, principalmente en los primeros años de su vida hace que no pueda prestar consentimiento válido, y por tanto los actos o contratos que se puedan realizar durante esta fase son nulos por falta de consentimiento (art. 1261 CC). La segunda fase es aquella en la que el menor ya tiene cierta capacidad natural, pero carece de experiencia y formación suficiente, lo que puede acarrearle perjuicios, en este caso el artículo 1263 CC le impide contratar válidamente, pero el contrato no es nulo de pleno derecho, sino simplemente anulable, a instancia de su representante legal, o por el propio menor alcanzada su mayoría de edad. Desde el punto de vista práctico<sup>34</sup>, todo contrato celebrado por un

<sup>33</sup> Según declara la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 1 «*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*». Reitera miméticamente nuestro Derecho este criterio en el artículo 1 LOPJM-1996, que establece: «*la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*».

<sup>34</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 2007 de 8 junio 2007 (JUR 2007/312355), declaró no la anulación, sino la inexistencia del contrato por falta de consentimiento de la madre de una alumna menor de edad. Y aunque se habían pagado las primeras cuotas del curso, la Audiencia consideró que no podía deducirse el consentimiento materno de estos pagos. La falta de la firma de los padres impedía, según esta sentencia, el nacimiento del contrato. En el mismo sentido *Vid.* también la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/147831). El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de enero de 2000 (RJ 2000/113), defiende que el consentimiento de un menor de edad dotado de suficiente discernimiento es un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que cuando sea mayor de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria y justificar el consentimiento prestado. Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden (incapacidades naturales por la edad), sucede que salvo doña Elena M. B., sus otros cuatro hermanos -don Francisco, doña Ana, doña Rosa-

menor, salvo que esté amparado por una regla de capacidad especial, es anulable (art. 1263 CC); y si se demuestra que el menor carecía de capacidad natural, es nulo (art. 1261 CC).

Entre el estado de menor edad y el de mayor de edad existe en el Derecho español un estado intermedio, al que no acceden todos los menores, sino solamente algunos: se trata de la emancipación (o beneficio de la mayor edad, en caso de menores sometidos a tutela). La emancipación es un medio de mitigar la rigidez propia del sistema legal de la mayoría de edad, que permite a quienes han cumplido dieciséis acceder a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, con la desaparición de la representación legal —patria potestad o tutela—, y su sustitución, cuando sea preciso (*Vid.* arts. 323 y 324 CC), por un sistema de complemento de capacidad —asistencia paterna o curatela—.

La emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejercer la patria potestad y por concesión judicial (art. 314 CC). Aunque de acuerdo con el artículo 319 CC, se reputará, para todos los efectos, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Sobre la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad se presenta como el modo más general de emancipación de los sometidos a ella. Ésta no debe ser motivada, ni existe control acerca de las razones que la justifiquen, o de si el hijo que tiene dieciséis años tiene capacidad natural para hacer frente a la ampliación de su capacidad legal de obrar que supone la emancipación<sup>35</sup>. En todo caso, cabría discutir la vali-

---

rio y doña Antonia M. B.-no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser ésta menor de edad y carecer de la capacidad jurídica necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato (art. 6.3 del CC). No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida radicalmente la relación jurídica.

<sup>35</sup> Queremos llamar la atención acerca de los comentarios de la Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la Fiscalía General del Estado, D.<sup>a</sup> Consuelo Madrigal MARTÍNEZ PEREDA, en su comparecencia en la *Comisión Especial de Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros Temas Afines*, celebrada el lunes, 16 de noviembre de 2009, sobre la alarmante cantidad de casos de emancipación fraudulenta de menores que han detectado las fiscalías. No son infrecuentes los casos en que los padres, bien para evitar incurrir en la responsabilidad civil derivada de los hechos contrarios a la ley que pudieran cometer sus hijos —puesto que los padres, tutores, acogedores o guardadores de hecho responden solidariamente y civilmente de los delitos que comete el menor infractor—, o bien para librarse del problema que muchas veces supone para algunas familias los hijos adolescentes, proceden a una emancipación, un negocio jurídico-privado ante notario, que el menor acepta, pero que se realiza fraudulentamente porque la emancipación está prevista para menores que pueden vivir por sí mismos y autónomamente y no para quienes no pueden, como ha ocurrido en algunos casos. Es difícil que los fiscales lo detecten; pero algunos fiscales muy activos de algunas provincias pequeñas han detectado y comprobado que un menor emancipado se encuentra en situación virtual, real, de desamparo, como el caso de una chica que estaba en la calle ejerciendo la prostitución o a punto de hacerlo, a la que sus padres habían emancipado con dieciséis años y sin ningún recurso económico ni personal para ser autónoma. No es este

dez de una emancipación concedida sólo para liberarse de las cargas y molestias de la patria potestad, objetivamente perjudicial para el hijo. Respecto al mayor de dieciséis años sujeto a tutela no puede ser emancipado por concesión de su tutor, sino que ha de serlo a través de resolución judicial (art. 321 CC), que no está vinculada a la concurrencia de causas determinadas. Esta diferencia de trato respecto del menor sujeto a patria potestad se debe al intento de evitar que el tutor pueda zafarse de los deberes de la tutela por el cómodo expediente de emancipar al menor, sin necesidad de alegar la existencia de excusa legal que exima del cargo tutelar (arts. 217, 251, 253 CC). Son requisitos de esta emancipación la edad del menor (dieciséis años cumplidos), la solicitud de su parte y la decisión del Juez, previo informe del Ministerio Fiscal<sup>36</sup>.

En lo que respecta al Derecho marroquí, hay que destacar que el estatuto de la condición del menor de edad tiene como peculiaridad que su estado de minoría de edad (*walid*) está más ampliamente regulado que por el derecho occidental, pues aquél define al menor de edad como quién, desde la concepción y tras su nacimiento hasta su mayoría de edad pasa por cinco etapas<sup>37</sup>. De tal modo que el Derecho islámico<sup>38</sup> prefiere hablar de varios estatutos del menor a tenor de su adaptación a las diferentes etapas.

Ahora bien, vamos a centrarnos en la regulación jurídica que acomete el título I del libro IV CFM marroquí en lo que a la capacidad del menor de edad se refiere, debiendo realizar la precisión terminológica de que dicho Código califica al menor de edad de incapaz, junto al demente, pródigo y deficiente psíquico. No obstante, insertamos dicha regulación al hilo de las etapas que marca del Derecho islámico sobre la condición de la minoría de edad:

La *primera etapa* sería la que abarca desde la concepción hasta el nacimiento en el que el *foetus* en calidad de ser humano puede adquirir desde tal momento derechos, como el derecho a la posesión de

---

el único caso, también hay otros en los que los padres proceden a la emancipación para aprovechar el trabajo de sus hijos, eludiendo los controles sobre el absentismo escolar y la necesidad de recibir no ya la educación obligatoria sino cualquier otro tipo de formación (*Vid.* <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0239.PDF>).

<sup>36</sup> Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 422 a 432.

<sup>37</sup> NOKKARI, Mohamed.: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», *L'enfant en Droit musulman (Afrique, Moyen-Orient). Actes du colloque du 14 janvier 2008*, Colloques, vol. 11, Cour de Cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, sous la direction de Lucette Khaïat et Cécile Marchal, ed., Société de Législation comparée, Paris, p. 34

<sup>38</sup> Sobre el concepto Derecho islámico/Derecho musulmán, *Vid.* VIDAL CARDONA, Ana M.<sup>a</sup>: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan intervenen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua), pp. 200 y ss. Se puede consultar en: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0226109-094805/>.

bienes, a la sucesión y a los beneficios de los bienes *waqfs*. La *segunda etapa* es desde el nacimiento hasta la edad de siete años en el que los padres deben «calíner» al menor, cuidarle<sup>39</sup>. La *tercera* desde la edad de siete años hasta la pubertad, llamada «edad del discernimiento» en la que los padres deben educarle debido a que a esta edad el menor empieza su socialización<sup>40</sup>. En estas etapas el menor desprovisto de discernimiento es incapaz totalmente y sus actos son nulos, al igual que los del enfermo psíquico (art. 214 CFM).

La *cuarta etapa* comprende desde los doce a los dieciséis años<sup>41</sup>; esto es, empieza en la edad del discernimiento en la cual el propio menor puede disponer de parte de sus bienes para asegurar su gestión a «título experimental o de prueba», tras la autorización del Juez de menores a petición del tutor testamentario o dativo del menor interesado (art. 226 FM). En esta etapa, incluso, el menor es considerado como plenamente responsable de los actos que él haya autorizado, si bien, los actos del menor dotado de discernimiento son válidos si le son provechosos, pero son nulos si le son perjudiciales a él o a su familia, debiendo contar para la validez de los actos que no son, de modo evidente, ni provechosos ni perjudiciales con el consentimiento del representante legal (arts. 225-227 CFM)<sup>42</sup>. En realidad, hay quienes consideran que el menor marro-

<sup>39</sup> El menor, desde su nacimiento tiene *derecho imprescriptible a la filiación* derivada de un matrimonio legal; la cual también se atribuye por el reconocimiento de la paternidad o por prueba. Asimismo el menor tiene *derecho a tener un nombre* que no le cause ningún perjuicio moral. La Sunna considera la atribución de un nombre bonito como un derecho del menor oponible a sus padres. El menor también tiene *derecho a ser amantado durante dos años*, a ser alimentado, al vestido conforme al uso, y al alojamiento. De igual modo, tiene *derecho a la guarda*, asegurándole una protección material y psicológica por parte de su madre. De igual modo, el Corán reconoce el derecho del menor a *descansar y consagrarse a sus juegos*, y los padres deben animarle, y a ser *tratado en igualdad al resto de sus hermanos* en lo referente al afecto.

<sup>40</sup> En esta tercera etapa el menor tiene derecho a *recibir una educación*, dado que son destinados a una época diferente a la de sus padres, por encima de sus deberes religiosos, dado que la sabiduría aprovecha a toda la humanidad y la adoración de Dios solo aprovecha a quién la cumple. Igualmente, tienen derecho a *iniciarles en los deberes religiosos*, como la oración y el ayuno, siendo una obligación a partir de los diez años. Igualmente, tienen *derecho a la educación moral en las reglas de la discreción y la cordialidad*, a fin de proteger la vida íntima de cada persona, comprendiendo, de igual modo, reglas sobre la manera de comer, vestir, de beber, purificarse, etc.,

<sup>41</sup> En esta etapa los padres deben tomar al menor como a un amigo, siendo, por otra parte, el menor responsable de sus actos, pues según la Sunna sólo hay tres casos en los que el hombre no sea responsable: el que está sumido en el estado del sueño, el que está alienado, y el menor hasta la edad de la pubertad. De igual modo, pueden administrar sus bienes si tienen la madurez para ello, en caso contrario, sus padres continúan administrándolos de la mejor manera posible. Por último tienen derecho a casarse, y el padre tiene el deber de cargar con los gastos de matrimonio; aunque existe un debate en relación al derecho de la menor a casarse si no es con el consentimiento de su padre y recíprocamente el padre no la puede obligar a casarse.

<sup>42</sup> NOKKARI, Mohamed: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», pp. 36-44. Por tanto, la «minoridad del menor» en el Derecho marroquí cesa por la pubertad que se determina por la aparición de signos exteriores y la aptitud psíquica del menor a tener relaciones sexuales (dentro del matrimonio); fijándose, por un lado la edad mínima

quí dotado de discernimiento es un menor bajo la llamada curatela del Derecho español, tal y como se desprende del párrafo tercero del artículo 225 CFM al afirmar que el menor dotado de discernimiento es quién, pudiéndose regir a sí mismo, necesita ser aconsejado y controlado en los actos de la vida civil<sup>43</sup>.

En realidad, esta etapa intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, o el menor dotado de discernimiento es desconocida como tal en el Derecho español, sin embargo, es un dato de hecho en la realidad española que los menores realizan habitualmente, desde fechas relativamente tempranas, numerosos contratos proporcionados a su edad; estos contratos son de escasa trascendencia económica, aunque también, desde este punto de vista, su importancia aumenta a medida que el menor se desarrolla. Frente a la dicción literal del artículo 1263 CC, que considera al menor incapaz para prestar consentimiento contractual, la doctrina ha considerado que tales contratos celebrados por el menor son válidos e inimpugnables<sup>44</sup>. Así, a través de tales actos y contratos se concede al menor un campo de actuación que se irá viendo ampliado progresivamente, a medida que vaya desarrollándose, junto con la edad, la capacidad natural de autogobierno; de esta manera se permite que el menor vaya tomando parte activa en el tráfico, y adquiriendo una cierta experiencia, mediante la realización de actuaciones que no entrañan riesgos importantes para su patrimonio.

Incluso, la tendencia del ordenamiento jurídico español, compartida en realidad por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo, a reconocer una mayor intervención jurídica en el tráfico jurídico tiene como ámbito de actuación no sólo el comercial sino el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor, tal y como lo respalda la cláusula general positivizada en el artículo 162 CC, y derivada de la misma, otros preceptos como el artículo 9.3.c

---

de la pubertad en el niño a los doce años, y en la niña a los nueve o diez años (según escuelas jurisprudenciales), y la máxima a los quince años, tanto para el sexo masculino como el femenino (dado que el Profeta no permitió al hijo de Omar a defender la ciudad de la Medina sino a la edad de quince años).

<sup>43</sup> MOUNIR, Omar, *ob. cit.*, p. 140.

<sup>44</sup> Las argumentaciones para justificar esta conclusión son variadas y pecan en muchos casos de una cierta artificiosidad. Así se ha dicho que en estos casos el menor actúa como mandatario o representante de su representante legal; o que hay una renuncia tácita del menor y su guardador a la impugnación del contrato; que están amparados por la dicción del artículo 162.2.1 CC en la medida en que se entienda que excluye de la representación legal los actos que el menor pueda realizar por sí mismo, de acuerdo con sus condiciones de madurez. También se acude como fundamento de la validez de tales actos a la existencia de una costumbre jurídica en tal sentido; esta explicación choca con el sistema de fuentes diseñado por el artículo 1 CC que impediría reconocer eficacia normativa a esta costumbre, frente a la clara dicción del artículo 1263 CC. También se podría pensar que la impugnación de tales actos por el menor o su representante legal es abusiva y contraria a la buena fe en aplicación del artículo 7 CC.

de la Ley 41/2002, *de Autonomía del Paciente*; el 3.1 L.O 1/1982, de 5 de mayo, *de Protección Jurídica al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, que prevén que el consentimiento de los menores debe prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, esto es, si tienen capacidad natural de querer y entender<sup>45</sup>.

Por último, la *quinta etapa* comprende el período desde los dieciséis hasta los dieciocho años que es la edad de la mayoría legal (art. 209 CFM). Si bien, el menor de edad a partir de los dieciséis años cumplidos puede demandar al tribunal su emancipación, esto es, ser declarado mayor por decisión judicial tras ser verificada su capacidad; al igual que su tutor legal cuando su pupilo muestre signos de madurez. Incluso, aunque este precepto no lo explicita, el menor marroquí, como se tratará más adelante, se emancipa de pleno derecho por matrimonio, pues no se puede ser menor y padre y madre a la vez. En este supuesto, el menor emancipado toma la posesión de sus bienes y adquiere la capacidad total de gestionarlos y disponer de ellos; esto es, puede donar, como vender o arrendar sus bienes (art. 218 CFM), mientras que en Derecho español, la ampliación de la capacidad de obrar del emancipado, si bien se acerca a la del mayor de edad, tiene algunas limitaciones relevantes. En este sentido el artículo 323 CC manifiesta que *«hasta que llegue a la mayor edad, no podrá... tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador»*, luego se establecen un conjunto de actos que el menor emancipado no puede realizar por sí solo, por entenderse que comprometen gravemente su patrimonio. Simultáneamente, el precepto prevé también un sistema de complemento de capacidad, consistente en la asistencia de sus padres o curador, para la realización de tales actos.

Ahora bien, el Derecho marroquí, en términos parecidos al español a través de la institución jurídica de la patria potestad prorrogada ex artículo 171 CC, regula la situación del menor deficiente mental (o pródigo) en orden a que el representante legal pueda dirigirse al tribunal para que resuelva acerca de la posibilidad del mantenimiento de la incapacitación, basándose en su decisión en todos los medios probatorios legales (art. 219 CFM).

En cualquier caso, llegado este punto, y a modo de resumen, habría que incidir en la idea de que el CFM califica la minoría de

---

<sup>45</sup> Para una referencia a la capacidad del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad en otros ordenamientos jurídicos europeos, *Vid. RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M.: Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiares*, ed., Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, np.196, p. 196.

edad como causa de incapacidad, pues el artículo 212 CF distingue entre dos motivos de incapacitación, que dan lugar en realidad a dos grados de la misma, por cuanto implican, bien la limitación de la capacidad, o bien la inexistencia o la pérdida de ésta, pudiendo encontrarse el menor, según las circunstancias, en alguna de ambas situaciones. En concreto, tal y como hemos visto la capacidad de obrar, por una parte se limitará cuando el menor que alcance la edad de discernimiento (doce años cumplidos) no haya llegado a la mayoría de edad; y, por otra estará ausente en el menor que no haya llegado a tal edad de discernimiento<sup>46</sup>.

Por último, habría que precisar de la mano de Mounir la distancia que hay en esta materia entre la regulación teórica y la práctica, en lo que a la capacidad de la mujer cuando alcanza los dieciocho años se refiere. Pues en Marruecos la noción de capacidad no es percibida de la misma manera que en Europa a pesar de su semejanza teórica. En concreto, nos pone el ejemplo de la menor de edad europea que alcanza la edad de dieciocho años que deja el domicilio de sus padres y puede que no vuelva al mismo (es cierto que en España la independencia de los mayores de dieciocho es más tardía que en otros países europeos en los que culturalmente se propicia que el menor abandone la casa, con ayuda de alquileres a dichos jóvenes por parte del Estado, etc.), frente a la menor marroquí a quién no se le ocurrirá dicha emancipación, pues la herencia de la tradición que pesa sobre sus espaldas le impedirá ejercitar dicho derecho con libertad.

En puridad de términos, es el derecho musulmán clásico, *malekita* en concreto, el que ignora el sentido moderno del término capacidad. Pues para aquél el criterio de la emancipación es la pubertad, al ser la aptitud para procrear la que emancipa, pero sólo en el caso del varón, quedando la mujer en estado de minoridad en tanto que no se casa o no haya alcanzado la edad de la «mujer vieja», la cual sitúan los doctores *malekitas* en los 45 años. En definitiva, aunque esto no sea acorde a nuestros días, es el espíritu que continúa en la sociedad marroquí, la que, por tanto, no está aún preparada para reconocer la mayoría de edad de la mujer a los dieciocho años, pues por mucho que la hija se enfrente a la autoridad del padre, no dejaría de crear un drama familiar<sup>47</sup>.

Tras exponer la regulación de la capacidad del menor en general y observar que, en realidad, las diferencias versan más en el ámbito de la práctica que de la teoría, viendo incluso un mayor respaldo de la autonomía del menor en el Derecho marroquí, creemos necesario preguntarnos sobre la especificidad que reviste la normativa en lo

<sup>46</sup> CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p.172.

<sup>47</sup> MOUNIR, Omar, *ob. cit.*, p. 136.

que respecta a la *capacidad del menor para contraer el matrimonio*, dada la transcendencia de dicho acto en la vida del menor.

## II.2.B **En especial, la capacidad del menor de edad para contraer matrimonio. La problemática de la menor marroquí**

En cuanto a la *capacidad para contraer matrimonio* en el Derecho español, el art. 46.1 CC establece que «no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados»; pero, a tenor del párrafo segundo del artículo 48 CC, el juez de primera instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte este requisito de capacidad a partir de los catorce años. Luego pueden contraer matrimonio los emancipados, esto es, los que habiendo cumplido dieciséis años han salido de la patria potestad o la tutela, sea por concesión judicial, sea por concesión de los padres. Igualmente pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años que obtengan la oportuna dispensa del Juez de primera instancia, para lo cual hace falta que exista una justa causa y que en el expediente sean oídos, además del menor, sus padres o guardadores. El régimen de la edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio se completa con la posibilidad de obtener dispensa después de contraído, lo que será posible siempre que el mismo se hubiera celebrado teniendo el menor más de catorce años y con la regla de la convalidación del matrimonio si después de alcanzada la mayoría los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año (art. 75.2 CC).

No obstante, y *de lege ferenda*, habría que precisar que el *Plan de la Infancia y de la Adolescencia* (2013-2016) aprobado por el Gobierno español en abril del 2013, va a conllevar modificaciones de diferentes textos legales, y entre ellos el Código civil, al proponer el Gobierno que la capacidad para contraer matrimonio se eleve de catorce a dieciséis<sup>48</sup>. En definitiva, parece que la reforma se va a limitar a eliminar la posibilidad de que el menor de catorce años pueda casarse con dispensa judicial.

Por otra parte, en lo que respecta a los *derechos del menor marroquí en el momento del matrimonio*, el nuevo Código de

---

<sup>48</sup> Vid. <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/050413enlaceinfancia.htm>. Dentro del segundo objetivo, apoyo a las familias, está previsto avanzar en medidas que favorezcan la conciliación y la corresponsabilidad, que se concretarán en el Plan Integral de Apoyo a la Familia, que se aprobará en los próximos meses. Se contempla una mayor ayuda a las familias en riesgo de exclusión social o con necesidades especiales. También, siguiendo las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU y del Consejo de Europa, el Gobierno va a revisar algunas de las edades mínimas previstas legalmente. En primer lugar, la edad para contraer matrimonio. En la actualidad, se sitúa en dieciocho años, pero se mantiene una excepción para menores emancipados, que pueden casarse con catorce años con dispensa judicial. Para elevar esta edad se incluirá una modificación en el Código Civil, consensuada con el Ministerio de Justicia, para subir la edad a los dieciséis años.

Familia eleva a los dieciocho años la edad matrimonial tanto para la mujer como para el hombre que gocen de sus plenas facultades mentales (art. 20 CF), dando de tal modo cumplimiento a uno de los objetivos de aquél, el mayor respeto al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>49</sup>. De modo coherente, el nuevo Código de Familia otorga al menor de dieciocho años casado el derecho de interponer él solo (sin estar sometido a representación alguna) acciones ante la justicia en todos los asuntos relaciones con el negocio del matrimonio.

A mayor abundamiento respecto al matrimonio marroquí, es interesante apuntar que la tutela matrimonial, como característica tradicional de aquél que impone a la mujer marroquí a contar con un tutor (*wali*) para poder prestar el consentimiento matrimonial<sup>50</sup>, ha sido revestida en la reforma del CF de 2004 de un carácter opcional. No obstante, y aunque como apunta Esteban de la Rosa la nueva regulación hace desaparecer el consentimiento del tutor como requisito de validez del matrimonio de la mujer marroquí, debido al peso de la tradición islámica la mujer se seguirá viendo coaccionada por la necesidad de acudir a un *wali*, que no sólo represente en el momento de prestar su consentimiento matrimonial, sino que suponga una influencia decisiva sobre el mismo<sup>51</sup>.

En consecuencia de lo dicho hasta ahora, se hace preciso matizar que la DGRN española ha distinguido los matrimonios de menores mayores de catorce años y por debajo de dicha edad en orden a negar o afirmar, respectivamente, que dicho matrimonio sea contrario al orden público español, a pesar del carácter genérico de dicha noción. Pues según la RDRN 27 de mayo 1994 (RJ 1994\5898), en relación al matrimonio de una menor de quince años marroquí con un ciudadano español con arreglo a la *lex loci*, «*la dispensa prevista para los españoles por el Código civil se justifica porque el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio, y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio (48.3 CC) y por la posible convalidación ex lege del matrimonio de un menor (cfr.*

<sup>49</sup> El antiguo Estatuto Personal (art. 8) fijaba en dieciocho años la edad núbil para el varón, y en tan sólo quince para la hembra.

<sup>50</sup> El primer tutor era su hijo, después su padre, y si carecía de éste, alguien de su familia; y si no tenía familia, el Juez y todo miembro de la comunidad musulmana. Y aunque fue modificada su regulación en 1993, la misma consistió en un ligero cambio que consistió en otorgar a la mujer mayor de edad huérfana de padre la oportunidad de casarse ella misma sin tutor.

<sup>51</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G., y SAGHIR, T.: «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva *Mudawana* marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado (español)» en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, p. 166.

art. 75 CC)». Y en lo que respecta a los matrimonios de menores de catorce años, el sentir mayoritario de la doctrina se inclina por afirmar que el mismo vulneraría nuestro orden público al ser el estado civil de las personas una cuestión de orden público, y esto a pesar de las amplias facultades que se le concede al menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico español atendiendo a la condición general de su «suficiente juicio»<sup>52</sup>.

Ahora bien, hay que precisar que, junto a la regla expuesta en párrafos anteriores, se articula la excepción del matrimonio del menor de dicha edad, sometiéndola a la autorización judicial especial mediante decisión razonada que indique el interés y motivo justificativo de dicho matrimonio. A tal efecto, la autoridad judicial prestará audiencia a los padres del menor o su representante legal, y al propio menor, y ordenará la realización de una valoración médica o una investigación social (art. 20 CF). Incluso, a pesar del desajuste de dicho precepto con el siguiente que supedita el matrimonio del menor al consentimiento del representante legal (art. 21 CF), el menor de edad podría casarse faltando el consentimiento de su representante legal, siempre que el Juez de familia autorice su matrimonio.

Es por todos conocido que la excepción expuesta en el párrafo anterior trae causa en los casos impuestos por la realidad social, sobre todo en el medio rural, dada la influencia del entorno socio-cultural en la interpretación de una norma de derecho, en especial de derecho de familia<sup>53</sup>. Es lamentable que el fenómeno de los matrimonios de menores marroquíes haya vuelto a la actualidad cuando se conoció la noticia en marzo de 2012 del suicidio de una adolescente de dieciséis años en una aldea en las cercanías de Laro-

---

<sup>52</sup> En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p.42, y añadiendo la opinión, MOTILLA, A., y LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico*, ed., Colex, Madrid, 2002, p. 141; y ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 124, y de QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Fundación «La Caixa», 2000, pp. 50-51, al argumentar que, dado que la excepción de orden público internacional requiere verificar si el resultado concreto al que nos lleva la aplicación del derecho extranjero es inadmisibles, el orden público no se impone, por ejemplo, si la dispensa matrimonial paterna de una menor de quince años se ajusta a la dispensa judicial para mayores de catorce años prevista en la ley española.

<sup>53</sup> No obstante, tras la promulgación del nuevo Código de Familia de 2004, el porcentaje de casos excepcionales de matrimonios de menos de dieciocho años ha bajado a un porcentaje entre 8 y 9% del conjunto de los matrimonios celebrados durante los años 2005 y 2006 (*Vid. ALHARR, Z., ob. cit.*, p.236).

Si bien, otro problema no menor es que estas adolescentes se casan con hombres de más de treinta años o de cerca de cuarenta. Según estadísticas del Ministerio de Justicia marroquí, de las solicitudes recibidas en el 2007 para casar adolescentes entre 14 y 17 años se aceptaron un 87%, si bien, 7 de cada 10 solicitudes fueron de jóvenes de 17 años y sólo un 0,47% fueron de niñas de 14 años, y el permiso se concedió por la particularidad de las condiciones sociales de los litigantes (ref. <http://webislam.com>, en CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 46, p.38). Aunque estas son cifras oficiales contradichas por datos aportados por ONGs marroquíes, tal y como se apuntará más adelante.

che tras haberse visto forzada a casarse con un hombre diez años mayor que la había violado<sup>54</sup>.

El tenor amplio de los términos que utiliza la norma de excepción, al no indicar entre otros extremos la edad mínima a partir de la que el menor puede contraer matrimonio, así como que la decisión del Juez que autorice el matrimonio no pueda ser objeto de recurso alguno<sup>55</sup>, han llevado a la doctrina a hacer un crítica a que se deje al prudente arbitrio del Juez la consideración de la concurrencia en los menores de las condiciones de madurez y aptitud física necesaria para asumir las cargas del matrimonio, así como las facultades de discernimiento que le permitan dar su consentimiento a la conclusión del acto. Ya que, a estos efectos, teniendo en cuenta la fuerte tradición islámica de la sociedad marroquí que considera el rol conyugal de la mujer de menor entidad que el del varón<sup>56</sup>, lo más probable es que en los primeros años de aplicación del nuevo CF, el contrayente menor de edad a quien afecte esta normativa seguirá siendo el femenino<sup>57</sup>, tal y como lo constata la enmienda legal en enero de 2013 en orden a impedir que el agresor evada el castigo de la violación si consiente en desposar a la menor violada (art. 475 del Código penal marroquí).

En concreto, en torno a la crítica que se prodiga de la excepción prevista legalmente, en los últimos años diferentes ONGs marroquíes están denunciando el aumento de los matrimonios de menores (un 23, 59% del 2009 al 2010), y criticando las autorizaciones masivas realizadas por los jueces. Entre otras, la Asociación Anaruz (Centro Nacional de Escuchas de Mujeres Víctimas de Violencia y formado por 52 asociaciones) nos advierte que: «(...) muchos de estos matrimonios no están registrados, particularmente en las localidades en las que se aplica la *Fatiha* que no tiene validez legal

<sup>54</sup> Vid. BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», *Efe News Service*, 23 jan 2013, en <http://0-search.proquest.com.cataleg.uoc.edu/docview/1272083454>. En este contexto se ha propuesto por el Partido Justicia y Desarrollo Gobierno marroquí al Parlamento una propuesta de Ley para que el Código de Familia prohíba sin excepciones el matrimonio de los menores de 16 años, pero se negó a definir como violación toda relación sexual con menores.

<sup>55</sup> Sin embargo, si firmada por el representante la solicitud de autorización del matrimonio el Juez deniega la aprobación, esta denegación sí podría ser objeto del recurso correspondiente, según admite la Guía Práctica para la aplicación de la *Mudawana* del Ministerio de Justicia marroquí.

<sup>56</sup> Ref, Sura 2, 228, «*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas*», y la Sura 4, 32, «*No codiciéis aquello por lo que Alá ha preferido a uno de vosotros más que a otros. Los hombres tendrán parte según sus méritos y las mujeres también*» (<http://www.webislam.com>).

<sup>57</sup> Ref. Guide Pratique du Code de Famille, elaborado por el Ministerio de Justicia Marroquí, <http://www.justice.gov.ma/.../Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf>, en CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El Derecho de Familia Marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2010, np. 44, p. 37.

pero sí un fuerte consenso social. Los jueces permiten el 90% de los matrimonios menores de dieciocho años, cuando esta autorización sólo debería permitirse de forma excepcional y después de varias encuestas, mientras la tasa de autorizaciones de los jueces aumentó un 12% entre 2007 y 2010, lo que pone de manifiesto el desfase entre las prácticas judiciales y el Código de Familia. En definitiva, los jueces siguen tomando más en consideración las exigencias de la moral pública relativas a la sexualidad, al honor y al matrimonio que la protección de los menores». Y terminada subrayando: «(...) el vacío jurídico que permite que este fenómeno persista, y que los jueces no justifiquen, como impone la ley, los informes médicos ni los del asistente social»<sup>58</sup>.

En definitiva, las aseveraciones transcritas se acompañan de las que, con realismo, insisten en que la solución no es sólo jurídica sino, sobre todo, educacional, pues, en palabras de la famosa activista y defensa de las madres solteras AICHA CHECA: «la educación como herramienta para cambiar la mentalidad de una gran parte de la sociedad marroquí, que aún cree que el matrimonio, voluntario o no, es una solución a la pobreza, y el mejor modo de encubrir la pérdida de la virginidad»<sup>59</sup>.

### III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DURANTE LA VIDA CONYUGAL DE SUS PADRES

#### III.1 LA FILIACIÓN BIOLÓGICA (MATRIMONIAL-EXTRAMATRIMONIAL) Y ADOPTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL, FRENTE AL DERECHO MARROQUÍ

##### III.1.A Reformas introducidas por el nuevo CF en materia de filiación. Comparativa con el Derecho español

La patria potestad deriva en el Derecho español, tanto de la filiación biológica (matrimonial o extramatrimonial) como de la adoptiva, no estableciendo la normativa española diferencia alguna en el contenido de la patria potestad en función del diferente tipo

---

<sup>58</sup> Vid. «ONG denuncian los matrimonios de menores autorizados por jueves», en Efe News Service, 29 June 2009, en <http://0-searc.proquest.com.catalog.uoc.edu/odcview/1022614751?accountid=15299>.

<sup>59</sup> Vid. BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», ob.cit; y LLORENT BEDMAR, V., y COBANO-DELGADO PALMA, V.: «Sociedad, educación y matrimonio», en *Estudios sobre las Culturas contemporáneas*, época II, vo. XV núm.30, diciembre 2009, pp. 29-59.

de filiación que se establezca entre el progenitor y el menor. Es por todos conocido que el artículo 14 de la Constitución española preconiza que «*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». De igual modo, tomando como fundamento este principio, el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna ordena a los poderes públicos asegurar «*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*», esto es, se proclama la libre investigación de la paternidad que se materializa mediante acciones judiciales de filiación. Por su parte, abunda en ello el párrafo siguiente, estableciendo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Finalmente, el artículo 39.4 CE culmina el enunciado de este primer principio rector de la política social, estableciendo que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A tenor de dichas bases rectoras, en el ordenamiento español rige el principio de igualdad entre los hijos, pero persistiendo la filiación matrimonial y no matrimonial en orden a su determinación, lo que origina que sean diferentes los títulos de legitimación para la constatación de uno y otro tipo de filiación. Se puede decir que en la actualidad no tiene mucho sentido seguir manteniendo la distinción entre ambas categorías, habida cuenta la finalidad y rapidez que, en estos momentos, proporciona la prueba genética de ADN<sup>60</sup>, tal y como lo constata su desaparición en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio del *Registro civil* que entrará en vigor en 2014, en cuya Exposición de motivos nos advierte de que, en cuanto a la filiación se elimina toda referencia a la no matrimonial (V). Más allá, aunque la ausencia de matrimonio entre los progenitores implica tanto la falta de presunción legal de paternidad como la división entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, el principio de veracidad biológica que inspira todo el sistema español posibilita que todas las filiaciones, con excepción de la incestuosa, puedan ser legalmente establecidas.

En lo que respecta al Derecho marroquí, hay que hacer referencia desde el principio que, tal y como se viene afirmando desde el

---

<sup>60</sup> En Francia se habla sólo de filiación sin más modalidades terminológicas, en virtud de la Ordenanza de 4 de julio de 2005 sobre la reforma de la filiación (Vid. RUIZ SÚTIL.: *La determinación de la filiación del nacido en España del progenitor marroquí*, Tesis de la Universidad de Granada, 2009, p.101, p. 92).

inicio de este trabajo, el carácter divino del matrimonio implica que toda relación entre un hombre y una mujer haya de tener lugar dentro del matrimonio, desconociendo la filiación fuera del mismo. En concreto, la organización de la filiación en derecho musulmán reposa en tres principios fundamentales, que se recogían en el antiguo artículo 83 de la Mudawana: 1) no se establece verdaderamente si no respecto al padre; 2) no se establece más que en el marco de la legitimidad; 3) y no se establece más que por lazos de sangre, sin admitir la adopción<sup>61</sup>.

En grandes líneas, estos principios se mantienen en el CFM en el que sigue rigiendo el principio patrilineal según reza el artículo 50: «*La filiación paterna es el vínculo legítimo que une a un padre con su hijo y que se transmite de padre a hijo*». En este sentido, en palabras de Cervilla Garzón/Zurita Martín «*no puede decirse que, en materia de filiación, la aparición de la Mudawana haya significado cambios sustantivos en el ordenamiento jurídico marroquí, más bien al contrario, el vigente Código sigue en su mayoría los principios básicos del Derecho islámico sobre los que se constituyó el antiguo Estatuto Personal*<sup>62</sup>.

No obstante, es cierto que el CFM realiza una distinción más neta entre las disposiciones que rigen la filiación materna (arts. 146-148) y la paterna (art. 144-145), las cuales son objeto de análisis en lo que sigue:

i) Por una parte, la regulación de la *filiación materna*, como nos señala Mounir, plantea problemas que no parecen recibir en la Mudawana soluciones conformes a las exigencias de los tiempos en los que vivimos, por diferentes motivos:

1) en primer lugar, si para estar ante una filiación materna<sup>63</sup> legítima (se presume) debe tratarse, bien de matrimonio o de la inscripción del acta del matrimonio que no se ha realizado con anterioridad por causa de fuerza mayor; de las relaciones sexuales

<sup>61</sup> MERNISSI, Salima.: «La filiation de l'enfant en droit musulman», *Chr. Von Bar (ed), Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Köln, C, Heymann, 1999, p. 119.

<sup>62</sup> CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, 2010, p.121, que nos explican que los principios que rigen la materia son: el principio de la línea paterna, que establece que el niño accede al parentesco de su padre; el principio, vinculado con el anterior, que dispone la asunción por el hijo de la religión de su padre; el no reconocimiento de efectos de parentesco respecto del padre de los niños nacidos fuera del matrimonio; y por último, la prohibición de la adopción.

<sup>63</sup> Asimismo, según los términos del artículo 147 CFM la filiación materna se establece: « (...) *por el hecho del parto, el reconocimiento de la madre según los mismos requisitos establecidos por el artículo 160, y por sentencia firme*».

por error o *choubba*; y de un embarazo que haya sido consecuencia de una violación, se desprende, entonces, que el legislador marroquí ha dejado de legislar la situación de la filiación que tiene lugar en situaciones de adulterio, cuando el matrimonio tiene algún vicio y en caso de que se mantengan relaciones extramatrimoniales (el hijo nacido de padre casado con mujer diferente a su esposa; el hijo adulterino de la madre, el hijo incestuoso, etc.).

2) en segundo lugar, respecto a la madre, ya sea la filiación legítima o ilegítima (derecho de la madre a transmitir su filiación al hijo ex art. 142 CF) no deja de ser papel mojado desde el momento en el que la madre sólo transmite la nacionalidad a su hijo en el supuesto en el que el padre sea desconocido<sup>64</sup> (arts. 6 y 7 del Código de la nacionalidad marroquí)<sup>65</sup>.

3) Por último, porque la ley marroquí impide que el niño lleve los apellidos de la madre no casada, a no ser que ésta obtenga autorización por escrito de su padre, o de su hermano mayor si el padre hubiese muerto<sup>66</sup>. Cabe citar en este sentido la Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia de Tánger (núm. 817) de 19 de abril de 1997 que indica que: «*puesto que el hijo no tiene padre, para el bien y la protección del interés del menor, la legislación concede a*

<sup>64</sup> Sobre el tema de la nacionalidad, *Vid. la Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción* (BOE núm. 86, martes 10 abril 2007), y MOYA ESCUDERO, M.: «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con validez de simple presunción», *Aranzadi civil*, n.º 11/2007 (BIB 2007\719). Conforme al artículo 17-1-c del Código civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen «*los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad*». Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo: (Resoluciones de 31-7.<sup>a</sup> de octubre de 2005 y 10-3.<sup>a</sup> de febrero de 2006).

Por el contrario no son españoles *iure soli*, por corresponderles *iure sanguinis* la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de marroquíes: a) Padre y madre marroquíes, hijo matrimonial, aunque el matrimonio contraído haya sido civil en España, en base a que el nuevo CF admite la celebración en la forma local propia del país de la residencia habitual de aquéllos. En consecuencia, el hijo tendría la nacionalidad del padre pues la filiación sería legítima (Resoluciones de 7-3.<sup>a</sup> de noviembre de 2005). b) Padre y madre marroquíes, hijo no matrimonial, si existe reconocimiento paterno o se acredita la cohabitación durante el periodo probable de la concepción (Resoluciones de 31-7.<sup>a</sup> de octubre de 2005 y 10-3.<sup>a</sup> de febrero de 2006). Y, c) Madre marroquí y padre desconocido (Resoluciones de 23-2.<sup>a</sup> y 31-3.<sup>a</sup> de octubre de 2003; 26-4.<sup>a</sup> de enero de 2004; 20-5.<sup>a</sup> de septiembre y 14-1.<sup>a</sup> de noviembre de 2005; 20-4.<sup>a</sup> de marzo de 2006).

<sup>65</sup> MOUNIR, O.: *Le nouveau Code de la famille au Maroc*, ed., Cheminements, 2005, pp. 101-p.104, que nos explica que la madre no transmite la nacionalidad a su hijo sino cuando es de padre desconocido, o de padre apátrida, con la condición de que el hijo haya nacido en Marruecos. De tal modo que la desprotección se acentúa cuando tampoco se reconoce a los niños nacidos de padre extranjero y madre marroquí por el Estado del que es nacional su padre.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ BENOT, A (dir.): «La multiculturalidad: especial referencia al Islam», *Cuadernos de Derecho judicial*, VIII-2002, p. 358.

la madre el derecho de darle su apellido, si su padre y hermanos están de acuerdo»<sup>67</sup>.

Tras las líneas expuestas parece mesurado afirmar que, ni el legislador ni la jurisprudencia marroquí se muestran interesados en la relación entre el hijo y la madre, no obstante, las actuales posibilidades de fecundación *in vitro* o de maternidad van a exigir, quizás, un esfuerzo por llenar dicho vacío jurídico<sup>68</sup>.

Frente a la regulación marroquí, según el Derecho español, y al margen del debate que existe en España acerca de las nuevas posibilidades de maternidad contempladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida, y que desbordan el tema, en la determinación de la maternidad no puede ni debe haber diferencias entre la matrimonial y no matrimonial, pues la naturaleza no obra de manera diferente en una y en otra, además de que no se manejan criterios o pruebas distintas para su determinación. La realidad subyacente es idéntica, ya que la relación entre madre e hijo también es directa, inmediata y cognoscible, tanto fuera como dentro del matrimonio.

Más allá, a pesar de la confusión a que nos puede llevar el tenor literal del artículo 115 CC, hay que distinguir, por un lado, la *determinación de la filiación*, la cual se acomete respecto a la madre por el hecho nacimiento, y respecto al padre se presume la paternidad de los hijos nacidos después del matrimonio de su cónyuge (sobre la base del respeto de los plazos regulados en los artículos 116-118 CC); y por otro, *la prueba de dicha filiación* que se producirá, normalmente, por vía de la inscripción de dicho nacimiento y matrimonio en el Registro civil. Al respecto, en España a raíz de la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999\6944) se deroga la normativa que permitía la no inscripción de la maternidad a la mujer soltera (o parto anónimo), de modo que la madre del recién nacido es imprescindible que se identifique como tal no pudiendo negar su maternidad en ningún caso.

Por último, a falta de la inscripción del nacimiento, el establecimiento de la relación materno-filial se puede efectuar mediante el expediente registral al que se refiere el artículo 49.2 LRC, o en virtud de reconocimiento, sin olvidar la vía judicial correspondiente.

---

<sup>67</sup> Citada por ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p. 275.

<sup>68</sup> Ref. CHAFI, M.: «L'insémination artificielle comme moyen de procréation: positions de l'Eglise et de l'Islam», *RMDED*, 1987, núm. 4, pp. 131-140, en Ruíz Sútíl, C., *ob. cit.*, np. 297, p. 109.

ii) Por otro lado, y en lo que respecta a la *filiación paterna*, sí se puede decir que el derecho del menor a la filiación o vínculo jurídico que le une con sus progenitores ha sido en parte fortalecido en el nuevo Código de familia a través de una flexibilización del establecimiento del vínculo de filiación legítimo paterno. De este modo se intentan reducir los supuestos de desprotección del menor, dado que la filiación ilegítima paterna, a diferencia de la de la madre, no produce ninguno de los efectos que se derivan para la filiación legítima (*nasab*, art. 148 CF) cuales son a nivel de derechos sucesorios (el padre y el hijo se heredan mutuamente), de religión (el menor sigue la religión del padre), de impedimentos al matrimonio, y, por último de derechos y obligaciones ligados a la parentalidad (art. 145 CFM).

En puridad de términos, si la filiación paterna no queda establecida legítimamente se debe hablar de filiación inexistente y de ausencia de todo deber del padre<sup>69</sup>, permitiendo que el hijo natural pueda ser referido a la madre pero no al padre, pues el nacimiento ilegítimo se encuentra fuertemente estigmatizado en la Ley islámica al amenazar el principio de la pureza de la línea sanguínea paterna. Esto no sólo con la finalidad, apunta la doctrina, de evitar la confusión sobre la paternidad, sino también de mantener costumbres morales apropiadas en la sociedad y evitar relaciones sexuales ilícitas (*zina*).

Desde un punto de vista comparativo, se debe advertir que la filiación legítima en Derecho marroquí es un concepto más extenso que el de la filiación matrimonial característica del Derecho español, pues aquella comprende, como veremos, tanto el nacido de unión conyugal, como aquél que nazca fuera del matrimonio pero reconocido válidamente, o concebido en relaciones sexuales legales, aunque para este último caso se requerirá la intervención judicial<sup>70</sup>.

Más allá, y retomando la normativa sobre la filiación paterna, hay que precisar, en primer lugar, que el nuevo Código de Familia marroquí ha retomado los mismos medios de establecimiento del vínculo de filiación legítima paterna existentes en la regulación anterior, si bien introduciendo ciertas novedades en orden a flexibilizar dicha filiación. En concreto, la filiación paterna legítima deriva de: a) *la presunción de paternidad por matrimonio o relaciones conyugales (al firach*, arts. 153-154 y 158), que sólo podrá desvir-

<sup>69</sup> Hay que precisar que otra cosa acontece con el matrimonio viciado, pues aunque el Derecho islámico desconoce el matrimonio putativo de la tradición canónica, el padre puede reconocer la filiación por un acto expreso.

<sup>70</sup> RUIZ SÚTIL, C., *ob. cit.*, p. 101.

tuarse o impugnarse por decisión judicial<sup>71</sup>; b) el *reconocimiento del padre (istilhak*, arts. 158, 160 a 162; y c) las *relaciones sexuales por error o duda (subba*, art. 155) cuya filiación habría que establecerse judicialmente:

a) Respecto a la *presunción de paternidad por matrimonio válido entre los progenitores* o relaciones conyugales hay que resaltar que la misma constituye prueba irrefutable de filiación paterna que sólo podrá ser desvirtuada por el padre mediante el juramento de anatema (*li'an*)<sup>72</sup>, la cual, en realidad y a pesar de considerarse por la doctrina como en desuso, ha quedado como valor simbólico al haber aceptado el legislador marroquí el recurso a la prueba biológica (ordenada por decisión judicial y siempre que el marido aporte pruebas sólidas a sus argumentos).

En este sentido, la Guía Práctica que ha elaborado el Ministerio de Justicia para la aplicación de la nueva *Mudawana*, en el comentario del artículo 153, afirma que la presunción legal de paternidad derivada del matrimonio no puede ser destruida a menos que el propio padre impugne la filiación, bien por medio de juramento de anatema, o bien a través de un peritaje médico que pueda establecer la existencia o no de vínculos biológicos entre el padre y el hijo al que se refiere, como por ejemplo, el análisis del ADN<sup>73</sup>. Lo dicho no ha impedido, sorprendentemente, que la Corte de apelación d'El Jadida en la sentencia de 29 de abril de 2003 haya consagrado el carácter irrefragable de la presunción de paternidad legítima no obstante la prueba contraria del ADN.

En el Derecho español, tal y como se ha apuntado, se regula la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos de su cónyuge después de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días de la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC), extendiéndose dicha presunción en el Derecho catalán de familia a favor de la pareja estable de la madre, pero dicha presunción sólo opera en la determinación judicial de la

<sup>71</sup> Art. 154: «*el menor es hijo del padre por presunción de paternidad (legítima) si nace después de seis meses del acto del matrimonio (sea válido o no), e igualmente si nace durante el año que sigue a la separación*». ESTEBAN DE LA ROSA, G.: (coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 93, que precisa que, aunque la consumación no es un requisito para la celebración del matrimonio, puede tener transcendencia en orden a desplegar un conjunto de efectos, entre ellos, el de la determinación del vínculo paterno-filial.

<sup>72</sup> Para un análisis crítico de la aplicación del proceso de *Li'ane* consultar BLAN, F.R.: «*Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d'anathème ou preuve génétique (A propos de l'arrêt Bellakdin c. Ijourk, rendu para la Cour d'appel d'El Jadida, 29 avril 2003)*», *Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD)*, 2004, n° 6, 169-183.

<sup>73</sup> CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob.cit.*, p.141.

filiación. En definitiva, de la fórmula legal establecida en el artículo 108.1 CC se infiere que el nacimiento del hijo de mujer casada permite presumir el carácter matrimonial de aquél. La presunción opera de la duración normal del embarazo, del momento del nacimiento y de la fecha del matrimonio, datos que permiten deducir la época de la concepción y atribuir el acto al marido, ya que lo normal es que los nacidos de mujer casada tengan por progenitor al marido<sup>74</sup>. Ahora bien, al estar ante una presunción *iuris tantum* ésta es susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario.

b) Por otra parte, mediante el *istilhak* se produce el *reconocimiento por parte del padre de un hijo de filiación desconocida*, quién se integrará en su parentela; incluso según el derecho marroquí, el padre no debe declarar que el hijo es fruto del adulterio o de relaciones extramatrimoniales, porque el reconocimiento de la paternidad tiene como efecto la atribución de la filiación legítima. Este reconocimiento puede llevarse a cabo en todo momento de la vida del padre, del hijo o de la hija, bien en escritura pública, bien en declaración manuscrita inequívoca de la persona que lo ha realizado, con independencia de que se trate o no de un hijo biológico.

Incluso, el CFM ha introducido como novedad permitir determinar dicho vínculo aún cuando el matrimonio no está establecido por escrito, o quién reconozca se encuentre en el lecho de muerte, siempre que se cumplan unas condiciones: que el padre en dicho caso goce de plenas facultades, que el hijo no tenga filiación conocida (esto es, *la no confesión de la paternidad por otro a la muerte del padre que lo ha reconocido*), que las declaraciones no sean desmentidas por ilógicas o irracionales, y que el hijo mayor de edad de su consentimiento (art. 160 CFM)<sup>75</sup>.

Por su parte, en el Derecho español el reconocimiento voluntario se aplica a una realidad diferente, al menos teóricamente, a la marroquí. En concreto, el reconocimiento, como declaración voluntaria efectuada por el presunto progenitor ante autoridad administrativa como el Registro civil, la firma de un protocolo

<sup>74</sup> Sobre la presunción de paternidad del marido, Vid. LLEDÓ YAGÜE, F.: «El contenido básico de la filiación y sus efectos», *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 281-366; y también en resoluciones de la DGRN de 18 de noviembre de 1996 (RJ 19976907); y 20 de septiembre de 1996 (RJ 19977114), citadas por RUIZ SÚTIL, C., np. 241, p. 94.

<sup>75</sup> Vid. ALHORR, Z., *ob. cit.*, p. 240, que cita la Sentencia de la Corte Suprema de 23 de febrero de 2007 en el caso nº 399/2/07 que resolvió que la paternidad se determinó por el reconocimiento, incluso si el padre autor de dicha confesión lo niega posteriormente a pesar de la existencia de documentos que prueban dicha paternidad, sobre todo, la declaración de nacimiento conforme el Registro del Estado civil respecto al día y la hora. De tal modo que la Corte de apelación al renunciar al recurso de la prueba genética ha fundado bien su decisión. ESTEBAN DE LA ROSA, G (coord.), *ob. cit.*, p. 94 siguiendo a LINAT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, ed., Mouton and co., Paris/La Haye, 1973, p. 25.

delante del Juez u órgano administrativo, o un acuerdo escrito por los padres o la firma conjunta en el registro de nacimiento del hijo, ex (art. 120.1º), junto con la resolución recaída en expediente tramitado según legislación del Registro civil (esto es, cuando el padre no reconoce pero hay pruebas evidentes de que es el padre)<sup>76</sup> operan con modos de determinación de la filiación cuando no hay matrimonio, facilitando, al mismo tiempo, su constancia en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 120.1º).

c) Por último, para que las *relaciones sexuales por error* lleven a presumir la paternidad han de darse las siguientes condiciones: la existencia de relaciones sexuales que pueden probarse por la simple confesión de la pareja, por ejemplo, una prueba científica como el esperma; el embarazo y el parto en los plazos establecidos en el artículo 154. Reunidas dichas condiciones, la filiación del menor se establece en relación al concubino o amante<sup>77</sup>. Más allá, esta filiación ha de establecerse judicialmente, ya que para constatar la relación paterno-filial por este medio se precisa demostrar ante el juez la buena fe del progenitor que mantuvo relaciones sexuales con una persona bajo la creencia que era su cónyuge

---

<sup>76</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros., *Elementos de Derecho Civil*. tomo IV. Derecho de familia, ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 233-337; Díez PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. vol. IV, Derecho de familia y sucesiones, ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 234-239. Es doctrina pacífica que el reconocimiento presupone la veracidad de la filiación reconocida, esto es, se supone que quién reconoce es el padre biológico del reconocido como hijo, lo que explica que quepa la impugnación del reconocimiento por error (art. 141 CC). Hay que matizar que, a pesar de que la ley no exige acreditar formalmente ese extremo (posibilitando los reconocimientos de complacencia), el encargado del Registro civil podría rechazarlo cuando del título formal acompañado, y de las diligencias comprobatorias llevadas a cabo, se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido (RDGRN de 8 de septiembre de 1999). De aquí deriva también, que no quepa el reconocimiento conjunto en parejas (o matrimonios) del mismo sexo, pues en estos casos la filiación no es biológicamente posible. Asimismo, y extramuros de ser un pacto puro y retroactivo, es un acto personalísimo pues ha de realizarlo el mismo progenitor, nunca un representante; y unilateral del reconocedor de tal modo que el reconocimiento conjunto no es, en realidad, más que la suma de los reconocimientos individuales del padre y la madre. Y cuando el Código exige el consentimiento del reconocido o de ser representante (art. 123 y 124 CC) no está bilateralizando, sino estableciendo un requisito de eficacia, que actúa como *conditio iuris* del acto unilateral en que consiste el reconocimiento. Y, por último, nos recuerda la doctrina que es un acto irrevocable, a excepción de que se impugne el reconocimiento porque: 1) se haya declarado por error, violencia, o intimidación; 2) no reúne los requisitos de forma, o lo haya otorgado el menor o incapaz sin la aprobación preceptuada en el artículo 121 CC. En estos casos se tiene el plazo de 1 año desde el momento del reconocimiento o desde que cesó el vicio. Si la persona hubiera reconocido por complacencia parece, desde una primera aproximación al problema, que no podría impugnar el reconocimiento, pero sí, quizás, ejercitar una acción de impugnación de la paternidad, lo que, sin embargo, según algunos autores tropezaría con el principio de la buena fe o lealtad. No obstante, la clara dicción del artículo 138 CC permitiría dicha impugnación, aunque no podría exigir los alimentos pagados, y el hijo podría ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual por daño moral, pues la impugnación conllevaría que la filiación determinada por el reconocimiento quedaría sin efectos.

<sup>77</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, p.116.

(creencia de que existe matrimonio legítimo, descubriéndose posteriormente algún impedimento como el de lactancia). En este supuesto extraordinario no se requiere la existencia de matrimonio en vigor o válido entre los padres para que la filiación se considere legítima, lo que dificulta su prueba.

Ahora bien, un *supuesto específico de relaciones erróneas regulado de modo novedoso y explícito en el CFM es el del menor concebido tras la promesa del matrimonio o durante el noviazgo (al-Khutba)*: el embarazo durante el período de noviazgo y habiéndose celebrado los esponsales pero por razones de fuerza mayor o imperiosas no se hubiera podido levantar acta del matrimonio (faltan determinados documentos, al hallarse en un lugar en el que no ha sido posible encontrar un testigo cualificado, etc.), y bajo ciertas condiciones, entre otras que el novio reconozca que ella está embarazada de él (para su negativa puede recurrir a todos los medios de prueba legales (art. 155)<sup>78</sup>. Con anterioridad al CFM la sola prueba de paternidad que se aceptaba consistía en testimonios, lo que obedecía a un proceso complicado (antiguo art. 89). No obstante, creemos con Mounir criticable que el preámbulo del Código se prevea que dicha disposición no sea válida sino por un período transitorio de cinco años, dado que su finalidad no es el reconocimiento del matrimonio sino de la filiación paterna<sup>79</sup>.

Junto a las novedades descritas en orden a la flexibilización apuntada anteriormente sobre los medios de determinar la filiación legítima paterna, queremos apuntar dos reformas acometidas por el CFM que la complementan con el fin último de proteger el derecho de filiación del menor respecto a sus padres, acordes a la evolución social cultural y económica de la sociedad marroquí:

1.º De modo coherente y como reforma complementaria a la descrita en los párrafos anteriores, todo con el fin de evitar la desprotección del menor nacido fuera del matrimonio, la nueva *Mudawana* (art. 16) ha permitido legitimar a los concebidos o nacidos fuera de matrimonio válido de progenitores (pero que tienen la firme voluntad de legitimarlos) regularizando todos aquellos

<sup>78</sup> Ref. MSEFFER, D.Z.: «De la Mudawana al Código de Familia en Marruecos», *Página abierta*, 190, marzo, 2008, p. 2, en <http://www.pensamientocritico.org/doum-se0308.html>, en CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 196, p. 144.

Ref. MOTILLA, A./LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed., Colex, Madrid, 2002, p.96, en CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 162, p. 124, que recoge los requisitos: a) si los esponsales fueron conocidos por ambas familias y fueron autorizados por el tutor matrimonial de la prometida en su caso; b) si resulta que la prometida se quedó embarazada durante los esponsales; c) si ambos prometidos reconocen que le es imputable el embarazo.

<sup>79</sup> MOUNIR, Omar., *ob. cit.*, p. 83.

matrimonios no formalizados por documento alguno (antigua «*jamaa*»)<sup>80</sup>, probando la unión conyugal por todo medio de prueba (audición de testigos, el nacimiento de los hijos en la casa de los padres, y la existencia de embarazos de la relación conyugal, el conocimiento de los vecinos de las relaciones conyugales, etc.). Todo esto con vistas a evitar que el marido desconozca el matrimonio y la paternidad, tal y como lo ha puesto de manifiesto la sentencia nº 154 de 14 de marzo de 2007 de la Corte Suprema al disponer que: «la Corte de apelación ha motivado correctamente su decisión de reconocer el matrimonio al tener en cuenta todos los medios de prueba previstos en el artículo 16.2 del Código de la Familia, en concreto, el compromiso firmado y legalizado que emana del difunto esposo por el cual reconocía ser el marido después de cuatro años sin acto escrito de matrimonio y que dicha relación había dado lugar al nacimiento de la hija Salma»<sup>81</sup>.

2.º En segundo lugar, y respecto a la prueba en orden a la determinación de la filiación legítima, ésta se puede acreditar, como se ha indicado, mediante el testimonio de dos *adouls* (testigos cualificados)<sup>82</sup>, por la audición de testigos, y por todo medio legalmente previsto, e incluso el *peritaje judicial*, esto es, la prueba médica o biológica (art. 158 CF)<sup>83</sup>.

Precisamente, respecto a este último medio apuntado, a pesar de que una de las novedades de la reforma ha sido la de admitir el recurso a las pruebas biológicas de paternidad, la misma no se ha introducido en aras de garantizar los derechos de los hijos ilegítimos, sino tan sólo para favorecer la prueba de la verdadera paternidad respecto de un hijo cuya filiación se establece por las reglas de la presunción matrimonial (tanto en caso de matrimonio como de relación errónea). Tan sólo beneficia la admisión de la prueba de ADN a la madre en el caso de que el marido quisiera denegar la filiación del hijo, demandando el juramento de anatema sin aportar

---

<sup>80</sup> Dado que antes del Código del Estatuto Personal de 1957 la mayoría de la sociedad marroquí se casaba por la «*jamaa*», la presencia de la familia de los dos esposos, la lectura de la *Fathia* y el intercambio de regalos. Este estado de cosas permitía al esposo desconocer el matrimonio y rechazar la paternidad.

<sup>81</sup> ALHARR, Z.: «La filiation en cas de mariage et hors mariage», *L'enfant en Droit musulman. Actes du colloque du 14 janvier 2008*, *ob. cit.*, p. 324, que advierte que el artículo 16 del Código fija un período transitorio de 5 años desde la entrada en vigor de la *Mudawana* para resolver los casos de matrimonios que, por causa de fuerza mayor, no hubieran podido registrar el acta matrimonial.

<sup>82</sup> Los *adules*, nominados por decisión del Ministerio de Justicia previa proposición del Juez, cumplen en el ordenamiento marroquí una doble función: la de auxiliares de justicia (como encargos del sistema notarial en materia de estatuto personal, sucesorio e inmobiliario de los marroquíes musulmanes) y la de testigos. Sobre la función *adular*, en general, *Vid.* BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994, p. 147, en Ruíz Sutil, C., *ob. cit.*, np. 237, p.99.

<sup>83</sup> ALHARR, Z., *ob. cit.*, pp. 238 y 241.

pruebas; es sólo en este supuesto cuando la mujer tiene derecho a requerir la prueba biológica para demostrar la mentira de su esposo.

Frente al Derecho marroquí, en el Derecho español la sentencia judicial es tanto un modo de determinar la filiación como su prueba, al regular las llamadas acciones judiciales de filiación de eficacia general (tanto de reclamación como de impugnación) ante la autoridad judicial, si bien como último recurso ante el fracaso de otros mecanismos más sencillos. En este sentido, aunque la libre investigación de la paternidad facilita los mecanismos jurídicos que permiten llegar a la verdad biológica, tanto en su aspecto positivo como negativo, existe en el Derecho español toda una doctrina constitucional sobre la ponderación que ha de realizar el juez de los intereses en juego (la búsqueda del conocimiento de su identidad biológica, el interés en su protección frente a la de su progenitor, y el interés en la estabilidad de su situación consolidada). Incluso, el vigente artículo 767.1 LEC dispone que: «en ningún caso se admitirá la demanda sobre la determinación o impugnación de la filiación si con ello no se presenta un principio de prueba de los hechos en los que se funde», en orden a evitar demandas temerarias o totalmente infundadas<sup>84</sup>.

En definitiva, el Derecho marroquí tiene recelos hacia la investigación de la filiación por su deseo de preservar la familia legítima musulmana<sup>85</sup>, lo cual no significa que el CFM no prevea la intervención del juez para determinar la filiación. Si bien, ciertamente, la normativa marroquí dista del enfoque actual del principio de libre investigación que rige la filiación en el Derecho español pues, por un lado, la vía judicial para impugnar la relación paterno-filial queda reservada únicamente al marido o al novio que niegan su paternidad, omitiendo la posibilidad de impugnación materna; y, por otro, la prueba de ADN no es efectiva para determinar la filiación fuera de la legalidad, al margen de ser, según quejas de la sociedad, un medio probatorio económicamente inaccesible.

---

<sup>84</sup> Respecto a la cuestión problemática relacionada con el principio constitucional de la búsqueda de la verdad biológica la persona se niegue a la extracción de sangre para realizar estas pruebas, la doctrina civil española es prácticamente unánime en que, en defecto de norma legal que lo permita, no puede imponerse la prueba de ADN coactivamente al vulnerar el derecho a la integridad física y moral y libertad de la persona; pero dicha negativa, afirma nuestro Alto Tribunal, es un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite declarar la paternidad pretendida (SSTS núm. 1117/1997, de 4 de diciembre, y ATS de 12 de junio de 2007 –JUR 2007\197368).

<sup>85</sup> Ref. MERSINI, S.: «Quelques aspects du statut personnel marocain», en J-Y Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 116-121, en Ruíz Sutil, C., *ob. cit.*, np.327, p.117, basándose en la Sharía o Derecho islámico clásico prohíbe que ante cualquier juez, a instancia del hijo, de su representante o de otra persona con interés legítimo se inste la declaración judicial de la filiación y se inicie el procedimiento de investigación de la paternidad por estar la relación extramatrimonial castigada penalmente.

### III.1.B Referencia especial a la filiación extramatrimonial en Marruecos como supuesto de desprotección

La conclusión a la que en líneas anteriores se ha llegado es que, respecto al padre, salvo reconocimiento o relación errónea, el hijo extramatrimonial no alcanza ni siquiera el estatus de hijo ilegítimo, sino que carece por completo de filiación paterna durante toda su vida, al resultar imposible la reclamación de la filiación por la madre, el hijo o su representante y la investigación de la paternidad<sup>86</sup>.

En consecuencia, la determinación de la filiación legítima tan sólo por vía paterna se traduce en el más absoluto desprecio hacia los niños nacidos de madre soltera. La propia dinámica de aplicación del sistema impide, tanto a los menores ejercitar una acción de reclamación de filiación frente al padre, ya que, no constituyéndose legítimamente, no cabe hablar de existencia de filiación paterna; como a la mujer ejercitar la acción de filiación frente al padre, al quedar siempre a expensas de la voluntad del hombre en relación al reconocimiento de la filiación del hijo no matrimonial. Y, respecto a la madre, aunque el hijo extramatrimonial tendría en dicho supuesto el estatus de ilegítimo, dado que el reconocimiento de la mujer de haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio es considerado un delito en el Código penal (art. 490), la mujer prefiere ocultar su maternidad, sin contar con ninguna ayuda, salvo la que le prestan algunas asociaciones comprometidas con esas cuestiones<sup>87</sup>.

Tras lo expuesto hasta ahora se desprende la clara discriminación de la regulación jurídica de la filiación marroquí en lo que a los hijos extramatrimoniales se refiere, y por ende, de las madres solteras; tema éste de importante calado al que el CFM no ha dado solución, al seguir siendo un tema tabú por considerar el Derecho islámico toda relación sexual fuera del matrimonio como prohibida y delictiva. La importancia de este fenómeno la ponen de relieve las estadísticas realizadas por las ONGs, entre las que se encuentran las realizadas por la asociación pionera en la defensa de las madres solteras «Solidaridad femenina» galardona recientemente por su actuación<sup>88</sup>, como las de «Cooperación social femenina»,

<sup>86</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, M.ªD. y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 198 y ss.

<sup>87</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T., *ob. cit.*, p. 275.

<sup>88</sup> Vid. «El drama de las madres solteras en Marruecos», en <http://www.20minutos.es/noticia/1343178/0/marruecos/madres-solteras/verguenza/#xtor=AD-15&xts=467263>, que expone que el propio rey Mohamed VI se ha puesto en contacto con la fundadora de la organización marroquí, Solidaridad femenina, para pedirle que continúe con su tarea y donarle casi 2 millones de dirhams (200.000 euros) para su asociación, mientras que una

cuyo ámbito de actuación es Casablanca, que nos indica que entre el 2003 y 2004 se dieron más de 590 casos de madres solteras, siendo analfabetas el 71%, habiendo sido violadas el 31% y teniendo entre 14 y 20 años el 26%<sup>89</sup>.

Más recientemente, y a pesar de que en el 2008 la Asociación suiza *Vivere* (que trabaja sobre todo en la zona marroquí de Agadir), ponía de manifiesto que la violencia contra las mujeres que conciben un hijo fuera del matrimonio parece decrecer, se sigue constatando la necesidad de trabajar en la defensa de este colectivo pues aún sigue siendo un tema tabú, y se asiste, en casos extremos, a infanticidios y al abandono del recién nacido<sup>90</sup>. En este sentido un estudio dirigido por Insaf, una asociación de apoyo a las mujeres y niños en dificultad, ponen de manifiesto que en el 2009, de los 27.200 hijos nacidos de madres mujeres, 8.760 de los recién nacidos fueron abandonados, y del alarmante promedio, un 60%, de madres solteras y analfabetas aún en la actualidad<sup>91</sup>.

No obstante, lo cierto es que lo mismo que hay un diálogo sobre los derechos del menor nacido como consecuencia de una violación, su guarda y su salvaguarda (sobre si la solución habría de situarse en las reglas del derecho de familia, o bien en las reglas de derecho generales de la responsabilidad penal y civil<sup>92</sup>), parece admitirse que en ciertos supuestos el menor nacido de relaciones extramatrimoniales tendría derecho a una indemnización de daños y perjuicios por parte del responsable del embarazo<sup>93</sup>. Incluso, y por otra parte, llama la atención, no obstante, que en ciertos ámbitos jurídicos se atribuya efectos a la filiación materna no matrimonial. En concreto el artículo 36 de la Ley núm. 11/71, de 30 de diciembre de 1971, *sobre régimen de pensiones*, reconoce al hijo ilegítimo de

---

fundación norteamericana la ha galardonado con el prestigioso Premio Opus, dotado con un millón de dólares. La semilla de Solidaridad Femenina ha germinado y ahora hay más de quince asociaciones en Marruecos que dan ayuda a las madres solteras. Cada vez hay más casos de familias que perdonan el desliz de una joven y así permiten a un niño tener un hogar sin el estigma del maldito.

<sup>89</sup> Ref. «Umahat azibat fi al maghreb halatun chibn siriyatun» <http://www.foxarab.com>, 27/9/2007 en, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Insituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p. 274.

<sup>90</sup> Vid. [http://www.swissinfo.ch/upa/sociedad/Medallafrancesa\\_para\\_ONG\\_suiza.html?id](http://www.swissinfo.ch/upa/sociedad/Medallafrancesa_para_ONG_suiza.html?id).

<sup>91</sup> Vid. <http://vidayestilo.terra.es/padres/ninos/inquieta-en-marruecos-el-aumento-de-los-ninos-abandonados,7fbd2f05dd45a310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>.

<sup>92</sup> ALHARR, Z.: «La filiation en cas de mariage et hors mariage», *ob, cit*, p. 326.

<sup>93</sup> FOGLETS, M.-C., y CARLIER, J.-Y., *ob, cit*, np. 54, p.77, que añade que, junto a dicha posibilidad, la nueva Ley relativa al estado civil que entró en vigor en el 2003 permite la inscripción de los apellidos del padre y de la madre, obligatoria para todas las inscripciones de nacimientos, sin hacer distinción entre el hijo legítimo y el ilegítimo nacido fuera del matrimonio. Si bien, la innovación tiene su límite pues dicha inscripción sólo es a efectos de simple identificación.

madre funcionaria el derecho a una pensión de orfandad; así como el artículo 5 del Decreto núm. 2/72,-541, de 30 de diciembre de 1972, *relativo a las prestaciones de la Seguridad Social*, donde se establece que el hijo natural de la afiliada tiene derecho a las prestaciones y los subsidios sociales correspondientes.

No es de extrañar que la regulación expuesta haya sido objeto de dura crítica por parte, no solo de la doctrina del país sino de la doctrina europea. Al respecto, la valoración que realiza doctrina especializada en nuestro país en la materia, como Cervilla Garzón y Zurita Martín, es en el sentido de poner de manifiesto que, lamentablemente, a pesar del acercamiento que el nuevo Código de Familia marroquí ha supuesto a los principios básicos de los ordenamientos jurídicos occidentales, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran gravemente lesionados en materia de relaciones paterno-filiales. Si bien, apostillan que la fuente directa de dichos efectos discriminatorios no se encuentra siempre en el desconocimiento del principio de igualdad por razón de sexo, sino en la pura inspiración islámica de las normas civiles familiares<sup>94</sup>.

De tal modo, continúan argumentado, la llamativa preocupación del legislador marroquí sobre el bienestar del menor en el nuevo CF entra en contradicción abierta con el hecho de que los menores que no han nacido de matrimonio válido no sean dignos de ser especialmente protegidos, haciendo recaer sobre ellos el estigma que la ley y sociedad islámicas derivan de las relaciones ilegítimas de sus progenitores. Ciertamente, entonces, la regulación de la filiación queda muy lejos de los principios fundamentales que recoge tanto la Constitución Española como los tratados internacionales de protección de los derechos del niño y de la mujer de los que Marruecos es Estado firmante, en concreto *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y *la Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificados por Marruecos el 21 de junio de 1993<sup>95</sup>. Por ello no es extraño, tal y como se apuntó en la introducción, que el Estado de Marruecos, al igual que otras Estados islámicos firmantes, formulara reserva al artículo 16 de la Convención, que se ocupa de la discriminación de la mujer en materia de matrimonio y relaciones familiares, particularmente a las disposiciones relativas a la igualdad entre hombres y mujeres, respecto a los derechos y deberes en el momento de la disolución del matrimonio. Pues una igualdad de tal tipo –entiende el Estado marroquí–, es incompatible con la

<sup>94</sup> Vid. CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 198 y ss.

<sup>95</sup> COMBALÍA, Z.: *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001, pp. 130-131.

*Sharia* islámica, que garantiza a cada uno de los esposos derechos y responsabilidades en un marco de equilibrio y complementariedad en orden a preservar el sagrado vínculo del matrimonio.

De resultas de lo expuesto hasta ahora podemos concluir que, a pesar de que no se puede decir que el nuevo Código de Familia marroquí haya supuesto un avance considerable en materia de filiación, especialmente en lo atinente al reconocimiento o, al menos, acercamiento al principio de igualdad de los hijos por razón de nacimiento, no hay que dejar de reconocer la bondad de la reforma en cuanto incentivadora de los cambios sociológicos y jurídicos anunciados por los impulsores de la modificación del viejo Estatuto Personal, y deseado desde largo tiempo atrás por la propia sociedad de Marruecos<sup>96</sup>.

### III.1.C Apunte acerca del rechazo de la filiación adoptiva en el Derecho marroquí<sup>97</sup>

Por último, y en lo que respecta a la filiación adoptiva, es sabido que, debido a fuertes razones religiosas, que no culturales<sup>98</sup>, el artículo 83-3 del Código del estatuto personal (*Mudawana*) como el resto de los países del Magreb a excepción de Túnez, no reconoce la patria potestad derivada de la filiación adoptiva (*fiqh*). Pues ésta está prohibida por el Islam y el Derecho musulmán, el cual impregna fuertemente el estatuto personal, a razón entre otras causas, de su hostilidad a la imitación humana<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Mientras tanto, hay que reconocer que la normativa marroquí vigente en materia de filiación, en tanto transgresora del principio fundamental a la igualdad y no discriminación, atenta contra el orden público español. Por ello, a pesar de la llamada que el artículo 9.4 del Código civil realiza a la ley personal del hijo en materia de relaciones paternofiliales, la desigualdad que sufren los hijos ilegítimos –sin que se les reconozca derecho alguno frente a su progenitor y la correlativa inhibición del padre natural de su deber de prestar alimentos, atentan contra el orden público español y, por tanto, las disposiciones del Derecho extranjero que lo consagran no serán de aplicación en España (Vid. MOTILLA, A./LORENZO, P.: *Derecho de la familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2002, pp. 173 y ss).

<sup>97</sup> Este tema está en relación con la institución jurídica de la Kafala, que por su extensión queda fuera del objeto de estudio de este trabajo. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A./RODRÍGUEZ BENOT, A., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, de 2009. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico (“kafala”)», en *Diario La Ley*, N° 7393, 2010. DIAGO DIAGO, M.ª P.: «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, pp. 140-164. Consultar en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).

<sup>98</sup> Es significativo que antes de la venida del Islam en la península arábiga la adopción estaba implantada, dado que las estructuras de parentalidad reponsaban en la noción d' *asabiyya*, la cual comprendía otras personas agregadas por la adopción - MECHI, Farouk, *L'enfant objet et sujet d'affection. Approche juridique et juristique des rapports parents-enfants en droit tunisien et en droit comparé* ed., Publisud, París, p. 222.

<sup>99</sup> CANAC, A.: «Reflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman», *Rev. Algérienne, Tunisienne, Marocaine de jurisprudence et de législation*, 75, 1959, p.27, que

Si bien, hay que señalar que debido a la preocupación de estos países por la situación de menores abandonados y respondiendo a la solidaridad a la que anima el Corán, «*a menudo, por falta de control, los padres de acogida declaran el nacimiento de un niño como legítimo, pues muchos partos se practican aún en el domicilio no exigiendo el Ayuntamiento un certificado de nacimiento en el momento del nacimiento* (...)»<sup>100</sup>. Incluso, hay autores que auguran una evolución y aceptación futura de la adopción, en base al desarrollo de la familia moderna en los países árabo-musulmanes, en la cual se constata el desarrollo de la familia nuclear y al retroceso en el fundamento de la prohibición<sup>101</sup>.

### III.2 LA REPRESENTACIÓN LEGAL: LA PATRIA POTESTAD DEL DERECHO ESPAÑOL Y LA *WĪLAYA* O TUTELA DEL PADRE DEL DERECHO MARROQUÍ

#### III.2.A Idea previa. La situación jurídica de la mujer marroquí en el marco familiar-matrimonial

Creemos necesario, antes de abordar la institución jurídica de representación legal, recoger de modo previo las novedades del CFM acerca de la situación jurídica de la mujer, pues los derechos adquiridos por la esposa en el cuadro de la familia tienen una repercusión evidente sobre la situación del menor, dado que su protección pasa por la de su madre; a la vez que nos puede ayudar a comprender el verdadero alcance o la coherencia sistemática de la normativa que estudiaremos a continuación.

---

nos explican que, dado que la adopción corresponde a una necesidad del hombre, la institución tiene un carácter cuasi-universal con presencia desde las sociedades primitivas. Si bien, frente a la finalidad actual del beneficio del adoptando, las adopciones en el Derecho romano e incluso en el anciano Derecho chino y coreano tenían por finalidad perpetuar el nombre del adoptante y asegurarle el culto doméstico considerado en estas sociedades como una especie de necesidad material del difunto, y por tanto los adoptandos no eran menores de edad. Si bien, también es cierto que ciertos países de América Latina no lo regulan y que el Derecho musulmán lo prohíbe.

Por otra parte, si la Ley de 1958 de Túnez consagró la adopción, no fue solamente por responder a una preocupación de modernidad respecto al Derecho de familia, sino para responder a preocupaciones sociales, en concreto, para dar respuesta a los cientos de menores abandonados de la guerra «*les enfants de Bourguiba*».

<sup>100</sup> AIT-ZAIT: «L'enfant illégitime dans la société musulmane», *R.T.D.*, 1990 (I et II), p. 19.

<sup>101</sup> MECHI, Farouk, *ob. cit.*, pp. 245-251, que nos indica como una brecha al fundamento prohibitivo de la adopción reside, por ejemplo, en el Decreto de Algeria de 3 de junio de 1971 relativo al cambio de nombre ha regulado, en contra del principio de legalidad, que la demanda de cambio de nombre puede ser igualmente realizada, en nombre de un menor nacido de padre desconocido, por la persona que lo ha recogido en base a la Kafala a fin de hacer concordar el nombre patronímico del menor acogido con el de su tutor (art. 1-2).

En concreto, la nueva regulación establece que la familia es responsabilidad conjunta de los cónyuges con la voluntad de huir de discriminaciones por razón de sexo, pero manteniendo el carácter tradicional, ya que este cambio lo justifica el legislador marroquí en el Prólogo del nuevo Código de Familia, no en la constatación de una realidad social que demanda un modelo de familia diferente al clásico, sino en la tradición del Profeta que afirma que «*Las mujeres son iguales que los hombres ante la Ley*», así como que «*Es honrado el hombre que las honra y despreciable el que las desprecia*». A pesar del fundamento que se utiliza, lo cierto es que el nuevo modelo de familia que surge de la Mudawana es sensiblemente diferente. En consecuencia, el artículo 51 CF huye de la redacción discriminatoria de su predecesor regulando los «*derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges*»<sup>102</sup>, junto a éstos, se recogen deberes de carácter económico (dote, alimentos, salario de lactancia, remuneración custodia), que recaen sobre el marido. En contraprestación, la mujer asume obligaciones de cuidado de los hijos (*hadana*), mientras el marido es el titular de la *wilaya* (tutela de autoridad). El marido, también es titular del derecho natural al repudio y tiene derecho a revocar el divorcio en determinados supuestos.

A mayor abundamiento, y como aportaciones positivas de la reforma, la obligación de la mujer de respetar a los parientes de su marido se convierte en una obligación recíproca, al igual que la obligación de guardar fidelidad, que deja de ser una obligación de la mujer pasando a ser obligatoria para ambos (aunque se admite la poligamia con excepciones). Desaparece el deber de la esposa de obedecer a su marido y de tener que solicitar a su esposo autorización para visitar a sus parientes. Se declara la responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos y consenso en la adopción de decisiones relativas a la

---

<sup>102</sup> Según el artículo 51 CF, los derechos y deberes recíprocos entre cónyuges son los siguientes: 1. *Convivencia legal, lo cual implica la existencia de una buena relación conyugal, justicia, igualdad de trato entre mujeres en caso de poligamia, pureza y fidelidad mutuas, virtud y preservación del honor y la descendencia*; 2. *Intimidad debida, respeto, afecto y preocupación mutuos, así como protección de los intereses familiares*; 3. *Responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos*; 4. *Consenso en la adopción de decisiones relativas a la administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar*; 5. *Mantenimiento de buenas relaciones con los ascendientes del otro cónyuge, así como con los familiares con los que exista un impedimento matrimonial, respetándolos, visitándoles y acogiéndoles de modo adecuado*; 6. *Derechos sucesorios mutuos*. Por su parte, el artículo 4 CF determina que «*El matrimonio es un pacto basado en el consentimiento mutuo para establecer una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer. Su objetivo es la vida en la fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable bajo la dirección de ambos cónyuges, con arreglo a las disposiciones del presente Código*».

administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar<sup>103</sup>.

Asimismo, del texto de las obligaciones de la mujer no figura ya la de amamantar a su hijo, aunque persiste la obligación del esposo de pagar un salario de lactancia si hay separación entre ambos; también ha desaparecido el derecho de la esposa a ser mantenida por su marido, aunque no así la obligación, que no sólo goza de una completa y minuciosa regulación, sino que, además su incumplimiento es causa independiente para solicitar el divorcio judicial.

Resaltar por último que el artículo 53 CF establece que la expulsión de uno de los cónyuges del hogar conyugal, sin motivo aparente, (generalmente la mujer y los hijos) es un atentado al orden público y a los derechos fundamentales de la mujer y del menor, lo cual permite intervenir al Ministerio Público a fin de hacer entrar de nuevo a la parte expulsada en el hogar conyugal. Esta medida sin duda constituye una protección para los menores que se encuentran en dicha situación.

### III.2.B Referencia comparativa respecto al contenido y significado de la patria potestad-*wilaya*. Las peculiaridades de la tutela subsidiaria de la madre marroquí, y su posible indefensión existiendo tutor testamentario

El Derecho español regula la institución jurídica de la *patria potestad* como un conjunto de derechos y deberes, a ejercitar en régimen de igualdad por los progenitores del menor y en interés de éste, respecto al ámbito personal (velar por el menor, que implica su cuidado, vestido, alimentación, etc.) como al patrimonial del menor de edad (representarle y administrar sus bienes). En otras palabras, la patria potestad se puede definir como la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos menores encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del artículo 154 CC, en velar por ellos, tenerlos en su compañía,

---

<sup>103</sup> FOLETS M.C., y CARLIER, J.Y., se cuestionan la concordancia entre el artículo 51.3 (responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos) y el artículo 51.4 (consenso en la adopción de decisiones relativas a la administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar), concluyendo que, en situación de armonía conyugal el párrafo 3º no legitima a la esposa a actuar de forma independiente y que debe consensuar todo lo atinente al hogar y los hijos. No obstante, no es así en situación de divorcio entre los progenitores, ya que la hadana es asumida por la madre y la *wilaya* por el padre (*Le code marocain de la famille: Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Editeur Emile Bruylant, 2005, pp. 44-4).

alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes<sup>104</sup>.

Por su parte, el Derecho marroquí no contempla una institución idéntica a la que nuestro ordenamiento conoce como patria potestad que presupone la igualdad entre hombre y mujer en relación a sus obligaciones y derechos para con sus hijos. Si bien, se puede afirmar que su contenido se recoge en la denomina «tutela», traducción de la palabra árabe *wilaya* que significa poder o autoridad, al implicar la representación del menor de edad correspondiente a las personas legalmente llamadas a ejercerla, que es el padre en primer lugar.

En consecuencia, todos los menores según el CFM están sometidos a la tutela, aunque tengan padre y madre, aplicándose este régimen protector tanto a los menores huérfanos, como para los que no lo son (art. 229 y 230 CFM). La tutela comporta la representación del menor en todos los actos de la vida civil y la gestión de sus bienes y corresponde al padre, no podía ser de otra manera en un sistema patriarcal donde es el hombre el cabeza de familia. En lo referente a la guarda y custodia del menor recaerá sobre el padre y la madre mientras exista un vínculo conyugal y consiste en protegerle de cualquier daño y en velar por su educación e intereses, así como adoptar todas las medidas necesarias para preservar y garantizar la seguridad física y psíquica del menor (arts. 164 y 165 CF). Más allá, el artículo 231 exige que tanto el padre como la madre tutores sean mayores, no planteando problemas la tutela del menor casado pues según hemos visto el matrimonio emancipa de pleno derecho al menor, y pudiendo, según la doctrina, el menor no casado demandar ser emancipado con vistas a obtener la tutela de su hijo<sup>105</sup>.

Más en concreto, y a diferencia de la representación legal del deficiente psíquico y el pródigo, el artículo 233 CFM establece que la tutela de menor de edad, al igual que la del demente o enfermo psíquico, se ejercerá tanto sobre los bienes como sobre su persona; de tal modo que el artículo 235 CFM atribuye al tutor legal la obligación de velar por los asuntos personales del incapacitado, garantizándole una orientación religiosa y una formación, preparándole para la vida y encargándose, además, de la administración habitual de sus bienes, con exclusión de los actos de disposición<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Para un análisis interesante de dichos deberes, ver. AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en <http://www.laleydigital.es>, y *Actualidad Civil*, n.º 12, 16-30 junio de 2008, p. 1229, tomo 1.

<sup>105</sup> MOUNIR, O., ob. cit., p. 143.

<sup>106</sup> Según el artículo 11 del Código de las obligaciones y contratos marroquí (DOC) son actos de disposición: «la venta, la permuta, el arrendamiento por un término superior a tres años, la constitución de sociedad, (...) y otros indicados por la Ley».

Ahora bien, el nuevo *Código de Familia marroquí* de 2004<sup>107</sup> sigue regulando que la madre sólo ostenta la *wîlaya* o tutela del menor en casos excepcionales tales como el fallecimiento o ausencia del padre, la declaración de incapaz o privación de autoridad por sentencia judicial de conformidad con las normas que regulan la declaración de abandono o por algún delito. En este sentido, el nuevo CFM sigue la novedad introducida en 1993 en el antiguo artículo 148 del primitivo Estatuto Personal que pretería completamente a la madre en materia de tutela, al introducir la tutela subsidiaria, aunque imponiéndole limitaciones relativas a la enajenación de los bienes del hijo, las cuales desaparecen en la actualidad.

Por tanto y en definitiva, por ley la *wîlaya* o tutela legal la ejerce el padre sobre el hijo y la madre sólo en casos excepcionales (art. 231 y 236 CF)<sup>108</sup>, y deriva de la filiación paterna, y en los supuestos de excepción de la materna, en coherencia formal, aunque en el fondo con efectos discriminatorios respecto a la madre, con el carácter de deber con el que la *Sharia* o Derecho musulmán reviste a la tutela del padre, de la que el padre no puede sustraerse. No obstante, cuando la ausencia del padre sea de corta duración, se le confiere a la madre la facultad de ejercer la tutela sobre el hijo para aquellos casos de urgente necesidad, como la firma de documentos administrativos o la autorización para una intervención quirúrgica (art. 236)<sup>109</sup>.

Incluso, nos explica Mounir, la madre no es la tutora legal de modo automático ante la ausencia del padre, pues el artículo 237 CFM, y aunque luego se profundice más detenidamente al tratar la tutela testamentaria, autoriza al padre a designar, si quisiera, un tutor testamentario para sus hijos. De tal modo que se nos dice que el padre podría, en base a tal potestad, «excluir» de la tutela de su hijo a la madre nombrando a una tercera persona en detrimento de aquélla; lo cual no es simple teoría desde el momento en el que se puede dar el caso de que los abuelos paternos con mala relación con su nuera puedan, sobre todo cuando haya razones económicas,

<sup>107</sup> Es un acontecimiento histórico en el sistema marroquí la promulgación del *Código de Familia* de 2004 que sustituye al Código del Estatuto personal y que introduce reformas esenciales en el Derecho de Familia, pues se trata de la primera vez en Marruecos que se ha presentado un Proyecto de Ley relativo a las relaciones de familia ante el Parlamento, y en el marco de sus potestades constitucionales, dado que lo tradicional hasta ese momento era su aprobación por el Rey tras realizar una consulta a los sabios. Y el proyecto se aprobó por mayoría absoluta - Vid. AAVV., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de Familia de 2004)* dir. Gloria Esteban de la Rosa, ed., Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, 2009, p. 25-.

<sup>108</sup> En este sentido el artículo 231 CFM refiriéndose a las personas llamadas a ejercer la representación legal, establece el siguiente orden de llamamientos: el padre mayor de edad; la madre mayor de edad, a falta de padre o tras la pérdida de la capacidad de éste; el tutor testamentario designado por el padre; el tutor testamentario designado por la madre; el Juez; el tutor dativo designado por el Juez».

<sup>109</sup> CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA, I., *ob. cit.*, p.177.

hacer que el hijo en su última enfermedad les nombre testamentariamente y con preferencia a la madre, tutores del menor. Es curioso, como esta posibilidad se deja abierta en el *Mudawana* cuando, sin embargo, ésta no enumera a los abuelos paternos entre los tutores legales. La madre, en dicho caso sólo podría exigir la tutela legal en la administración y rentabilidad del dinero que ella hubiera donado a su hijo, pues según los términos del artículo 239 todo donante de dinero tiene dicho poder; y, en su caso, la madre puede nombrar un tutor testamentario a su hijo menor incapaz, dejando dicha previsión sin efecto si lo estimara así posteriormente.

Más allá, como el que puede lo más puede lo menos, el padre puede también excluir sólo parcialmente a la madre de la tutela testamentaria de su hijo, pues el artículo 238 CFM le atribuye implícitamente esta facultad, al prever que, para el caso en que hubiera un tutor testamentario designado por el padre, el papel de dicho tutor consistiría en vigilar la manera en la que la madre gestiona los asuntos de su pupilo y a informar a la justicia en su caso. En realidad, el Código no dice que el padre pueda añadir un tutor *ad hoc* a la madre tutora testamentaria, sino que dicho poder se desprende del precepto indicado<sup>110</sup>.

Así las cosas, lo cierto es que, dado que la persona que nombre en testamento el padre no tiene que ser de la familia, y que el padre no está obligado a comunicar dicha decisión, ni siquiera a su mujer quién puede ignorar la identidad del mismo (sin tener ningún recurso judicial al respecto), no sería raro el caso de la mujer que el momento del fallecimiento del marido se encuentra por voluntad del marido con la tutela de una tercera persona ajena a la familia. En definitiva, estamos ante una norma, dice la doctrina del país, perjudicial para la mujer, desde el momento en el que el marido tiene el poder, por un lado de juzgar la capacidad de su mujer a asegurar la tutela de sus hijos, sin que ella pueda oponerse ni defenderse de ningún modo, y por otro de imponerle un tutor *ad hoc* a la madre<sup>111</sup>.

Las limitaciones expuestas contradicen aparentemente, tal y como se apuntó en el epígrafe anterior, el tenor del artículo 51 CFM que establece que la familia se encuentra bajo la responsabilidad (compartida) de ambos cónyuges, en lo que respecta a la educación de los hijos, lo que no preveía la antigua *Mudawana* según la cual la familia se encontraba bajo la dirección del esposo/padre. En realidad, tal y como nos explica la doctrina especializada, esta contradicción es reflejo de la ambigüedad que crea la coexistencia de disposiciones antiguas y otras inspiradas en la ambición iguali-

<sup>110</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 146.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.188.

taria que ha presidido la reforma, lo que no obsta para que la misma sea, a su vez, un indicio de que a medio término se generalice en Marruecos la autoridad parental conjunta o tutela conjunta<sup>112</sup>.

Lo expuesto hasta ahora nos lleva a afirmar con la doctrina que estudia la materia que, en realidad, la imposibilidad de identificar patria potestad y *wilaya* respecto a los hijos, no reside tanto en el contenido de ambas instituciones como en la discriminación que sufre la madre marroquí para asumir la representación legal de sus hijos, ya que sólo podrá hacerlo, como hemos visto recogido, en defecto del padre<sup>113</sup>.

Por último, no deja ser de interés, que el Código reserve un papel importante al Juez y al Ministerio Público al tener como deber interpretar las disposiciones del Código de manera que las reformas relativas a las funciones del padre y la madre en relación a la guarda y la tutela (ya sea dentro o fuera de los lazos del matrimonio) produzca como efecto positivo la mayor protección de todas las partes, los hijos y los padres.

En esta línea de control judicial, y por otra parte, es dable resaltar que en el capítulo de las disposiciones comunes a la tutela, el Código prevé la sumisión a la vigilancia judicial previa, es decir, la posibilidad para el Tribunal de supervisar la representación si los bienes del menor exceden del valor de 200.000 dirhams (más o menos 10.000 euros) (art. 240 CFM); hablando los idealistas, a este propósito, de la justicia de los ricos<sup>114</sup>. Para ello, tanto el incapaz menor como la madre pueden informar al Juez, e, incluso, no superando el patrimonio del menor dicha cuantía, el Juez puede ordenar la apertura del citado expediente para someter al representante legal al referido control cuando considera que es útil para el interés del menor. En todos los casos en los que se abra un expediente de representación legal, el tutor legal debe presentar al Juez encargado de los asuntos de menores una rendición anual sobre la gestión y la puesta en valor de los bienes, así como la manera en la que asume las atribuciones que le son conferidas por la ley en lo que respecta, también y de modo novedoso respecto a la legislación anterior, a la persona del menor, esto es, de la diligencia que dedica a la orientación y formación de su hijo<sup>115</sup>.

Tras la presentación de dicho informe, el tribunal podrá tomar todas las medidas que considere oportunas para preservar los bienes del menor y sus intereses materiales y morales (art. 243 CF), a

---

<sup>112</sup> BLANMAILLAND, Fr., y VERBROUK, C.: «Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain», *Rev. dr. étr.*, 2004, nº 130, p. 566.

<sup>113</sup> CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA, I., *ob. cit.*, p. 180.

<sup>114</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 148.

<sup>115</sup> FOLETS, M.-C./CARLIER, J.-Y., *ob. cit.*, p. 109.

modo semejante de las medidas de naturaleza cautelar del artículo 158 CC español. El problema reside, por un lado en que el CFM confía en los padres en asegurarse que los bienes de su hijo no sobrepasan dicho límite, sin haber regulado un control judicial sobre dicha premisa, esto es, la ley no obliga al padre a hacer dicha valoración. Y por otro, que tratándose de un patrimonio que supere el límite apuntado, la normativa no prevé ninguna sanción para el caso de que no se informe al juez para que se abra el expediente de representación, de tal modo que el padre que silencie la fortuna de su hijo disfruta de una impunidad total. Esto lleva a que nos encontremos con casos en los que tutor ejerza sus funciones de forma abusiva hasta tanto no llegue el momento de la rendición del informe anual de su administración a que viene obligado ante el juez, pudiendo ser entonces demasiado tarde para remediar el daño patrimonial o moral que pudiera haberse infringido al menor<sup>116</sup>.

Asimismo, según el artículo 235 CF 2004 el representante legal en todo caso tiene la obligación de informar al Juez de menores sobre los bienes del incapaz (pues el menor se asume como un incapaz), documentos, joyas, bienes muebles, etc., asumiendo, en caso de no hacerlo, las consecuencias de dicho incumplimiento. Todos los fondos y los valores mobiliarios deben depositarse en una cuenta a nombre del menor en una institución pública por orden del Juez.

En definitiva, en lo que a este último punto de control judicial se refiere, la regulación marroquí es, en cierto sentido, más protectora que la española, la cual sólo aplica el principio de desconfianza a la tutela del menor o en caso de fallecimiento o abandono de éste, dejando al margen de su rigor a la patria potestad que ejercen sus padres. Si bien, el criterio jurídico del Derecho español se basa, a nuestro entender, en el principio de justicia de, como regla general, confiar en los padres en el ejercicio de la patria potestad pues, como decían nuestros codificadores, el legislador quiere querer por nosotros lo que nosotros quisiéramos siendo justos.

### III.3 EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS COMO CARGA DEL MATRIMONIO. PROLONGACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA TRAS SU MAYORÍA DE EDAD

En el Derecho marroquí, junto con la dote, el segundo pilar sobre el que se sustentan las relaciones patrimoniales entre los

<sup>116</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 148.

esposos está definido por el derecho de alimentos del que son titulares los hijos y la esposa. A diferencia de nuestro CC, que regula la obligación de alimentos con carácter general y recíproco entre los obligados a ella, la *Mudawana*, y aunque la llama de igual forma (*nafaqa*), en puridad contiene dos obligaciones diferentes con distinto régimen jurídico, según el beneficiario sea la esposa o los hijos comunes.

La obligación de alimentar a los hijos comunes es responsabilidad de ambos cónyuges; aunque con alguna matización: la responsabilidad del patrimonio del padre es directa, y la madre solo responde de forma subsidiaria, sólo en caso de imposibilidad patrimonial del progenitor (art. 199 CF). Esta regla es dispositiva en la medida que pudiera pactarse una responsabilidad directa de los bienes comunes, si los hubiera fruto del acuerdo, o de ambos patrimonios de forma paritaria<sup>117</sup>.

Como ocurre en el Derecho español, el derecho de alimentos de los hijos, no es un derecho que esté ligado al matrimonio de sus padres (como sí sucede con los alimentos debidos a la esposa), subsistiendo a modo de pensión alimenticia, como una consecuencia típica de carácter patrimonial derivada de la ruptura del matrimonio.

No obstante, no son igualmente beneficiarios de este derecho los hijos que las hijas, observándose, pues, una clara diferencia entre los sexos, pero, esta vez, a favor del sexo femenino. Efectivamente, en concordancia con la realidad social, y con un marcado

---

<sup>117</sup> Siguiendo a M.<sup>a</sup> D. CERVILLA GARZÓN, «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 18, Oct. 2010, (consultado en la Base de Datos de Aranzadi, BIB 12866/2010), en el Derecho marroquí, no existe, como en nuestro Derecho, un régimen económico supletorio a falta de voluntad o manifestación alguna de los cónyuges. Por el contrario, podemos afirmar que en Derecho marroquí rige la total separación entre los bienes de ambos esposos, conservando cada uno de ellos la administración y gestión sobre su patrimonio, sin que se produzca confusión alguna entre éstos. Sin embargo, la reforma «invita» a los esposos a pactar un régimen económico para los bienes adquiridos después del matrimonio, apareciendo dicha intención desde el preámbulo de la ley y, cómo no, en el propio texto. Concretamente, el artículo 49 CF, después de proclamar la no confusión patrimonial, dice «No obstante, podrán ponerse de acuerdo, en el marco de la administración de los bienes adquiridos durante su relación matrimonial, sobre su modo de explotación y distribución»; pero va más allá: establece, en el párrafo tercero de dicho precepto, una obligación de los adules, presentes en la celebración del matrimonio, de informar a los esposos de esta posibilidad.

(...) Esta libertad a la que hemos aludido, aparte de encontrarse sometida a los límites generales establecidos en el artículo 47 CF (cláusulas contrarias a la finalidad del matrimonio y a normas imperativas), en el ámbito patrimonial, se ve afectada por dos instituciones que, necesariamente, forman parte de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges: la dote y la obligación de alimentos; y que, por consiguiente, su existencia (que no su contenido o régimen) se encuentra fuera del pacto matrimonial.

Vid. también CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. y ZURITA MARTÍN, I., *El derecho de familia marroquí*, ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 92 a 94.

carácter protector, la obligación de alimentar a las hijas se mantiene hasta que tengan un patrimonio propio que se lo permita o hasta que contraigan matrimonio (pasando, pues, en este caso, a ser mantenidas por su esposo), mientras que los hijos pierden el derecho cuando alcanzan la mayoría de edad o hasta los veinticinco años si no han completado sus estudios (art. 198 CF).

Frente al Derecho marroquí, en el Derecho español la alimentación a los hijos menores durante la situación de normalidad matrimonial se recoge en el llamado régimen matrimonial primario, que implica un conjunto de disposiciones generales, heterogéneas y aplicables cualquiera que sea el régimen económico, legal o pactado, al que esté sujeto el matrimonio. Así el artículo 1318 CC declara que «los bienes de los cónyuges están sujetos a las cargas del matrimonio», entendiéndose por tales cargas, según la dicción del artículo 1362.1 y ante la ausencia de aclaración del propio artículo 1318 CC, «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia».

Desde un análisis más profundo, y siguiendo la enumeración de deberes que integran el contenido de la patria potestad y que recoge el artículo 154 CC, se encomienda a los padres la obligación de alimentar a los hijos menores no emancipados; encontrándonos, por tanto, con un deber que corresponde solidariamente a ambos progenitores. En consecuencia, el deber de alimentos sobre los hijos menores no emancipados trasciende al ejercicio mismo de la patria potestad configurándose como un deber inexcusable, irrenunciable e incuestionable que encuentra su fundamento básico en dicha patria potestad y su fundamento último en el propio hecho de la filiación, presentándose ante nuestros ojos como la proyección fáctica del deber de velar por los hijos. Y es precisamente la alta consideración de este deber lo que lleva al legislador a imponerlo a todo progenitor con independencia de que ostente o no la patria potestad, tal y como se desprende de la lectura del artículo 110 del Código Civil<sup>118</sup>.

Una vez expuesto el deber solidario de los cónyuges sobre el deber de alimentos de sus hijos, resulta obvio afirmar que dicho concepto a que viene a referirse el Código Civil, necesariamente, ha de ser mucho más amplio que el de suministrar viandas o comida. No realiza el Código, en sede del artículo 154, una definición de qué ha de entenderse por alimentos, por lo que nos vemos obli-

<sup>118</sup> Vid. AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en *Actualidad civil*, núm. 12, junio 2008 (BIB 20458/2008).

gados a realizar una aproximación al artículo 142 del mismo cuerpo legal, donde se inicia la regulación de la obligación legal de alimentos entre parientes. A tenor del primer párrafo de este precepto, por alimento se ha de entender todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Comprenderá, por tanto, el deber de alimentarlos la satisfacción de cuantas necesidades alimenticias, médicas, económicas, residenciales, de ocio y demás gastos que se deriven del correcto cuidado y atención que permitan el adecuado desarrollo de los menores. Sería conveniente precisar que la educación y la instrucción del menor también se integran dentro del deber de alimentos. La educación y formación integral del hijo esté integrada en el concepto de alimentos –que proporciona el artículo 142 CC–, si bien, durante la minoría de edad hay que resaltar que ésta es un deber específico derivado de la patria potestad<sup>119</sup>.

No obstante, respecto a la responsabilidad conyugal apuntada, hay que hacer tres matizaciones: i) en primer lugar que, aunque el precepto establece la responsabilidad de los patrimonios conyugales, como advierte Lacruz, se trata de una obligación de los propios cónyuges que puede consistir en aportar, tanto bienes, como su colaboración personal a la vida y sostenimiento de la familia. Por otro lado, no son únicamente los cónyuges los obligados a hacer frente a las cargas del matrimonio, también deben hacerlo los hijos, mientras convivan con la familia, en la medida de sus posibilidades (art. 155.2 CC).

ii) En segundo lugar que, en orden a determinar concretamente la forma de contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio, habrá que estar, en primer lugar, a lo pactado, y en defecto de pacto, a las reglas propias del régimen económico al que esté sujeto el matrimonio: en concreto, el artículo 1362 CC para el régimen de gananciales, esto es, respondería la masa común; y el artículo 1438 CC para los regímenes de separación y participación, esto es, en proporción a sus respectivos recursos económicos –en virtud de la remisión del artículo 1413 CC–; frente a la responsabilidad subsidiaria de la mujer del derecho marroquí.

iii) En tercer lugar, y en cierto sentido de modo parecido al criterio establecido en el artículo 198 CFM apuntado anteriormen-

---

<sup>119</sup> A pesar de la utilización que hemos realizado del artículo 142 del Código Civil para poder delimitar el alcance del término alimentos, debemos dejar meridianamente claro que la obligación de alimentar a los hijos menores no emancipados en cuanto función derivada de la patria potestad no se encuentra regulada por la normativa reguladora de la obligación de alimentos entre parientes, sin perjuicio que esta última pueda servir para clarificar aspectos de aquel deber no concretados por el propio Código Civil.

te que extiende la obligación de alimentos al hijo hasta los veinticinco si no han completado sus estudios, en el Derecho español se distingue entre la obligación de los padres de alimentar a los hijos menores de edad en virtud del ejercicio de la patria potestad y la obligación legal de alimentos entre parientes, que surge de la relación de filiación cuando el hijo llega a la mayoría de edad o se emancipa y los necesita para subsistir.

Al respecto, dado que el cumplimiento de los dieciocho años no implica que quien los haya cumplido haya llegado a la autonomía económica o la formación profesional que le permita acceder a ella, el CC prevé que «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (art. 142.2). No obstante, como manifiesta la Sentencia de AP León de 3 de abril de 2002 (EDJ 2002/27297), la duración de la pensión ha de estar supeditada al resultado favorable de los estudios o a la posibilidad de trabajar, pues lo contrario supondría dejar a voluntad de los hijos el prolongar *sine die* las obligaciones alimenticias por el sólo hecho de renunciar a formarse adecuadamente o de no intentar acceder al mercado laboral, favoreciendo con ello la cómoda holganza del alimentista.

Por otro lado, el artículo 149 CC dispone que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». Este precepto (junto con el art. 93.2 CC) se traduce en la convivencia del ya mayor de edad con sus padres en el domicilio familiar, o bien en otro lugar (si, por ejemplo, estudia en una ciudad distinta), y, también en la dependencia del poder de dirección de la vida familiar que incumbe a sus padres. La dependencia económica por un lado, y la (limitada) dependencia personal derivada de esa convivencia y del poder de dirección de la vida familiar, hacen que el mayor de edad carezca, de hecho, de plena autonomía (aunque sí tenga plena capacidad de obrar).

#### IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

##### IV.1 IDEAS GENERALES

En primer lugar es de interés señalar que al igual que el Derecho español, en el Derecho marroquí el divorcio se desarrolla bajo el control del Juez competente en asuntos familiares; pero, a dife-

rencia de aquél, parece ser que se lleva a cabo de modo obligatorio en el marco de una conciliación y mediación con la ayuda del Juez de familia, el Consejo de familia y toda persona capaz de mediar en la pareja; conciliación que habría de repetirse, en un *interim* de al menos treinta días, si se tratara de una pareja con hijos (art. 82 del Código de Familia).

De tal modo que si las tentativas de conciliación fracasan, el Tribunal, antes de pronunciarse sobre la demanda de divorcio, fija una cuantía que el esposo está obligado a consignar ante el Tribunal en el plazo de treinta días. Esta cuantía constituye la indemnización debida a los hijos comprendiendo la pensión de alimentos, los gastos de alojamiento, y la guarda y gastos de escolarización; y se fija por el Juez teniendo en cuenta la condición de vida de los menores y su situación escolar antes del divorcio<sup>120</sup>.

Incluso, el nuevo Código de Familia recoge, en la misma línea que el español, que en el supuesto del divorcio por mutuo consentimiento, el Tribunal no puede validar el acuerdo si el mismo supone un perjuicio a los intereses de los menores<sup>121</sup>.

## IV.2 LA GUARDA O CUSTODIA DEL DERECHO ESPAÑOL. LA *HADANA* EN EL DERECHO MARROQUÍ

### IV.2.A Notas diferenciales entre el Derecho español y el marroquí

Los conceptos de patria potestad y la custodia, como instituciones jurídicas diferenciadas, han existido siempre en el Derecho Matrimonial español y así han sido tratadas en la doctrina y la jurisprudencia desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio (popularmente conocido como Ley del divorcio)<sup>122</sup>. Si bien,

<sup>120</sup> ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant dans le nouveau Code de la famille marocain», *L'enfant en Droit marocain. Actes de colloque du 14 janvier 2008*, *ob. cit.*, p. 347, que nos explica que en caso de divorcio mediando compensación (*Khol*) el tribunal puede no llegar a conceder la misma en caso de que dicha concesión implica algún perjuicio a algunos de los derechos de los menores (pensión de alimentos, de alojamiento).

<sup>121</sup> Para profundizar en la disolución del matrimonio en el Derecho marroquí sus causas y procedimiento, *Vid.* OUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», en *Inmigración, Familia y Derecho*, ed., Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 289-314.

<sup>122</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *Boletín de Derecho de familia*, <http://www.welderecho.com>; núm. 93, sept. 2009; que nos matiza que dicha distinción sólo ha tomado cuerpo y se ha hecho visible en los textos legales muy recientemente, en los artículos 748.4 y 769.3 de la LEC 1/2000, de 7 de enero (EDL 2000\77463), y en el CC tras la reforma llevada a cabo

durante las crisis matrimoniales la diferencia de tales conceptos se agudiza, tal y como también sucede en el Derecho marroquí, pues si la guarda, la *hadana del Derecho marroquí*, supone un deber del padre y la madre mientras el vínculo persiste hasta la edad de los dieciocho años del menor (se ejerce de forma conjunta por ambos), en el caso del divorcio aquélla se atribuye a uno de los progenitores con el consiguiente derecho de visita al otro, con las matizaciones que introduce el Derecho español con la llamada custodia compartida<sup>123</sup>.

A mayor abundamiento, mientras en el Derecho marroquí la representación o defensa de los intereses del menor de edad sigue ostentándola el padre o tutor tras el divorcio, en el Derecho español, el llamado *ejercicio de la patria potestad*, es decir la toma de decisiones que afecten a las cuestiones o asuntos trascendentes en la vida y desarrollo integral de los menores, representarlos y administrar sus bienes, como regla general sigue siendo conjunto, en aras del principio de «corresponsabilidad parental» fomentado desde la Unión europea. Si bien, excepcionalmente, en aras del interés del menor el Juez puede decidir que, o bien que ejercite la patria potestad solamente un cónyuge; o bien que la ejerciten parcialmente ambos; esto es, parte del contenido lo ejercita un cónyuge (decisiones del ámbito patrimonial, por ejemplo); y la otra parte del contenido el otro cónyuge.

Por último, en esta materia ambos ordenamientos son permeables al criterio de salvaguarda del interés superior del menor. En concreto, la jurisprudencia menor española nos recuerda que a la normativa de protección del menor no le sean aplicables muchos de los conceptos propios del Derecho civil patrimonial, de modo que, antes de atender al interés económico hay que valorar la capacidad afectiva, el cariño, y la disponibilidad para dedicarse a los hijos. En consecuencia, circunstancias como la mejor posición económica de un progenitor no deben determinar que el interés superior del menor sea permanecer con él<sup>124</sup>.

---

en el mismo por Ley 15/2005, de 8 de julio (EDL 2005\83414), que reguló expresamente la guarda conjunta o compartida en el artículo 92, cuyo inciso final distingue claramente ambos conceptos al hablar «del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

<sup>123</sup> Vid. por todos, SOLÉ RESINA, J., y YSÁS SOLANES, M.: «Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo», *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado, ob, cit*, pp. 732-758.

<sup>124</sup> Ref. SSAP de Navarra de 29.1.1993 (AC 1993\67); de Palencia de 14.1.1998 (AC 1998\3193); y de Segovia de 21.1.1999 (AC 1999\2667); en TORRES PEREA, J.M., *ob, cit*, np.10, p.18.

## IV.2.B El contenido de la custodia o guarda en el Derecho español

Es lugar común en la doctrina que la *custodia o guarda* o cuidado directo del menor conlleva para el Derecho español una situación de convivencia (deber de tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral), y, por tanto, el derecho a tomar unilateralmente decisiones sobre los asuntos que deriven de la convivencia diaria o cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal y ordinaria en la educación y desarrollo del menor, pero no en la esfera que pueda considerarse extraordinaria en el desarrollo del menor.

En consecuencia, en los supuestos de crisis matrimoniales es donde más claramente se establece que, al margen de que el ejercicio de la patria potestad normalmente sigue perteneciendo a ambos progenitores, la custodia se adjudica a uno de ellos, y el derecho de vista al otro cónyuge; a excepción del caso en el que el Juez estime que la convivencia del menor ha de ser compartida (se han de dar una serie de requisitos, de proximidad geográfica; buena relación de los padres; al menos que el menor tenga al menos tres años; la opinión del menor; etc.), en la línea que recoge el anteproyecto Anteproyecto de ley *sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio*<sup>125</sup>. Incluso, la preferencia por la regla de la custodia compartida frente a la individual se ha positivizado en algunos ordenamientos jurídicos forales como el aragonés y valenciano, en concreto, en el artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Ara-

---

<sup>125</sup> [Http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html). En la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto se recoge: «(...) Sin embargo, a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.

La cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valenciana, que establecen la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o la de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guardia y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo».

gón, por el que se aprueba, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, como Ley 5/2011, *de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*.

No obstante, es interesante hacer referencia a que hoy en día existe una tendencia en los Jueces de Familia a considerar que la guarda y custodia se configura como una de las funciones que se integran en la patria potestad y, en consecuencia, no supone un status privilegiado del progenitor a quien se le otorga frente al otro. Asimismo afirman que la responsabilidad de los progenitores para con la descendencia es conjunta y cada uno de ellos asume la posición de garante del menor cuando el hijo se halla en su compañía.

En este sentido, la Sentencia de AP Córdoba de 31 de marzo de 2006 precisa unos criterios de interés respecto a los términos «guarda y custodia y régimen de visitas y estancias», que por ello recogemos: a) en primer lugar, que la convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no necesariamente al 50%; b) asimismo, que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, la separación o el divorcio lo único que implican es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos. c) y que el reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una sanción o castigo para uno de los padres; las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto del tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema «separación-remedio».

En cualquier caso, compartimos la opinión de los Jueces de Familia que advierten de la necesidad de superar la terminología actual<sup>126</sup> referida al régimen de guarda y custodia y régimen de

---

<sup>126</sup> En este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) n.º 7 de Sevilla de 11 de julio de 2008 (EDJ 2008/137400). A tenor de todo ello, dada la rivalidad parental apreciada (incluso, como se ha dicho en el citado informe pericial), lo cierto es que lo que corresponde a este Tribunal es intentar reducirla. Por ello en la parte dispositiva de esta resolución, se omitirá, de forma consciente, hacer referencia expresa al término de «atribución de custodia» y con la finalidad, se insiste, de eliminar, o al menos reducir, la carga e impacto emocional que es fuente y origen de conflictividad familiar. Por consiguiente, dada la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se entiende conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el de mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida. Esta decisión, especialmente, se adopta en beneficio de la hija menor, entendiéndose una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se

visitas para con la descendencia común en cuanto ello en ocasiones agrava incluso el conflicto familiar existente entre los litigantes debiendo en las resoluciones judiciales utilizarse expresiones que permitan configurar la estancia de la descendencia con cada progenitor como un reparto de la convivencia.

En cualquier caso, si se analiza la jurisprudencia española se puede concluir que el cónyuge custodio va a poder seguir tomando unilateralmente decisiones respecto: a) *al ámbito sanitario*, en orden a fomentar unos determinados hábitos de higiene y alimenticios, así como a decidir la aplicación al menor de todo tipo de actuación o tratamiento médico en supuestos de urgencia vital o lesión irreversible, sin perjuicio de dar cuenta inmediata al otro progenitor; b) *al ámbito educativo o escolar*, autorizando al niño para asistir a excursiones o actividades escolares, esporádicas o no permanentes, que impliquen salida del centro docente; inscribiendo al menor en el comedor; formulando solicitud de ayudas o becas para el transporte, material escolar; o, incluso, delegando a un familiar o adulto responsable la recogida del menor del colegio; etc.; y, *al ámbito de la vida cotidiana del menor*, al decidir el tipo de alimentación, clase de ropa y calzado, las actividades de ocio siempre que no impliquen un riesgo físico o psíquico grave para el menor, y al fomentar los hábitos de comportamiento del menor y, en definitiva, los actos que se realicen por uno sólo conforme a los usos sociales<sup>127</sup>.

En consecuencia, la custodia no permite adoptar unilateralmente por el progenitor custodio los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, debiéndose adoptar de mutuo acuerdo por ambos progenitores. Según la experiencia de los Tribunales los actos de extraordinario ejercicio son, entre otros y respecto a los que causan más controversia: a) *escoger el Colegio al que matricular al hijo* (público o privado; religioso o no, etc.); si ir o no a un Internado, o a estudiar fuera etc. –SSAP de Murcia de 16.2.1999–; de Sevilla de 26 de enero de 2006 (EDJ 2006/82795); de Tarragona de 16 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/262812), etc., b) *tomar decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor*; c) *dis-*

---

aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen compartimentos estancos que separen uno de otro.

En este mismo sentido se manifiestan las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia (Familia) nº 7 de Sevilla de 3 de diciembre de 2007 y de 21 de febrero de 2007, confirmando ese criterio la Sentencia de AP Sevilla de 31 de marzo de 2008.

<sup>127</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Comentario del Código civil*, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 551, para quién el uso social es: «en primer lugar, un acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor, tanto el referido a su persona como a sus bienes; y, en segundo lugar, que se trate de una actuación que por su propia naturaleza se repita con cierta frecuencia en la práctica».

*poner de bienes del menor; o ejercitar acciones judiciales en su nombre.*

Si bien, hay actos limítrofes difíciles de calificar de acto extraordinario u ordinario, pues a pesar de que están relacionados con el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana del menor, tienen innegable importancia en su proceso de formación integral (realización de excursiones escolares al extranjero; el sometimiento a revisiones pediátricas; o la administración de vacunas no obligatorias, o la determinación del tipo de actividades extraescolares que ha de realizar el menor; o la contratación del servicio escolar voluntario de asistencia psicológica, entre otras). Por ello, es interesante reseñar que para garantizar la toma en común de dichas decisiones extraordinarias, en la actualidad, los Tribunales establecen como medida garante el deber del progenitor custodio de informar periódicamente (mensual; trimestralmente) al no custodio sobre los aspectos relevantes de la vida del menor (SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2003); o en los casos más extremos derivar dicho deber de información periódica al Centro docente y al centro médico (SAP de Barcelona de 16 de octubre de 2007 –EDJ 2007\246116–).

En esta línea, pero mejorable, se encuentra la propuesta interesante y útil de ciertos Tribunales de recoger, como fórmula de estilo, en las resoluciones judiciales de atribución de ejercicio conjunto de la patria potestad los actos que se consideran de extraordinario ejercicio y cuáles no<sup>128</sup>.

Por último, hay que hacer mención al supuesto polémico y especial al cambio de domicilio del menor por parte del cónyuge

---

<sup>128</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *ob. cit.*, pp. 8-9, pues dicha propuesta traería como ventaja que el progenitor no custodio pudiera interponer (ante por ejemplo el cambio de domicilio o cambio del colegio del menor no consentido) una demanda ejecutiva pidiendo en ejecución de sentencia que se requiera al progenitor custodio que reintegre al menor (en tal caso, en forma más rápida y eficaz, procedería la ejecución forzosa, para deshacer lo mal hecho, conforme a las prescripciones del art. 710.1 LEC); ya que de lo contrario, aquél se vería obligado a interponer un procedimiento de modificación de medidas demandando que se declare y valore perjudicial para el menor el cambio; y, en su caso, se solicite el cambio del progenitor custodio; con lo que implica el paso del tiempo y que la situación de hecho creada favorezca a quién deliberadamente infringió el deber de consultar la decisión.

Asimismo, dicha previsión tienen una importante y positiva incidencia para las partes en el ámbito de los conflictos transfronterizos de matrimonios con elemento extranjero, propios del derecho internacional privado, y en su caso, la posible aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre *Los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores*, ratificado por España el 28 de mayo de 1980, o las contenidas en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, *relativo a Competencia, el Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y de Responsabilidad parental*, reglamento que en materia de sustracción de menores viene a modificación parcialmente la aplicación del Convenio de la Haya entre los Estados Miembros).

custodio para su desarrollo más específico en el epígrafe siguiente en orden a compararlo con la realidad marroquí.

#### **IV.2.C La hadana: referencia especial al derecho a la educación religiosa y al cambio de residencia, y a su comparativa con el derecho español**

##### **IV.2.C.a) NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA HADANA: SU SIGNIFICADO 129 (ARTS 163-186 CFM)**

Una vez expuesto el concepto de custodia en el Derecho español, es necesario advertir que en el Derecho marroquí la ya citada *hadana* aunque pudiera parecerse en el fondo es diferente a la custodia del Derecho español, dado que la concepción de las relaciones que entablan el padre y la madre con sus hijos en el ordenamiento marroquí presenta peculiaridades y diferencias respecto a la existente en el Derecho español<sup>130</sup>.

En concreto, la *hadana* consiste en un derecho de crianza, esto es, «en preservar y proteger al menor de lo que podría perjudicarlo, educarlo, y velar por sus intereses. La persona encargada de la *hadana* debe, en la medida de lo posible, adoptar todas las medidas que sean necesarias para la conservación y para la seguridad, tanto física como moral del hijo, velar por sus intereses en caso de ausencia de representante legal» (art. 163CFM). Siendo una novedad el que el artículo 166 CFM estipule que la custodia se prolongará hasta la mayoría de edad legal del menor con independencia del sexo (pues la Mudawana de 1957 preveía la custodia del varón hasta la mayoría y la de la mujer hasta su matrimonio).

En consecuencia, en sentido estricto, la *hadana* no ejerce la guarda jurídica, no teniendo la posibilidad de actuar en su nombre, frente al derecho español en el que, debido a que el cónyuge custodio, como regla general, conserva el ejercicio de la patria potestad, puede actuar en nombre del menor, e incluso sin ostentar dicho ejercicio, sí podría llevar a cabo él solo las decisiones derivadas de la convivencia.

<sup>129</sup> Malika BENRADI (coord.): *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaires*, Fondation Friedrich-Ebert, FesMaroc, enero, 2007.

Consultada en: <http://www.genreenaction.net/spip.php?article7565>

<sup>130</sup> Esta es una novedad igualmente del CF, pues las disposiciones de la antigua *mudawana* preveían que la *hadana* continúa hasta la mayoría de edad del niño y hasta el matrimonio de la niña. De tal modo que con el cambio el legislador ha querido recoger lo previsto en los convenios relativos a los derechos de los menores, entre ellos, el Convenio de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, del que Marruecos forma parte.

No obstante, si la pareja se separa o el matrimonio se disuelve, tal y como ya hemos apuntado, la *wílaya* la sigue ostentando el padre pero, respecto a la guarda o *hadana* el CF establece un orden de preferencia para determinar la persona a la que el ordenamiento le atribuye las funciones en que consiste aquélla: la madre, el padre y la abuela materna (art. 171 CFM)<sup>131</sup>. Si bien, se amplía de modo loable el papel del Juez de familia en la elección de la persona a quién se le atribuya la guarda teniendo en cuenta el interés del menor. En concreto, si los anteriores no aceptan o no cumplen las condiciones para salvaguardar el interés del menor, el Juez (previa petición del interesado o del Ministerio Fiscal) escogerá entre los parientes próximos y otras personas, y a falta de éstos, optará por una de las instituciones habilitadas a este efecto (art. 165). Naturalmente, como establece el artículo 180 CFM el progenitor que no ostente la guarda del hijo tendrá el derecho de visitarle y recibir su visita, régimen que se dejará en manos del padre y de la madre, quiénes, después de acordarlo, lo pondrán en conocimiento del tribunal<sup>132</sup>.

A mayor abundamiento, respecto a la *hadana* resaltamos seis ideas de interés:

i) *En primer lugar*, el CFM prevé las condiciones para que las personas a las que el ordenamiento atribuye el derecho de *hadana* pueda ejercerlo; perdiéndolo las personas que no reúnan alguno de los requisitos del artículo 73: tratarse de personas mayores de edad si no son progenitores del niño o de la niña; rectitud y honradez; capacidad para educar, proteger y velar por el menor, espiritual, física y moralmente, y controlar sus estudios; y, por último, la soltería de la persona que solicite el derecho, salvo en determinados supuestos previstos en los artículos 174-175 CFM, a los que aludiremos posteriormente. En lo que concierne al requisito de la capacidad para educar y proteger al menor, etc., se han pronunciado los Tribunales marroquíes en el sentido de que «no es razón para la pérdida de la custodia el hecho que la mujer ejerza una profesión administrativa o educativa que no le ocupa mucho tiempo, puesto que no le impide vigilar al custodiado» (Sentencias del TS, núm. 33, de 10 de febrero de 1975, y núm. 327, de 28 de marzo

<sup>131</sup> ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant...» ob, cit, p.n347, indica las condiciones a cumplir por la persona que pretende la guarda: a) la mayoría legal para las personas diferentes a los padres; b) la rectitud y honestidad; c) la aptitud para asegurar la educación y la guarda del menor, su orientación religiosa, su seguimiento sanitario, educativo y escolar; d) el no matrimonio, salvo ciertas excepciones reguladas para la madre del menor.

<sup>132</sup> En caso de fraude en la ejecución del acuerdo o de la resolución, el juez podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias modificando el régimen de visitas establecido o, incluso, decretando la retirada de la custodia (art. 184 CFM).

de 2000). Se trata en realidad de un tema discutido por los teólogos musulmanes, que, sin embargo, queda claro en los artículos 5-8 de la Constitución de Marruecos como en el capítulo I del Dahir de 24 de febrero de 1958, que prevén que la mujer no pierde el derecho a la *hadana* por el mero hecho de que realice una actividad laboral, salvo que se pruebe ante el Juez que su trabajo perjudica al custodiado<sup>133</sup>.

ii) *En segundo lugar*, se marca la edad de *quince años para que el menor que se encuentra sometido a la hadana pueda decidir* la persona que ejercerá este derecho, que pueden ser sus progenitores o algunos de sus parientes (en caso de que no viva ninguno de los dos), con la única condición de que su elección no sea contraria a sus propios intereses y cuente con el acuerdo de su representante legal; aunque, en la práctica en la mayoría de las ocasiones recae en la madre, la cual, con el actual CF y siguiendo la jurisprudencia anterior, no la pierde aún en caso de segundo matrimonio (art. 166.2)<sup>134</sup>.

iii) *En tercer lugar*, la interesante *coordinación*, prevista por el nuevo Código de Familia, de las competencias de la persona que tiene la guarda y las del representante legal en el sentido de que en los casos en los que exista confusión entre los intereses personales y los patrimoniales del menor pueda existir una transferencia de competencias del padre que ostenta la tutela o representación a la madre para que ésta, en caso de ausencia del padre o cuando se tema por los intereses del menor, pueda ejercitar y gestionar los asuntos y negocios del menor.

iv) *En cuarto lugar*, es una novedad que la fijación de los «*gastos de alojamiento*» del menor sometido a la *hadana* de la madre es independiente de la pensión de alimentos, de tal modo que el Juez no puede proceder a la expulsión del menor sometido a guarda del domicilio conyugal que tras la ejecución del juicio relativo a su alojamiento (art. 168)<sup>135</sup>. Esto es, tras la entrada en vigor del nuevo CFM la jurisprudencia reconoce a los hijos el derecho a permanecer en el domicilio (conyugal), con independencia de las demás obligaciones que recaigan sobre el padre como representan-

---

<sup>133</sup> Vid. OUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», *ob. cit.*, p.130.

<sup>134</sup> A pesar de que este criterio (art. 166.2) fue criticado por el sector conservador, por entender que se concedía al niño una libertad incompatible con una edad en la que éste es inconsciente de su propio interés; sin embargo dicha disposición se mantiene en el vigente CFM respondiendo así el legislador de 2004 a las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que Marruecos ha ratificado (Vid. CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p. 156).

<sup>135</sup> El Juez puede, de oficio, solicitar la colaboración de los servicios sociales con el fin de elaborar un informe sobre el alojamiento de la persona guardadora, y sobre las condiciones en las que provee a las necesidades materiales y morales del menor.

te legal. En este sentido, citamos la Sentencia del TS (núm 533), de 23 de noviembre de 2005, que indica que «el artículo 168 del Código de Familia prevé que el responsable de la manutención del hijo ha de asegurar también un domicilio digno o abonar una cantidad de dinero que permita alquilar una vivienda».

v) En *quinto lugar*, el *derecho de visitas* puede acordarse por los padres, pero en caso de desacuerdo el Juez lo fijará precisando el tiempo y lugar y tomando las precauciones necesarias para evitar el fraude a su ejecución, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Pero si aparecen nuevas circunstancias se puede demandar la revisión, parece que tanto por parte del padre como de la madre en régimen de igualdad (art. 183). E, incluso se puede acordar el derecho de visitas de los abuelos pero sólo para el caso de muerte de alguno de los padres (art. 185), a diferencia del derecho español en el que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, *de modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos* modifica los artículos 90.b y 94 CC en el sentido de que el convenio regulador de separación judicial y divorcio deberá contener, «si se considera necesario» el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, y en el caso en el que no exista convenio regulador el Juez podrá establecer dicha medida<sup>136</sup>.

vi) En *sexto lugar*, y por último, es una novedad loable el hecho de que el matrimonio de la madre que ostente la *hadana* no conlleve su pérdida de la *hadana* si el menor tiene menos de siete años o que se encuentre enfermo, o si el hecho de separarse de su madre puede conllevarle algún perjuicio; superando, de este modo el antiguo dilema entre renunciar, bien a su derecho natural al matrimonio, bien a su derecho maternal. No obstante, en este supuesto el padre se libera de la deuda del gasto de alojamiento y de la remuneración de la *hadana*, siguiendo obligado solamente a la pensión de alimentos respecto a sus hijos.

Al respecto, es interesante la sentencia de la Corte de apelación de Rabat de 7 de febrero de 2005<sup>137</sup> en el que los magistrados hacen una aplicación estricta de las disposiciones del artículo 175 CFM en relación al matrimonio de la madre encargada de la guarda de su hija, a la cual no se le privó de su guarda pues la menor no había aún alcanzado dicha edad, a pesar de los problemas de dere-

<sup>136</sup> GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, ed., Cuadernos Cívitas, Madrid, 2004, y la bibliografía que cita.

<sup>137</sup> Sentencia n° 42, de 7 de febrero de 2005, n° 165/2004/10, inédita, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Rabat, juicio n° 94, de 19 de abril de 2004, dossier n° 1214/03/inéditas, en BENRADI, Malika (coord...), *Le code de la famille...*, ob, cit, np. 41-42, p. 254.

cho transitorio que planteaba la sentencia. En sentido parecido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de primera instancia de Kénitra de 14 de diciembre de 2005 (dossier nº 2871/05). De otra parte, y en lo que respecta al supuesto de que el menor se encuentre enfermo, la Sentencia del TPI de *Agadir* (núm. 352/98 de 4 de junio de 1998) concedió la *hadana* de una niña que tenía una enfermedad grave a la madre, dado que requería atenciones y cuidados que sólo podían ser atendidos por ella<sup>138</sup>.

En realidad, y según un estudio acometido por la doctrina, la mayoría de las sentencias emitidas por los Tribunales de primera instancia hacen una aplicación estricta del Código, y cuando esto no ocurre, como en el caso de la sentencia analizada, los Jueces de segunda instancia o en apelación no dudan en censurar dicha decisión<sup>139</sup>. En esta línea, y en aras de la salvaguarda del interés preponderante del menor, la sentencia de la Corte Suprema de 9 de mayo de 2007 (nº 263) alega que la Corte de apelación desconoció dicho interés del menor al decidir devolver el menor a su madre (en base a que no había ninguna declaración judicial que privara a la madre de la guarda) cuando el menor ya tenía cumplidos siete años, llevaba viviendo con el padre más de cuatro años sin oposición de la madre, y rechaza categóricamente la guarda de la madre<sup>140</sup>.

En definitiva, el padre, la madre y los parientes próximos tienen el derecho de seguir y controlar las condiciones en las que se encuentra el menor sometido a guarda, y deben avisar al Ministerio Público de todos los perjuicios a los que el menor será sometido<sup>141</sup>.

#### IV.2.C.b) REFERENCIA ESPECIAL A LA EDUCACIÓN (RELIGIOSA) Y AL CAMBIO DE DOMICILIO POR LA MADRE QUE OSTENTA LA HADANA

La nueva *Mudawana* ha ampliado las facultades de intervención del juez de lo civil en la justicia familiar, tanto en el caso de obstaculización del derecho a la escolarización de parte de uno de los padres, y también en el supuesto del rechazo del representante legal a dar su acuerdo para que el menor sometido a la *hadana* viaje fuera de Marruecos. Pues en estos casos el Juez puede otorgar una autorización a dicho efecto tras haberse asegurado del carácter

<sup>138</sup> Citada por QUALD ALI, K., *ob. cit.*, p. 311.

<sup>139</sup> BENRADI, Malika (coord.): *Le code de la famille...*, *ob. cit.*, p. 256.

<sup>140</sup> ALHARR, ZA., *L'enfant en droit marocain*, *ob. cit.*, p. 243.

<sup>141</sup> Para el análisis de estos puntos hemos seguido a: ALHARR ZA.: «Les droits de l'enfant en droit marocain», *ob. cit.*, p. 243; y ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant...», *ob. cit.*, 345-346.

temporal del viaje y del retorno a Marruecos del menor sometido a guarda en el inicio del viaje (arts. 178 y 179).

En concreto, en lo que respecta al *derecho al cambio de residencia* hay que distinguir dos supuestos: a) el cambio de residencia dentro de Marruecos de la mujer que tiene la guarda o de su representante legal no conlleva la pérdida de la *hadana*, salvo que así lo estime el Juez en beneficio del interés del menor teniendo en cuenta circunstancias tales como la distancia que separa al representante legal de su hijo (art. 178 CFM). b) El cambio de residencia fuera de Marruecos si el representante legal se niega, no conllevaría la pérdida en el caso de que el Juez intervenga a favor de la autorización solicitada por la guardadora, si se cumple la condición del carácter provisional del viaje y que la madre guardadora garantice el retorno del menor a Marruecos. En realidad, el tribunal puede, a petición del Ministerio Público o del representante legal del menor, prever o recoger explícitamente en la decisión judicial que otorga la guarda, o en otra decisión posterior, la prohibición de llevarse al menor de viaje fuera de Marruecos sin el acuerdo de su representante legal. El Ministerio Público ha de notificar dicha decisión a las autoridades competentes a fin de tomar las medidas necesarias para asegurar su ejecución (art. 179 CFM)<sup>142</sup>.

En lo que se refiere al Derecho interno español, tal y como se ha visto, éste no determina con claridad las funciones inherentes a la patria potestad, diferenciándolas de las que corresponden a quien ostenta los derechos de custodia exclusiva, ni determina, en consecuencia, a cuál de los progenitores, en caso de conflicto, corresponde decidir el lugar de residencia del menor. No obstante, sostiene González Del Pozo, y lo corrobora jurisprudencia constante, con ciertas excepciones,<sup>143</sup> que existen sólidos argumentos para defender que el derecho a decidir sobre el cambio de residencia habitual de un menor forma parte de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre el mismo y que, por tanto, en los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, para su adopción, del consentimiento del no custodio o, en su defecto autorización judicial. Las razones que sostienen esta tesis son, entre otras: a) el cambio de residencia habitual del menor constituye *una decisión* que debe adoptarse por ambos progenitores al venir *enmarcada dentro de la función de velar por los hijos*

<sup>142</sup> ABDELLAOUI, Z.A.: «La garde de l'enfant...», *ob. cit.*, p.349.

<sup>143</sup> Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», *Diario La Ley*, núm. 6886, 19 feb. 2008 (La Ley 1089/2008), el autor cita una copiosa jurisprudencia sobre el tema que pone de manifiesto cómo no existe una respuesta unánime en la jurisprudencia menor de las audiencias a la cuestión planteada.

que compete tanto al progenitor custodio como al no custodio; b) *el cambio del lugar de residencia habitual de un menor*, con traslado de su domicilio a otra población y subsiguiente cambio de colegio o institución de enseñanza, *es una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor*; c) el cambio del lugar de residencia habitual de un menor a otra localidad distinta *—más alejada— comporta una alteración sustancial de las condiciones de ejercicio del derecho de relación del progenitor no custodio con el menor*, d) el sometimiento de la facultad de fijar el lugar de residencia del menor al régimen del previo consentimiento del no custodio, o subsidiaria autorización judicial, garantiza y asegura la mejor protección de los intereses del menor al someter la procedencia y conveniencia del cambio a una valoración judicial *ex ante*; e) *esta exigencia de consentimiento del progenitor no custodio no coarta ni limita el derecho fundamental del progenitor custodio*, reconocido en el artículo 19 CE de fijar libremente su domicilio y residencia.

Consumado el cambio de residencia del menor decidido en solitario por el progenitor custodio, la cuestión objeto de debate en el oportuno procedimiento no será a cuál de los progenitores le correspondía ejercitar aquella facultad, sino determinar si el cambio ya realizado, es o no beneficioso para el menor<sup>144</sup>, y, supuesto que no lo sea, si debe mantenerse la guarda en el mismo progenitor o atribuirse al que, hasta entonces, era el no custodio, o, de mantenerse la guarda y custodia, qué adaptaciones o ajustes han de introducirse en el régimen de visitas y estancias para adecuarlo a la nueva situación.

Tras lo expuesto, llegado este punto creemos que es necesario incidir en que el hecho de que la madre marroquí que ostente la *hadana* no pueda cambiar de residencia no es en razón de que la *hadana* tenga un contenido diferente y discriminatorio respecto al contenido de la guarda y custodia en otros ordenamientos europeos, por ejemplo el español, tal y como lo refrenda la jurisprudencia española. La diferencia reside en que el nuestro ordenamiento el cónyuge que ostente la guarda normalmente también tiene el

---

<sup>144</sup> Al respecto, los Jueces valoran como circunstancias a tener en cuenta para resolver si el traslado de residencia del progenitor custodio con el menor debe dar lugar o no a un cambio de progenitor custodio entre otras, las siguientes: la voluntad de los propios menores cuando por su edad, tienen suficiente juicio y madurez para formar una opinión fundada; el arraigo y apoyo familiar de que goce el progenitor custodio en la nueva localidad de residencia y la corta edad del menor; la motivación del progenitor custodio para el cambio de residencia y, en especial, si el mismo obedece a motivos laborales, así como otras múltiples circunstancias como que no implique ejercicio abusivo de la patria potestad, la necesidad de los hijos de romper con el entorno anterior e iniciar una nueva etapa de su vida, etc.

ejercicio de la patria potestad, lo que implica que dicha decisión que excede de las decisiones ordinarias ha de tomarse conjuntamente por ambos progenitores que ostentan el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, lo que es discriminatorio es la pérdida de la guarda por la madre por dicho cambio de residencia, ya se produzca ésta por su iniciativa o por el del titular. Pues, además, según Foblets, la Corte Suprema marroquí se decanta por la retirada de la guarda automática, tal y como lo ratifica una sentencia posterior a la reforma del CF que ha resuelto que el tutor legal puede volver a tener la guarda del menor sin tener que ejercitar ninguna acción judicial basándose en la tesis de un gran erudito malékita (*Khalil*) según el cual quién tiene un derecho reconocido por la *Sharia* puede recuperarlo sin pasar por la justicia<sup>145</sup>.

En segundo lugar, y en lo que al *derecho a la educación* se refiere, no podemos olvidar que la nueva *Mudawana* recoge de modo novedoso que tanto el padre como la madre deben velar por la educación y orientación escolar de los hijos; si bien, en caso de divorcio, el menor no debe pasar la noche fuera del domicilio que tiene la guarda al menos que el Juez decida que es en interés del menor.

Ahora bien, la educación religiosa es un deber del padre que ostenta la tutela (pues como hemos visto la religión es consecuencia del vínculo de filiación paterno no del materno), de tal modo que, al ser la religión una cuestión de orden público, el nuevo CF limita el derecho del menor de quince años a escoger el progenitor que ostente su guarda al no poder escoger un custodio que no ejerza la religión musulmana. Incluso, la no educación en la religión musulmana ha sido la causa más utilizada para privar de la *hadana* a la madre no musulmana, junto con su cambio de residencia, pues se considera, tal y como ya se ha dicho, de orden público que el hijo sea educado en la religión islámica de su padre. Así se desprende del artículo 173.3 CFM al mencionar la salvaguarda del menor desde el punto de vista religioso entre las condiciones que se consideran necesarias para la atribución de la guarda<sup>146</sup>.

En razón de dicha limitación Marruecos ha realizado una reserva al derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 14 de la Convención de los derechos del Niño, ratificado por Marruecos, entendiéndose que una libertad religiosa que le permitiera cambiar su religión iría contra las disposiciones de la *Sharia*<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> FOBLETS, M.-C., y CARLIER, J.-I., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 92-93.

<sup>146</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e Inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Caix Fundación Caja Pensiones, 2000, p. 85.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 99.

#### IV.2.D **La pensión de alimentos a los hijos tras la ruptura conyugal**

El derecho que los hijos tienen de ser alimentados por sus padres como una carga del matrimonio se transforma en pensión cuando los hijos no viven con sus padres, bien por decisión de éstos, bien porque los padres están divorciados.

El Código de Familia de 2004 refuerza los derechos de los hijos tras las crisis matrimoniales por las siguientes razones. El art. 168 CF prevé que la vivienda, los alimentos y la remuneración de la guarda –los gastos de la madre guardiana– sean independientes. Los hijos que se benefician de la guarda (hasta la mayoría de edad) sólo deben abandonar el domicilio conyugal si el padre les ha previsto otro alojamiento adecuado. Es al padre a quien toca la obligación de garantizar el mantenimiento de los hijos en el domicilio familiar o el que debe entregar la suma necesaria para alquilar una vivienda. Sin embargo, el artículo 199 CF indica que si el padre es total o parcialmente incapaz de asumir la carga y la madre tiene recursos, ésta deba llegar allí donde los recursos del padre no llegan para garantizar la pensión a los hijos<sup>148</sup>. Así mismo, la guarda de la madre divorciada se remunera (art. 167) por parte del que debe proporcionar los alimentos a los hijos (el padre) que debe igualmente garantizar, en principio, el alojamiento del menor. De lo que cabe extraer que la madre guardiana no ha de ser tampoco expulsada del domicilio, si el marido es el propietario y no puede proporcionar otro alojamiento adecuado.

Ahora bien, la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos a los hijos está sometida a criterios objetivos de fijación/moderación tales como los ingresos o capacidad económica del obligado, la situación de quién tiene derecho, los usos y costumbres del medio social en el que se debe la pensión (en base a las pruebas de ambas partes, y, en su caso, a la ayuda de un experto contable para la determinación de los ingresos de la persona obligada).

Es loable, dado el aspecto vital de este deber de alimentos, que para la fijación de dicha pensión se haya adoptado un proceso expeditivo al deber determinarse la pensión en el plazo máximo de un mes (art. 190 CF). Asimismo, es una novedad interesante que se haya previsto la posibilidad de ejecutar el pronunciamiento relativo a la pensión a través de la retención del salario percibido por el padre; aunque, respecto a esta cuestión, un estudio reciente acometido en base a encuestas a los justiciables pone de manifiesto que el respeto estricto de dicho plazo no se cumple y plantea problemas<sup>149</sup>.

<sup>148</sup> Si el padre sin excusa válida deja de pagar dicha pensión durante el plazo de un mes, da lugar al abandono de familia (*Vid. ALHARR, Z., ob, cit, p. 244*).

<sup>149</sup> BENRADI, Malika (coord...): *Le code de la famille, ob, cit, p. 253*.

Sin embargo, este modo de ver las cosas puede no adaptarse a la realidad cuando, en contexto de inmigración<sup>150</sup>, ambos padres obtienen recursos económicos. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\261212), adapta el derecho marroquí en un caso en el que se solicita la revocación parcial de la sentencia de primera instancia que decreta la separación matrimonial, con la única pretensión de que se rebajen los alimentos y se elimine la obligación de pagar el alquiler de la vivienda familiar y la deuda acumulada por tal concepto, para evitar el desahucio.

Respecto a la obligación de alimentos considera la Audiencia que: «La *Mudawana*, o ley de familia del Reino de Marruecos, país de nacionalidad común de ambos litigantes y de sus hijos, establece en sus artículos 54.3 y 198 la *obligación de alimentos consecuyente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores.*» Respecto a la obligación de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, el tribunal acoge parcialmente la pretensión revocatoria: «El Derecho marroquí, por otra parte, preceptúa en la *Mudawana*, artículo 171, que el progenitor a quien se atribuya la custodia de los hijos tras la crisis conyugal, debe garantizar un alojamiento decente para los mismos, siendo ésta una de las obligaciones de la pensión», *lo que debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad de facilitar y proveer de morada digna a los hijos, es en el caso de autos, de la madre con la que han quedado conviviendo, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión, a los alimentos del menor que, en la formulación de la teoría general de tal institución jurídica, comprende no únicamente la manutención alimenticia, sino también el vestido, la sanidad, la educación y la habitación. Establecer otra cosa atentaría, incluso al derecho de la mujer a establecer su residencia donde tenga por conveniente, y con quién tenga por conveniente, al vincular el domicilio del núcleo familiar materno a la vivienda cuyo alquiler paga el ex*

<sup>150</sup> Sobre este tema, Vid. VIDAL CARDONA, Ana M.<sup>a</sup>: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan intervenen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua), pp. 360. Se puede consultar en: <http://www.tesisexarxa.net/TDX-0226109-094805/>, considera que la regulación contenida en la nueva *Mudawana* sobre relaciones paternofiliales, así como régimen de visitas y pensiones alimenticias y el deber de garantizar una vivienda son perfectamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que deben estar inspiradas en el interés superior del menor que también asume nuestro Derecho de familia. Son más discutibles algunas previsiones limitando el derecho de guarda de la madre y el de la tutela sobre el menor, que para admitirlas tendrían que respetar en el caso concreto no sólo el principio de igualdad sino el de protección máxima del menor.

*marido, lo que vulneraría derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española, que amparan a todos los ciudadanos que, sean nacionales o no, residan en el territorio español».*

El resultado que ofrece la Audiencia es ecuaníme<sup>151</sup>. No obstante, el Código de familia exigiría que el padre, que es el tutor legal, se haga cargo de la vivienda de los hijos. La madre, que sólo tiene la guarda física, no es la que elige tal alojamiento. Sobre la base de los artículos 54.3 y 198 del CF marroquí, la Audiencia Provincial considera que existe una obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores. Pero respecto a la obligación que le ha sido impuesta de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, la pretensión revocatoria se recoge parcialmente. La Audiencia Provincial atiende a las posibilidades de ambos esposos; es más, interesa destacar que se atiende a que, conforme al artículo 171 del CF, la guarda se confía, en primer lugar, a la madre tras la crisis conyugal, lo que el Tribunal interpreta como responsabilidad aneja de proveer una morada digna a los hijos, si conviven, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión de los alimentos. Finalmente, el Tribunal intenta adaptar las disposiciones a la situación real de los padres, pues los dos trabajan y pueden repartirse las cargas correspondientes, disponiendo que el pago del alquiler se integre parcialmente en la pensión de alimentos «puesto que la madre también obtiene ingresos propios».

## V. LA PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE EL FALLECIMIENTO DE SUS PADRES O EL ABANDONO DEL MENOR. LA PECULIARIDAD DE LA TUTELA TESTAMENTARIA Y DATIVA EN MARRUECOS

### V.1 LA TUTELA JUDICIAL EN ESPAÑA

Partimos de la idea básica de que la tutela en España, a diferencia de la marroquí que la prevé para el menor con padres, no se abre más que ante el fallecimiento de los padres o cuando se les

<sup>151</sup> Acerca de esta sentencia *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOU, K., y TAGMANT, M.: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes*, volumen I, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, pp. 145-147. Se puede consultar en: [http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado\\_332/2/id\\_contenido/1142/id\\_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado\\_332](http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/2/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332)

priva de su autoridad o ejercicio en los casos que establezca la ley. La institución de guarda de la tutela es una auténtica *potestad* (al igual que la patria potestad) al ser un conjunto de derechos y deberes que se han de ejercitar en interés del menor y del incapaz. Además, según el artículo 216 CC, la tutela se ejercita «*bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 216 CC)*», habitando por ello al Juez para acordar de oficio, o a instancia de interesado o del Ministerio Fiscal las medidas cautelares previstas en el artículo 158 CC.

Asimismo, desde otro punto de vista, la tutela es un auténtico «*deber jurídico*», pues no cabe renunciar a ella, solo *excusarse*, la cual tiene como base la concurrencia de una circunstancia que la ley considera suficiente para justificar la pretensión de la persona designada para el cargo tutelar de eximirse del deber de ejercerlo. Si bien, es la autoridad judicial la que ha de resolver sobre su admisión o no<sup>152</sup>. Y la resolución que constituya la tutela habrá de inscribirse en el Registro civil (art. 218 CC), en la sección llamada «*de las tutelas y representaciones legales*», siendo el Registro competente para la práctica de la inscripción es el del domicilio de la persona sometida a la potestad de guarda en el momento de constituirse ésta<sup>153</sup>.

Una vez enmarcada la tutela como cargo tutelar y sus características esenciales, hay que decir que según el artículo 222 CC, la tutela se constituye para proteger y suplir la falta de capacidad de obrar de *los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad* (por muerte, desconocimiento de filiación, declaración de fallecimiento, etc.)<sup>154</sup>. Al respecto, la tutela implica por quien ocupa el

<sup>152</sup> Será excusable el desempeño de la tutela cuando ésta resulte gravosa a causa de una enfermedad, la edad, ocupaciones personales, por falta de vínculos de cualquier clase entre el tutor y tutelado o por cualquier otra causa (art. 251 CC). Y lo podrá alegar en el plazo de 15 días a contar desde que tuviese conocimiento del cargo, y antes de la designación. Y después de la designación sólo podrá excusarse (por los mismos motivos) si existen personas que puedan sustituirle. Asimismo, las personas jurídicas, señala el artículo 252.2 CC podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. Si bien, no existe la posibilidad de excusa para las entidades públicas a las que corresponda la tutela automática en los casos de desamparo de menores (art. 172 y 239 CC) –SAP de Huelva de 30 de noviembre de 2000).

<sup>153</sup> Otros caracteres comunes a la función tutelar son: 1) *El CC protege a la persona que ejerce la función tutelar que en el ejercicio de la misma sufra daños y perjuicios sin su culpa*, pues, según el artículo 220 CC tiene derecho a recibir una indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 CC). 2) *Actos prohibidos a quienes desempeñan un cargo tutelar*: 1) recibir liberalidades del tutelado antes de haber aprobado definitivamente la gestión, 2) adquirir por título oneroso bienes del tutelado (esta prohibición es criticable porque siempre que fuera con autorización judicial se podría velar porque el tutor no abusara de su cargo y hubiera una compraventa con un precio justo); y 3) representar al tutelado cuando intervenga en interés propio y del tutelado.

<sup>154</sup> Y también sobre los incapacitados judicialmente, cuando la sentencia opta por tal régimen en atención al escaso grado de discernimiento del sujeto afectado, y porque no procede la prórroga o rehabilitación de la patria potestad por no darse las circunstancias exigidas legalmente para ello (art. 171 CC).

cargo de tutor una potestad general, y de ejercicio continuado, sobre la persona y los bienes del tutelado que alcanza la representación de éste, es decir, el tutor, al igual que en la patria potestad, sustituye la voluntad del menor y decide por él. Si bien, aún siendo la tutela funcionalmente equiparable a la patria potestad, queda sujeta a un régimen de fiscalización y control judicial que no está previsto para aquélla (principio de desconfianza del tutor).

Es preciso un acto formal de constitución de la tutela que corresponde, en el sistema actual, a la autoridad judicial. Es el Juez quién efectúa en todo caso, previa selección, el nombramiento de tutor y le da posesión del cargo, pudiendo hacer éste que recaiga en una (o varias) persona física o jurídica. En la misma sentencia que declare la incapacitación, se podrá nombrar al tutor (es una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 –art. 760.2–).

En concreto, el procedimiento se puede iniciar a instancia de parte o de oficio: I) *A instancia de parte*: hay determinadas personas que están obligadas a promover o pedir la constitución de la tutela que son (art. 229 CC): Los mismos *parientes* llamados a ser tutores por la ley<sup>155</sup>, y que son: a) el designado por el propio tutelado (autotutela), si bien, este supuesto en el práctica tiene aplicación para el incapaz pero no para el menor de edad<sup>156</sup>; b) el cónyuge que conviva con el tutelado; c) los padres; d) las personas designadas por éstos en las disposiciones de última voluntad o documento público notarial; e) y los descendientes, ascendientes y hermanos que designe el Juez. Y *el guardador de hecho*. II) *A instancia de oficio*: según el artículo 228 CC si el Ministerio Fiscal o Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, podrá el primero y dispondrá el segundo la constitución de la misma. Por otra parte, dado el carácter tuitivo y protector de toda actuación relativo al cuidado de menores, la Ley facultad a cualquier persona (un trabajador social) aunque no esté obligada, a intervenir en la incoación de la tutela poniendo en conocimiento del Ministerio fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 CC.

Una vez iniciado el procedimiento, el Juez deberá *oír* a los parientes más próximos, a todas las personas que considere oportu-

<sup>155</sup> Según el artículo 234 CC modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, Ley de Enjuiciamiento civil y normativa tributaria*.

<sup>156</sup> Pues según el artículo 223 CC la persona en previsión de su futura enfermedad o incapacidad puede adoptar por documento público notarial cualquier disposición relativa a su persona y bienes, incluida la designación de tutor. Estos documentos públicos se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado (autotutela).

no, y al tutelado si tuviere suficiente juicio y en todo caso si es mayor de doce años. Tras la tramitación del procedimiento, el Juez procederá a nombrar al tutor, y según el artículo 234 CC el Juez, en principio, habrá de respetar un orden (el referido anteriormente: el designado por el propio menor, cónyuge, padres, etc.). Por tanto, el Juez podrá alterar dicho orden si el beneficio del menor lo exige designando la persona que crea conveniente (para ello, el Juez tendrá en cuenta la integración del tutelado en la familia del menor). Incluso, el artículo 235 CC permite que el Juez pueda nombrar a personas diferentes de las previstas en el artículo 234, por ejemplo, nombrar tutora a una persona jurídica, siempre que lo considere conveniente para el interés del menor de edad. La regla general es que la tutela sea unipersonal, pero excepcionalmente se pueden nombrar varios tutores (por ejemplo, cuando sea conveniente nombrar un tutor de la persona, y otro tutor del patrimonio).

No hay que olvidar que la capacidad requerida para ser tutor es para la persona física que sea capaz de obrar y que no esté incurso en causa de inhabilidad (estar privado o suspendido de la patria potestad; los condenados a cualquier pena privativa mientras estén cumpliendo la misma; las personas que tengan una enemistad manifiesta, personas de mala conducta, etc.); y para la persona jurídica, que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección del incapaz (art. 241 CC).

Resaltar que el Ministerio Fiscal, mientras se constituye la tutela, representará legalmente al menor de edad según el artículo 299 bis CC (y sólo para los bienes podrá nombrar el Juez un administrador).

Una vez nombrado, el tutor entra en posesión del cargo<sup>157</sup>, y tiene como obligaciones y derechos los siguientes: *a) Representar al menor de edad, esto es ejercitar los derechos personales y patrimoniales del pupilo en su nombre*, salvo para aquellos actos que determine la ley que el menor pueda realizar por sí solo, como son los derechos de la personalidad según lo dispuesto en el artículo 162 CC. A pesar de las facultades de representación que ostenta el tutor, éstas se encuentran limitadas para determinados actos jurídicos que requieren *autorización judicial*, por ejemplo: para internar al menor; enajenar o gravar bienes inmuebles; realizar actos con carácter dispositivo susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito bienes del tutelado, etc., (art. 271 CC). Pues si no

---

<sup>157</sup> El tutor tendrá como obligaciones legales: 1) hacer inventario de los bienes del tutelado en un plazo de 60 días, 2) constituir una fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 259 y 260 CC) si así lo estima conveniente el Juez; y la constitución de un depósito, cuando el Juez considere que algunos bienes (joyas) no deben quedar en posesión del tutor (estas obligaciones que no tienen los padres, se basan en el principio de desconfianza del tutor).

se cuenta con la autorización judicial el acto es nulo. *b) Administrar sus bienes* con diligencia media (la de un buen padre de familia), a excepción de que se haya nombrado un tutor de los bienes, y el sólo sea tutor de la persona. El tutor debe rendir anualmente cuentas de la administración (art. 270 CC).

En lo que concierne a la *esfera personal*, el tutor debe (art. 269 CC): a) *velar por el tutelado*, esto es, cuidar física y moralmente del tutelado y vigilar el comportamiento de cuantas personas colaboren en la formación integral, sin ser precisa la convivencia con el tutor. Ahora bien, si la integración en la vida de familia del tutor fue la circunstancia en la que se basó el juez para seleccionar la persona idónea para el cargo, el tutor debe tener en su compañía al tutelado y si no lo hace está incurriendo en causa de remoción, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidad que proceda; b) *procurarle alimentos*, bien utilizando el patrimonio del tutelado, bien reclamándoselos a la persona obligada legalmente a proporcionarlos; c) *educarle* y procurarle una formación integral; promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad; d) a *informar anualmente sobre la situación* del menor al Juez. e) Y según la reforma del actual artículo 268 CC por la Ley de la Adopción Internacional de 2007, *respetar la integridad física y psíquica del tutelado*; teniendo como derecho el tutor exigir el respeto y obediencia del menor, y ser remunerado siempre que el patrimonio del tutelado lo permita (art. 274 CC).

Finalmente, dejar constancia que la remoción del tutor se podrá llevar a cabo por incurrir en causa de inhabilidad después de deferida; por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por notoria ineptitud de su ejercicio, o por problemas graves de convivencia entre el tutor y tutelado (art. 247 CC). Frente a la extinción de la tutela que se lleva a cabo por llegar el menor a la mayoría de edad; por fallecimiento del menor, o por recuperación de la patria potestad en su caso (art. 276 y 277 CC). Si bien, lo importante es que al cesar en su cargo debe rendir «cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial» en el plazo de tres meses (art. 279 CC).

## V.2 LA TUTELA TESTAMENTARIA Y DATIVA EN EL DERECHO MARROQUÍ<sup>158</sup>

En el Derecho marroquí la tutela testamentaria y dativa está regulada, junto a la tutela legal en el título II del Libro IV del CF

<sup>158</sup> Para el estudio de la tutela con anterioridad a las reformas, *Vid.* COLOMER, A.M.: «La tutelle des mineurs dans la Moudawwana a Code du statut personnel marocain», *Revue internationale de droit comparé*, vol 13, n° 2, abril-juin 1961, pp. 327-337.

de 2004 intitulado «De la representación legal» (arts. 244 a 264). Así, el artículo 229 CFM dispone que la representación legal del menor quedará garantizada por la tutela legal (*wîlaya*), la tutela testamentaria designada por el padre o la madre (*wisaya*), y la tutela dativa designada por la justicia (*taqdim*). En concreto, cada vez que sobre el territorio nacional un difunto deje hijos en estado de incapacidad (menores), las autoridades administrativas, los padres con los que el difunto vivía, deben informar de la muerte al Juez de menores, a lo más tarde, dentro del plazo de ocho días, lo que en realidad, no se cumple en la práctica; siendo el plazo de un mes si los familiares próximos con los que el difunto vivía hayan perdido la capacidad (art. 266)<sup>159</sup>.

En términos generales esta normativa no ha sufrido cambios notorios con la nueva regulación, a excepción de que la vigilancia judicial de dicha representación ha sido reforzada. Así lo refleja el artículo 163 CFM que permite que la persona protegida que ha alcanzado la edad de la mayoría legal pueda accionar contra su tutor testamentario o dativo la defensa de sus derechos frente a las acciones relativas a los actos que hubieran sido perjudiciales a sus intereses y a reclamar, en su caso, una indemnización<sup>160</sup>.

i) En concreto, y abundando en lo expuesto en epígrafes anteriores, la *tutela testamentaria* se define como la que tiene lugar cuando el padre o la madre la confían a otra persona (albacea) para administrar los bienes y defender los derechos de menor que no puede administrar por su incapacidad<sup>161</sup>. Por tanto, tanto el padre como la madre pueden designar un tutor testamentario para su hijo incapacitado o por nacer y podrán también revocar dicha designación.

Asimismo, recordamos la problemática que surgía de poner en conexión la tutela legal subsidiaria de la madre con la tutela testamentaria del padre que puede excluir a éste de la tutela y nombrar a un tercero ajeno, incluso a la familia, sin recurso judicial alguno del padre. Y asimismo, aunque la madre asuma la tutela en caso de fallecimiento o ausencia o incapacidad del padre, el tutor testamentario designado por este último, en caso de no exclusión a la madre, asumirá la función de seguir la administración, por parte de la madre, de los asuntos del menor sometido a tutela y a acudir a la justicia en caso de litigio. Pues según el tenor del artículo 238 CFM

<sup>159</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 154.

<sup>160</sup> El artículo 263 CFM prevé que dichas acciones prescriben a los dos años desde que el menor alcance la mayoría de edad legal.

<sup>161</sup> El tutor testamentario es el designado por el padre que cumpla las condiciones legales a falta del padre y de la madre; y el tutor testamentario designado por la madre que cumpla las condiciones legales será representante legal del menor a falta del padre, de la madre y del tutor testamentario designado por el padre.

en caso de fallecimiento del padre y si éste ha designado un tutor testamentario, su función se limitará a seguir la gestión que realice la madre de los intereses del menor sometido a la tutela y podrá recurrir a la justicia llegado el caso, pues recordemos que en caso del fallecimiento del padre, es la madre la que *ex lege* asume la representación legal (art. 231 CF).

ii) En cuanto a la *tutela dativa* el tribunal nombra o designa a una persona para que vele por los asuntos del menor en caso de ausencia del padre, la madre o el tutor testamentario (designado por el padre o por la madre), ya sea por fallecimiento e incluso por abandono del menor. Según el artículo 244 CF el Juez deberá elegir al más apropiado de entre los parientes varones agnados, y si no existen, de entre los otros parientes y si no, de entre otras personas. En consecuencia, dicho precepto, a diferencia de la regulación española, no contempla una lista de llamamientos prioritarios entre los distintos parientes, ya sean agnaticios o cognaticios, para el ejercicio de ejercicio de la tutela dativa, entendiéndose aplicable aquí sin restricciones, como sostiene la doctrina, el principio de interés superior del menor (exigiendo el Código que los tutores sean personas mayores, responsables y honestas)<sup>162</sup>. Ese mismo interés, incluso, puede conducir al Juez a escoger varios tutores dativos en lugar de uno solo, si la fortuna del incapaz es diversa y delimitará las funciones de cada uno de ellos; y, por último también, a nombrar junto con el tutor testamentario y el tutor dativo un «supervisor» en la misión no sólo de controlar las operaciones sino de aconsejar al tutor conforme a los intereses del incapaz, y de informar al tribunal o cuando crea que es negligente o tema que dilapide los bienes del menor (art. 248 CF)<sup>163</sup>.

Es interesante, por tanto, que la normativa marroquí permita que los miembros de la familia, y cualquier persona interesada proponga al Juez la persona que se encargará de la tutela (art. 244 CFM).

Posteriormente, y tras la remisión del expediente por el Juez al Ministerio Fiscal y expresar éste su opinión en quince días, el Tribunal decidirá sobre la cuestión en un plazo que no superará los quince días desde la fecha de la recepción del informa del MF (art. 245 CF)<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> MOUNIR, O., *ob. cit.*, pp. 148-151, excluyendo de la tutela a las personas indicadas en el artículo 247.

<sup>163</sup> AAVV., *La nueva Mudawana marroquí*, *ob. cit.*, pp. 175-188; y MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 150.

<sup>164</sup> Según el artículo 246 CF se requiere que el tutor testamentario y el dativo sea plenamente capaz, decidido, firme y fiel. El Tribunal podrá exigir en ambos casos que sean solventes. Y según el artículo 247 CF se establece quiénes no pueden ser tutores testamentarios ni dativos: 1º) el condenado por un delito de robo, abuso de confianza, falsificación o cualquier otro delito contrario a la moral; 2º) el que haya sido declarado en quiebra, o le

### V.3 A MODO DE CONCLUSIÓN COMPARATIVA

Tras el análisis de la regulación de la tutela en el Derecho marroquí se puede concluir que, comparativamente con la regulación en España, presenta similitud aparente, en lo que se refiere a la designación y nombramiento del tutor con ciertos matices. Pues, al margen de no regular el Derecho marroquí la preferencia legal de la autotutela, y del cónyuge del incapaz (lo que no afecta a la tutela del menor sino más bien a la del incapaz deficiente o enfermo psíquico), el resto de la preferencia es parecida, los designados por los padres en disposiciones de último voluntad, y los parientes (descendientes, ascendientes y hermanos). Aunque, en realidad, en la práctica la diferencia más clara estriba, en que el padre del menor puede aprovechar la tutela testamentaria para restringir de la tutela a la madre, o limitarla en su contenido, tal y como hemos visto. Esta posibilidad, ciertamente discriminatoria, se debe a la diferencia de origen de que la representación legal o tutela la ejerce el padre, y la madre sólo en su ausencia.

En cuanto el ejercicio, el tutor testamentario y dativo tampoco podrá realizar determinados actos sin autorización judicial (art. 271 CF) muy parecidos a los regulados en el Derecho español; sin bien, el Derecho marroquí establece en concreto las cuantías que determinan que la venta de un bien inmueble (10.000 DH) o mueble siempre que no estén expuestos al deterioro (5000 DH) requiera o no autorización judicial, a diferencia del Derecho español que prohíbe la disposición de todo bien inmueble sin autorización judicial permitiendo la de los bienes muebles (y para ello pueden solicitar la tasación del valor de los bienes por perito judicial). Es interesante, la previsión de que los bienes del menor en copropiedad con otros, no puedan ser objeto de partición que bajo la condición de justificar al Juez que la misma no es contraria a sus intereses (art. 275 CFM).

Por último, el control judicial anterior se refuerza, al margen de la aplicación a la tutela testamentaria y dativa de las prevenciones dispuestas para el tutor legal en el artículo 235 CFM (y a ello nos remitimos), con las previsiones legales (arts. 249-255 CFM) según las cuales tanto el tutor testamentario como el tutor dativo no sólo están obligados a *inventariar los bienes del menor* (que se presenta al juez con observaciones sobre el momento necesario de pensión de alimentos, actos de conservación urgentes, los ingresos mensuales o anuales conocidos en el patrimonio del menor, y frente al cual

---

que haya sido condenado a una liquidación judicial (de sus bienes); 3º) quién tenga una querrela judicial con el incapaz, o desavenencias familiares que hagan temer por el interés del incapaz.

los parientes pueden hacer las observaciones que estimen)<sup>165</sup>, sino también, para mayor garantía, y a diferencia del derecho español que no prevé dichos deberes, *a consignar* en el *registro de actos mensuales o diarios* (al considerarse al tutor testamentario y dativo como mandatario del menor que deben estar a disposición del Juez en cualquier momento); a la *apertura de expediente de representación legal* en todo caso; a la *institución de consejo de familia* (su composición la regula un texto reglamentario a la Mudawana); y a la rendición anual de cuentas al Juez, la cual no sólo versa del aspecto patrimonial si no del personal, siendo responsable de los daños que hubiera causado por la rendición tardía de las cuentas y la devolución de los bienes<sup>166</sup>. El menor tiene el plazo de prescripción de dos años para accionar ante la justicia la defensa de sus intereses desde que alcanza la mayoría legal de edad, siendo imprescriptible la acción cuando el acto revista carácter de responsabilidad penal (art. 263 CFM).

Por último, también se le reconoce al tutor el derecho a solicitar una remuneración por las tareas de representación legal a que viene obligado<sup>167</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant dans le nouveau Code de la famille marocain», *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal); ed., Société de Législation Comparée, París, 2008, pp. 347 y ss.
- AFAILAL, H.: «El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias», disponible en: <http://www.humanrights-observatory.net/revista/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>.

---

<sup>165</sup> Pero dicho inventario será provisional, frente al definitivo que se habrá de realizar por dos adoules, el cual se opera en presencia de los herederos, el representante legal y el menor a condición de tener quince años cumplidos (art. 252 CFM) –Vid. MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 152.

<sup>166</sup> Incluso, si el tutor no devuelve los bienes, se prevé que el juez ordene un embargo provisional (conservatorio) de los bienes del tutor, o la puesta a disposición de los bienes bajo control judicial, junto con las penas preventivas del artículo 270 CFM. Hay que advertir que el crédito del menor se beneficia de un privilegio sobre el activo sucesorio de su tutor fallecido (está en tercer lugar tras los gastos funerarios y los de última enfermedad, según el artículo 1248 del Código de Obligaciones y Contratos (vid MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 154).

<sup>167</sup> Art. 249 CF: Se adjuntará al inventario: 1) Anotaciones que tenga el tutor testamentario o el tutor dativo sobre este inventario; 2) la propuesta del importe de la prestación anual de alimentos del incapaz y de aquel cuyos alimentos dependan de él; 3) las propuestas relativas a las medidas urgentes de obligatoria adopción para la protección de los bienes del incapaz; 5) el estado de los ingresos mensuales o anuales conocidos de los bienes del incapaz (Vid. CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p. 182).

- AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en *Actualidad Civil*, n° 12, 16-30 junio de 2008, p. 1229, tomo I, pp. 1129 y ss.
- AIT-ZAIT.: «L'enfant illégitime dans la société musulmane», *R.T.D.*, 1990 (I et II), pp. 19 y ss.
- ALHARR, Z.: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», en *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol.11; ed., Société de Législation Comparée, París, 2008, pp. 230-235.
- BANDRÉS, M.: «Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad», *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, ed., Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 221-280.
- BENHAM, D.: «L'impact de la modernité sur la famille musulmane», en *Familles musulmanes et Modernité, le défi des traditions*, ed., Publisud, París, 1986, pp. 51 y ss.
- BENLABBAH, F.: «Islam y derechos de la mujer en Marruecos», *Cadernos pagu*, janeiro-junho, 2008, pp. 95-106.
- BENRADI, M (coord.): *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich-Ebert, FesMaroc, enero, 2007. Disponible en: <http://www.genreenaction.net/spip.php?article7565>.
- BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., y MOHAMMED NACER, M.: *Los sistemas de protección de la infancia en España y Marruecos*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, 2010, pp. 82 a 136.
- BLAN, F.R.: «Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d'anathème ou preuve génétique (A propos de l'arrêt *Bellakdin c. Ijourk*, rendu para la Cour d'appel d'El Jadida, 29 avril 2003)», *Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD)*, 2004, n° 6, pp. 169-183.
- BLANMAILLAND, Fr./VERBROUK, C.: «Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain», *Rev. dr. étr.*, 2004, n° 130, pp. 566 y ss.
- BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», *Efe News Service*, 23 jan 2013, en <http://0-search.proquest.com.catalog.uoc.edu/docview/1272083454>.
- CANAC, A.: «Reflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman», *Rev. Algérienne, Tunisienne, Marocaine de jurisprudence et de législation*, 75, 1959, pp. 27 y ss.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Comentario del Código civil*, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 551 y ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.D.: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 18, Oct. 2010, (BIB 12866/2010).
- CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El Derecho de Familia Marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- COBANO-DELGADO, V.: «Repercusiones socioeducativas de las reformas del Código de Familia en Marruecos», *Foro de Educación*, núm. 10, 2008, pp. 403 y ss.
- COLOMER, A.M.: «La tutelle des mineurs dans la Moudawwana a Code du statut personnel marocain», *Revue internationale de droit comparé*, vol 13, n° 2, abril-juin 1961, pp. 327-337.

- COMBALÍA, Z.: *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, ed., Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («kafala»)», en *Diario La Ley*, núm. 7393, 2010.
- DIAGO DIAGO, M.ª P.: «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, núm.1, pp. 140-164. En: <http://www.uc3m.es/cdt>.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. vol.IV, Derecho de familia y sucesiones, ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ed., Civitas, Madrid, 1996.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: (coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- (dir.) *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, ed., Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, 2009.
- «La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de Derecho Internacional Privado», en *Inmigración, familia y Derecho* (coord., Julio V. Gavidia Sánchez), ed., Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 156 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., y SAGHIR, T.: «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva mudawanna marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado (español)» en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, pp. 166 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, pp. 275 y ss.
- FOBLETS M.C., y CARLIER, J.Y.: *Le code marocain de la famille: Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Editeur Emile Bruylant, Bruxelles, 2005.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 163 y ss.
- «Guide Pratique du Code de Famille, elaborado por el Ministerio de Justicia Marroquí», <http://www.justice.gov.ma/.../Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf>.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *Boletín de Derecho de familia*, <http://www.welderecho.com>; núm. 93, sept. 2009.
- «La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», *Diario La Ley*, núm. 6886, 19 feb. 2008 (La Ley 1089/2008).
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros.: *Elementos de Derecho Civil*. tomo IV. Derecho de familia, ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- LINAT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, ed., Mouton and co., Paris/La Haye, 1973.

- LLORENT BEDMAR, V., y COBANO-DELGADO PALMA, V.: «Sociedad, educación y matrimonio», en *Estudios sobre las Culturas contemporáneas*, época II, vo. XV núm.30, diciembre 2009, pp. 29-59.
- MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C.: *Comisión Especial de Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros Temas Afines*, celebrada el lunes, 16 de noviembre de 2009, en <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0239.PDF>.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2008.
- MIERA, M.: «Infancias robadas en Marruecos», en *Efe News Service*, 11 June 2012, en <http://0-search.proquest.com.catalog.uoc.edu/docview/1019713914>,
- MOTILLA, A., y LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico*, ed., Colex, Madrid, 2002.
- *Derecho de la familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2002.
- MOUNIR, O.: *Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger*, ed., Cheminements, París, 2005.
- MOYA ESCUDERO, M.: «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con validez de simple presunción», *Aranzadi civil*, núm. 11/2007 (BIB 2007\719).
- MSEFFER, D.Z.: «De la Mudawana al Código de Familia en Marruecos», *Página abierta*, 190, marzo, 2008, p.2, disponible en <http://www.pensamientocritico.org/doumse0308.html>
- MULERO GARCÍA, J.S.: «Issues of Family Law in Spanish- Moroccan Relationships». *International Journal of Business and Social Science*, vol. 3, nº 13, July, 2012, pp. 44-51.
- NOKKARI, M.: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol.11, ed., Societé de Législation Comparée, París, 2008, pp. 34 y ss.
- OCHOTORENA, P.: «Diferentes situaciones de desprotección infantil», *Manual de protección infantil* (codirigido por Arrubarrena Madariaga y Paul Ochotorena), Barcelona, 2001, pp. 5 y ss.
- «ONG denuncian los matrimonios de menores autorizados por jueces», en *Efe News Service*, 29 June 2009, en <http://0-searc.proquest.com.catalog.uoc.edu/odcview/1022614751?accountid=15299>.
- QUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», en *Inmigración, Familia y Derecho*, ed., Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 289-314.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América Latina*, ed., Atelier, Barcelona, 2006.
- *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Fundación «La Caixa», 2000.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOUI, Khalid, y TAGMANT, Mohammed: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. II, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009. En [http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado\\_332/6/id\\_contenido/1142/id\\_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado\\_332](http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/6/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332).

- Rapport National d'évaluation à mi-parcours sur la mise en oeuvre du Plan d'action «Un Monde digne des enfants», en: [http://www.unicef.org/worldfit-forchildren/files/Morocco\\_WFFC5\\_Report.pdf](http://www.unicef.org/worldfit-forchildren/files/Morocco_WFFC5_Report.pdf) (consulta 19/03/2011).
- RIVERO HERNÁNDEZ: *EL interés del menor*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ BENOT, A (dir): «La multiculturalidad: especial referencia al Islam», *Cuadernos de Derecho judicial*, VIII-2002, pp. 358 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiares*, ed., Civitas, Pamplona, 2009.
- RUIZ ALMODÓVAR, C.: «El nuevo Código Marroquí de la Familia», *Meah, sección árabe-islam*, 52, 2004, pp. 209-272.
- RUIZ SÚTIL.: *La determinación de la filiación del nacido en España del progenitor marroquí*, Tesis de la Universidad de Granada, 2009, en disponible en [http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti\\_docs/tesisdetermdeafiliacionpdfnum1](http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti_docs/tesisdetermdeafiliacionpdfnum1).
- SANTOS URBANEJA, F.: «¿Qué es el interés del menor?», *Revista de Derecho de familia*, núm.15, abril, 2002, pp. 271-274.
- TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed., Iustel, 2008.
- VARGAS CABRERO: «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», *El menor y la familia: conflictos e implicaciones* (coord., Rodríguez Torrente y Adroher Biosca), Madrid, 1998, pp. 88-93.
- VIDAL CARDONA, Ana M.ª: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan interveuen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua). Disponible en: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0226109-094805/>.
- ZAHRA TAMOUH, F.: «Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos», en *Mujeres, Democracia y Desarrollo del Magreb* (dir. G. Martín Muñoz), ed., Pablo Iglesias, Madrid, pp. 65 y ss.